

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO SUPERIOR EN QUE DEBÍA FUNDARSE / SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA CARCELARIA Y PENITENCIARIA / POTESTAD DE LA CNSC PARA REGLAMENTAR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN / EMPLEO PÚBLICO DE DRAGONEANTE NATURALEZA Y CONTENIDO FUNCIONAL

«[...] [E]n el personal de carrera vinculado al INPEC es posible identificar dos grandes grupos: el administrativo y el del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, último al que pertenece el cargo de dragoneante [...] Según el artículo 113 del Decreto Ley 407 de 1994, el referido cuerpo de custodia y vigilancia presta un servicio público esencial consistente en «[...] mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y otras garantías [...]» [...] En razón de la naturaleza del servicio que les ha sido encargado y en aras de garantizar su adecuada y efectiva prestación, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional se encuentran autorizados para utilizar los medios coercitivos que permita la ley a efectos de restablecer el orden, teniendo en cuenta que solo podrán hacerlo por el tiempo que resulte necesario y, en todo caso, con racionalidad y causando el menor daño a la integridad de las personas y a sus bienes [...] el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por las personas más capacitadas para ejercer el empleo de acuerdo a su perfil y a su contenido funcional [...] al estudiar si este principio u otros derechos fundamentales como la igualdad resultan transgredidos cuando se exigen determinadas condiciones físicas y médicas para ocupar ciertos cargos, la jurisprudencia ha dado una respuesta negativa pues lo considera admisible siempre que estos requisitos, además de tener relación con la naturaleza y el contenido funcional del empleo, cumplan con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Esta posición ha llevado a sostener que, en principio, la exclusión de participantes que no cumplen con cualquiera de las exigencias previstas por la entidad beneficiaria del concurso no es violatoria de sus derechos fundamentales [...] La caracterización que se hizo del cargo de dragoneante permite afirmar que el cumplimiento de las responsabilidades asignadas a este empleo exige de quienes lo desempeñen una serie de aptitudes y condiciones físicas especiales que les permitan no solo atender de la mejor manera las labores de vigilancia, seguridad y custodia que cumplen respecto de los reclusos y de mantenimiento del orden de los centros carcelarios, sino también la defensa misma de su integridad física, que se ve alta y constantemente expuesta con ocasión del contenido funcional del empleo que desempeñan. En este sentido, consagrar una prueba físico-atlética dentro de la etapa de aplicación de pruebas propia del proceso de selección definido para el cargo de dragoneante del INPEC, lejos de ser violatorio del principio de mérito lo exalta en la medida en que permite que, para la provisión de dicho empleo, se aplique un proceso de selección que evalúa la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes en relación con las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo [...] A lo anterior se suma que los concursantes fueron informados previa, suficiente y debidamente sobre las características y reglas relativas a dicho instrumento de evaluación [...] Ahora bien, siendo claro que la evaluación de las habilidades y resistencia físicas de los aspirantes al cargo de dragoneante del INPEC resultan esenciales, se hace igualmente diáfano que dicho aspecto no podría ser valorado en debida forma en la entrevista ni en la valoración médica, como lo propone el demandante, ya estas etapas tienen una finalidad diferente [...] conviene recordar que la caracterización de cada empleo que compone la planta de personal del INPEC fue definida con base en un criterio

científico, a través de un profesiograma y un perfil profesiográfico que elaboró un grupo interdisciplinario de profesionales especializados en áreas de la salud, psicología, odontología, terapia ocupacional y derecho, quienes acreditaron títulos de pregrado y postgrados. Esta información sirvió de sustento para que se definieran aspectos relativos a los requisitos, reglas y metodología aplicables a la prueba físico atlética objeto de estudio, lo que con mayor razón permite sostener que dicho instrumento de selección resulta no solo razonable y proporcional sino también necesario de acuerdo con los estudios médico científicos que lo respaldan y que no lograron desvirtuarse por los reproches que se formularon en la demanda [...]

PRUEBAS DE ENTREVISTA Y FÍSICO ATLÉTICA / FINALIDAD / IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA

«[...] [L]a Ley 909 de 2004 no estableció ningún mecanismo en particular a través del cual deba evaluarse el mérito, limitándose a señalar de manera general que el propósito de los instrumentos de selección es apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los cargos que se convoquen, al igual que establecer una clasificación de los candidatos respecto de las calidades requeridas para el ejercicio efectivo de las funciones del empleo [...] la Sala se aparta de las consideraciones del demandante pues en el ejercicio de la competencia que le asiste a la CNSC como máxima autoridad en la materia, sus facultades de regulación son amplias lo que le otorga libertad para definir el tipo de pruebas, la metodología y los procesos para su aplicación, bajo la condición de que se respeten parámetros de igualdad, objetividad, publicidad, imparcialidad y transparencia, exigidos en todo proceso de selección. De acuerdo con ello, la simple afirmación relativa a una supuesta semejanza entre dos instrumentos de selección no es un argumento razonable para desvirtuar la amplia libertad de configuración de que está asistida la entidad demandada a efectos de establecer las reglas de la convocatoria. En tal virtud, sería un desacierto que, apelando a una suerte de analogía, se acepte extender la aplicación de las reglas propias de la prueba de entrevista a la prueba físico atlética cuando es claro que, en primer lugar, esta última fue regulada exhaustivamente en el Acuerdo 563 de 2015 y que, en segundo lugar, esa alegada semejanza es inexistente. Lo anterior se evidencia en los artículos 39 y 45 del mencionado acuerdo [...] Por último, el demandante estimó vulneradas las Leyes 845 de 2003 y 1207 de 2008 por el hecho de que no haberse exigido un control antidopaje en la aplicación de la prueba físico atlética. Este argumento seguirá la misma suerte de los demás pues lo cierto es que el ámbito de aplicación de las referidas normas se encuentra claramente delimitado a las prácticas deportivas, asunto que resulta ajeno al que se discute en el presente debate [...]».

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / LEY 845 DE 2003 / LEY 1207 DE 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-25-000-2018-00890-00(3125-18)

Actor: JOSE GERARDO ESTUPIÑÁN RAMÍREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Referencia: ACUERDO 563 DEL 14 DE ENERO DE 2016, EXPEDIDO POR LA CNSC. CONCURSO DE MÉRITOS PARA PROVEER DEFINITIVAMENTE LAS VACANTES DE «DRAGONEANTE, CÓDIGO 4114, GRADO 11» DEL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE CARRERA DEL INPEC. ARTÍCULOS 33 (PARCIAL), 39, 41 Y 44

ASUNTO

1. La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda en el proceso judicial que se tramitó en virtud del medio de control de nulidad de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, ejercido por el señor José Gerardo Estupiñán Ramírez en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC.

DEMANDA¹

Pretensión²

2. Que se declare la nulidad de los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, expedido por la CNSC, «Por el cual se convoca a Concurso – Curso Abierto de Méritos para proveer definitivamente las vacantes del Empleo denominado Dragoneante, Código 4114, Grado 11, perteneciente al Régimen Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – Convocatoria No. 335 de 2016».

Normas violadas y concepto de violación

3. En la demanda se invocaron como normas vulneradas los artículos 29 y 125 de la Constitución Política, así como el 119 del Decreto 407 de 1994; el 12 de la Ley 1207 de 2008; el 2 de la Ley 845 de 2003; el 24 del Decreto 1227 de 2005 y el 74 del CPACA. Como fundamento de la presunta ilegalidad de los artículos demandados, el señor José Gerardo Estupiñán Ramírez expuso que aquellos desconocen el derecho al debido proceso y el principio del mérito, por las siguientes razones:

¹ Ff. 45 a 53, cuaderno físico principal.

² El señor José Gerardo Estupiñán Ramírez presentó demanda de nulidad simple en nombre propio y, de nulidad y restablecimiento del derecho en representación de 7 personas más. Esta última fue rechazada en auto del 6 de agosto de 2018 (ff. 56 y 57, c. físico ppal.), por lo tanto, las pretensiones de dicha naturaleza quedaron excluidas del conocimiento del presente proceso.

3.1. La prueba físico atlética constituye un instrumento de selección que no evalúa objetivamente el mérito del aspirante toda vez que la capacidad física es un aspecto «efímero». En este punto, explicó que no existe ninguna disposición que ubique la condición física como criterio que permita definir el mérito para ocupar un cargo público, lo que condujo a que atacara la validez de los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, en cuanto la consagraron y regularon.

3.2. Debido a las semejanzas que existen entre la prueba de entrevista y la físico atlética, para que esta última sea objetiva debe ceñirse a las reglas por las que se rige la primera, tales como el deber de informar con antelación la identidad de los evaluadores, el deber de registrar y conservar la grabación de la presentación de la prueba y la restricción consistente en que el peso porcentual otorgado a la misma no exceda del 15%. Sin embargo, el protocolo de presentación de la prueba físico atlética, regulado en el artículo 41 del Acuerdo, no atiende dichos parámetros.

3.3. Por tratarse de un instrumento que evalúa la condición física y atlética del aspirante, se debió exigir como requisito para la aplicación de la prueba, la implementación de un control antidopaje.

3.4. Las reglas de la convocatoria previeron que los aspirantes que no alcancen el puntaje mínimo aprobatorio en la aplicación de la prueba físico-atlética serían retirados del proceso de selección, sin posibilidad de impugnar los resultados pues el artículo 44 del Acuerdo 563 de 2016 no previó recurso alguno.

3.5. Si como lo ha manifestado el INPEC la prueba física tiene por objeto valorar la «aptitud médica y psicofísica» de los aspirantes, en realidad no debe ser usada como un instrumento de selección sino como un elemento de verificación de requisitos, en la etapa de valoración médica y cumplimiento del profesiograma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

4. La Comisión Nacional del Servicio Civil se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en las siguientes consideraciones.

5. En primer lugar, defendió la legalidad del acto administrativo demandado bajo el entendido de que, por disposición constitucional, la Comisión tiene plena autonomía para administrar y vigilar el sistema general de carrera administrativa y los sistemas específicos de origen legal, por lo que, en ejercicio de sus competencias y por solicitud del INPEC, procedió a adelantar el concurso abierto de méritos para proveer vacantes definitivas del empleo de dragoneante, código 4114, grado 11. Señaló que, con tal fin, expidió la Convocatoria 335 de 2016, regulada por el Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016.

³ Ff. 74-79, cuaderno físico principal.

6. Seguidamente, explicó que la aceptación de las reglas de la convocatoria es uno de los requisitos de participación en el concurso y que la definición de las pruebas a aplicar responde tanto a las necesidades de la entidad beneficiaria del proceso como a las particularidades del empleo a proveer, cuestión última que en el caso de marras se determinó teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 119 del Decreto 407 de 1994⁴ y el perfil profesiográfico para el cargo de dragoneante que establece la Resolución 5657 de 24 de diciembre de 2015, expedida por el INPEC⁵.

7. De acuerdo con ello, afirmó que la prueba físico atlética tuvo por objeto determinar si los aspirantes contaban con la aptitud física requerida para desempeñar el empleo bajo el entendido que la naturaleza de las funciones asignadas a los dragoneantes requiere de una cualificación especial acorde con el sistema específico de carrera administrativa del INPEC. Además, negó que la citada prueba resultara subjetiva pues su aplicación respetó parámetros de vigilancia y control que permitieron llevarla a cabo en condiciones de igualdad y transparencia.

8. Agregó que no existe alguna norma que prohíba la prueba físico atlética, que su fundamento jurídico se encuentra en el Acuerdo 563 de 2016 y que no es viable equipararla, como pretende el señor José Gerardo Estupiñán Ramírez, con otro instrumento de evaluación completamente diferente como la entrevista.

9. De otro lado, refutó que la prueba físico atlética hubiese desconocido el derecho de contradicción de los concursantes pues el artículo 30 del Acuerdo 563 de 2016 consagró la facultad de presentar reclamaciones sobre los resultados de las pruebas.

10. Acto seguido, aseguró que a lo largo del concurso se respetó el derecho al debido proceso y el principio del mérito. Sostuvo que la Convocatoria 335 de 2016 ya se surtió en todas sus pruebas y etapas, cumpliéndose con el objetivo de proveer los empleos públicos para los que se abrió.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁶

11. En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

⁴ «Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario».

⁵ «Por la cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia - CCV del INPEC y se adopta la Versión 3 para el cargo de Dragoneante y la Versión 2 para los cargos de ascenso»

⁶ Ff. 120-123, cuaderno principal.

12. Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

[...] EXCEPCIONES PREVIAS Y MIXTAS (art. 180-6 CPACA)

La Comisión Nacional del Servicio Civil propuso la excepción que denominó «inepta demanda», la cual sustentó en que las pretensiones se dirigen a la declaratoria de nulidad de los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 de 2016, proferido por la CNSC. Sin embargo, en los acápites de «fundamentos de derecho» y «concepto de violación», la demanda citó como infringidas disposiciones que no están relacionadas con la prueba físico atlética [...]

De igual manera, la CNSC sostuvo que a pesar de la demanda acusó que el Acuerdo 563 del 14 de enero de 2006, parcialmente demandado, fue expedido con desviación de las atribuciones de quien lo profirió, lo cierto es que no desarrolló su concepto de violación.

[...]

Visto lo anterior, para resolver se realiza el siguiente análisis:

El medio exceptivo que se formuló se enmarca dentro de la excepción previa de «ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales» que prevé el numeral 5 del artículo 100 del CGP, por lo que corresponde resolverla en esta oportunidad procesal.

El despacho advierte que la excepción no tiene vocación de prosperidad porque la demanda explicó suficientemente los motivos por los cuales, a su juicio, los artículos demandados, esto es, el 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, infringen el ordenamiento jurídico, permitiendo incluso que la Comisión Nacional del Servicio Civil contravirtiera en la contestación de la demanda los argumentos del demandante, lo que permite concluir que materialmente no hubo una afectación del derecho de defensa de la demandada.

En esa medida, se considera que el requisito de que trata el artículo 162 numeral 4 del CPACA puede darse por satisfecho a partir de su lectura integral, de la cual es posible concluir que la acusación está fundada en la vulneración de los principios del mérito y del debido proceso con al incluir la prueba físico-atlética dentro de las etapas del concurso de méritos para el ingreso al cargo de dragoneante, código 4114, grado 11, del INPEC.

• Por lo anterior, se declara no probada la excepción de «inepta demanda» que propuso la Comisión Nacional del Servicio Civil, no sin antes advertir que el despacho no encuentra acreditada ninguna excepción adicional de las enlistadas en el artículo 100 del CGP ni de las enunciadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Decisión notificada en estrados.

El apoderado de la CNSC manifestó no presentar recurso.

[...]

FIJACIÓN DEL LITIGIO (art. 180-7 CPACA)⁷

⁷ La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

[...] Del análisis de la demanda y de la contestación, el despacho, de manera provisional, fijó el siguiente **problema jurídico**, que se contrae al estudio de la causal de nulidad por desconocimiento de las normas en que debe fundarse el acto demandado, así:

Problema único:

¿Los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016 de la CNSC fueron expedidos con infracción de normas superiores, esto es del artículo (sic) 29, 125 de la CP.; el artículo 74 de la Ley 1437; artículo 119 del Decreto 407; artículo 12 de la Ley 1207 de 2008 (control dopaje); la Ley 845 de 2003 (control dopaje); artículo 24 del Decreto 1227 de 2005 (criterio entrevista y demás factores)?

Interrogadas las partes y el Ministerio Público frente a la fijación del litigio, señalaron lo siguiente:

El apoderado de la parte actora está conforme con la fijación del litigio. Realiza un señalamiento a la pregunta formulada frente al mérito deportivo, sus consideraciones se encuentran consignadas en el Cd de audio y video⁸.

El apoderado de la entidad demandada está conforme con la fijación del litigio planteada por el despacho. En cuanto a su opinión sobre lo solicitado por la parte actora sus consideraciones quedaron consignadas en el CD de audio y video⁹.

El Ministerio Público está conforme con la fijación del litigio.

El despacho señala que dejara (sic) el problema jurídico tal y como se había formulado. Sus consideraciones quedan consignadas en el Cd de audio y video¹⁰.

Decisión notificada en estrados.

Sin manifestación alguna [...]

⁸ Al respecto señaló lo siguiente: «La parte demandante comparte la fijación del litigio solamente con una pequeña observación en el sentido de que la pregunta es si el mérito deportivo es un mérito válido para un concurso, para ocupar un cargo público. Eso digamos que también resume lo dicho pero sí, sí, la controversia con las normas superiores es el (sic) que se ha propuesto por su señoría [...]» (CD audiencia inicial, min 13`42 y ss., folio 93 del cuaderno principal en físico).

⁹ Sobre el particular, precisó lo siguiente: «si anotar al demandante que como se indicó en la contestación de la demanda que para el cargo no se está hablando de un mérito deportivo sino un mérito funcional para el cargo al cual se presentó, para el cargo al cual va a ejercer, el cual están (sic) claramente estipuladas sus funciones en el Decreto Ley 407 del 94 que habla de las funciones esenciales establecidas para el cargo de dragoneante [...]».(CD audiencia inicial, min 14`32 y ss., folio 93 del cuaderno principal en físico).

¹⁰ En dicha oportunidad indicó el magistrado ponente: «Respecto del problema jurídico, los problemas jurídicos básicamente son los que corresponden a las causales de nulidad que describe el artículo 137. La causal de nulidad, en la perspectiva jurídica, es desconocimiento de normas en que debe fundarse el acto, entonces si la causal se configura o no depende de las situaciones fácticas y de las disposiciones en los actos administrativos correspondientes que nos llevan a esa conclusión. Entonces yo considero, más que un problema jurídico si es mérito deportivo o es mérito funcional, son argumentos interpretativos respecto del acto administrativo en la confrontación con tales normas [...] es más propio ya de la argumentación, por eso, si ustedes lo consideran pertinente, dejamos el problema jurídico en la parte eminentemente jurídica y ya lo que corresponde a la argumentación, pues ustedes tendrán la oportunidad [...]»(CD audiencia inicial, min 16`04 y ss., folio 93 del cuaderno principal en físico).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante¹¹

13. En esta oportunidad procesal, reiteró brevemente las razones plasmadas en la demanda. En ese sentido, señaló que la evaluación de aspectos físicos para la provisión del empleo de dragoneante del INPEC no se acompasa con el contenido de los artículos 125 Superior y 119 del Decreto Ley 407 de 1994, por lo que constituye un abuso respecto de la autonomía que tiene la CNSC para reglamentar los concursos públicos de mérito.

14. De manera particular, refutó que, como lo habría sostenido el INPEC en la audiencia inicial, el proceso de selección pudiese medir «cualidades», ya que el mencionado artículo 125 se refiere solamente a «méritos y calidades», y precisó que estas últimas son de tipo intelectual, cognitivo y académico, sin que sea admisible que se califiquen cualidades efímeras obtenidas a través del entrenamiento físico. Al respecto, manifestó que el cargo de dragoneante del INPEC corresponde a un nivel asistencial que realiza funciones de seguridad y vigilancia, en el marco de un trato digno y humano a las personas privadas de la libertad, sin que exista un constante choque o contacto físico en luchas, persecuciones o combates.

15. De otro lado, insistió en que para garantizar el principio de transparencia, la prueba físico atlética tuvo que someterse a los requisitos propios de una competencia deportiva, tales como control antidopaje y registro magnético.

Comisión Nacional del Servicio Civil¹²

16. En sus alegatos de conclusión, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. De acuerdo con ello, sostuvo que la pretensión estaba llamada a ser resuelta en forma negativa como quiera que (i) en el marco del concurso de méritos que se discute, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuó en ejercicio de la competencia y autonomía asignadas constitucional y legalmente; (ii) las pruebas aplicadas se ajustan a la legalidad pues se definieron conforme con el artículo 23 del Decreto 1227 de 2005, el 119 del Decreto Ley 407 de 1994, la Resolución 5657 del 24 de diciembre de 2015, proferida por el INPEC, y el Acuerdo 563 de 2016, expedido por la CNSC; (iii) la naturaleza del cargo de dragoneante supone para quien lo desempeñe unas calidades especiales entre las que se encuentra un estado físico acorde con las funciones que le corresponde ejercer.

MINISTERIO PÚBLICO¹³

¹¹ Ff. 101-102, cuaderno principal en físico.

¹² Ff. 103-106, cuaderno principal en físico.

¹³ Ver la constancia secretarial del 26 de octubre de 2020 en el folio 108 del cuaderno principal en físico.

17. Se abstuvo de emitir concepto dentro de esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES

Competencia

18. De conformidad con los artículos 125¹⁴, 137¹⁵ y 149¹⁶ del CPACA, en armonía con los artículos 13 y 15 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019¹⁷, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Subsección es competente para dictar la sentencia de única instancia que en derecho corresponde.

Problema jurídico

19. La Sala no advierte la necesidad de realizar modificaciones al problema jurídico que se formuló en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial, por lo tanto corresponde resolver el siguiente interrogante:

19.1. ¿Los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016 de la CNSC fueron expedidos con infracción de normas superiores, esto es de los artículos 29 y 125 de la C.P.; el artículo 74 de la Ley 1437; artículo 119 del Decreto 407 de 1994; artículo 12 de la Ley 1207 de 2008 (control dopaje); la Ley 845 de 2003 (control dopaje); artículo 24 del Decreto 1227 de 2005 (criterio entrevista y demás factores)?

20. Para resolver el problema jurídico planteado, se estudiarán los siguientes ítems: (i) la nulidad del acto administrativo por violación del ordenamiento superior o la regla de derecho de fondo en que debía fundarse; (ii) generalidades del sistema específico de carrera carcelaria y penitenciaria y de su proceso de selección; (iii) la potestad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para dictar los lineamientos de los procesos de selección (iv) el empleo público de dragoneante; (v) caso concreto.

(i) La nulidad del acto administrativo por violación del ordenamiento superior o la regla de derecho de fondo en que debía fundarse

¹⁴ «ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias [...]»

¹⁵ «ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general [...]»

¹⁶ «ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden [...]».

¹⁷ Reglamento Interno del Consejo de Estado.

21. Esta causal ha sido vista por parte de la doctrina como «genérica»¹⁸, en la medida en que las demás causales específicas pueden comprenderse dentro de la violación de las normas superiores en las que debería fundarse el acto administrativo, ya que aspectos como la competencia, el procedimiento, los motivos y las finalidades del acto, están señaladas en preceptos de mayor jerarquía, que deben ser observados en su expedición¹⁹.

22. No obstante, también se ha dicho que, por razones de técnica y respeto a la tradición doctrinaria y jurisprudencial²⁰, además de la necesidad de darle una lectura racional y eficaz de la norma²¹, esta causal debe diferenciarse de las demás y, en ese sentido, su aplicación es residual, lo que quiere decir que podrá invocarse si los hechos no encuadran en una causal distinta²².

23. En todo caso, el significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación²³ como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: Falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

24. La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. Adicionalmente, habría también falta de aplicación de la disposición en la que debería fundarse el acto administrativo, cuando el funcionario conoce la norma, pero se rebela contra ella, haciendo caso omiso del deber de cumplirla²⁴.

25. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, en razón de que la norma, por no haber sido aplicada, no trascendió al caso decidido.

¹⁸ CONSUELO SARRIA OLCOS, Comentario al artículo 137 del CPACA, en: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado, 2.^a ed., Jose Luis Benavides (editor), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 373-374.

¹⁹ De hecho, el artículo 52 de la Ley 130 de 1913, «Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo», inicialmente preceptuó que la anulación de los actos administrativos procedía por una causal genérica referida a la violación de la Constitución y la ley. Luego, con la sucesiva expedición de las leyes y códigos en materia de lo contencioso administrativo, esa causal derivó en las seis que se aplican en la actualidad.

²⁰ CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Derecho procesal administrativo, 8.^a ed., Medellín, Señal Editora, 2013, p. 290.

²¹ LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, Manual del acto administrativo, 7.^a ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2016, p. 548.

²² PEDRO ANTONIO LAMPREA RODRÍGUEZ, Anulación de los actos de la administración pública, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 213.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).

²⁴ Miguel Largacha Martínez, Daniel Posse Velásquez, op. cit, pp. 213-214.

26. En segundo lugar, la aplicación indebida ocurre cuando las disposiciones jurídicas se emplean, a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. La doctrina ha señalado que este error puede originarse por dos circunstancias: (i) en los casos en los que la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, (ii) cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Aunque esta última hipótesis ha sido reconocida por un sector de la doctrina como un evento de aplicación indebida de la norma superior, su verdadera pertenencia a esta clasificación puede cuestionarse pues, en el fondo, lo que entraña es una circunstancia de falsa motivación del acto, la que constituye una causal autónoma de nulidad si se logra establecer que, en el caso concreto, se afectó el elemento causal del acto administrativo.

27. Finalmente, se viola la regla de derecho de fondo o norma sustancial de manera directa al dársele una interpretación errónea. Esto sucede cuando las disposiciones que se aplican son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente en su significado literal y contextual, y así, erróneamente comprendidas, las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde²⁵.

(ii) Generalidades del sistema específico de carrera carcelaria y penitenciaria y de su proceso de selección

28. El ordenamiento jurídico y la jurisprudencia tanto constitucional como de lo contencioso administrativo han reconocido la existencia de tres tipos de sistemas de carrera administrativa. Uno de ellos es el general, que se encuentra regulado en la Ley 909 de 2004 y aplica para todos los empleos en carrera administrativa con excepción de los que pertenezcan a los otros dos sistemas, que son los especiales y los específicos. Los primeros tienen su génesis en normas constitucionales que prevén la existencia de un sistema de carrera diferente al general para determinadas entidades estatales, como es el caso de las universidades públicas²⁶, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional²⁷, la Fiscalía General de la Nación²⁸, la Rama Judicial²⁹, la Contraloría General de la República³⁰ y la Procuraduría General de la Nación³¹.

29. Por su parte, la creación de los sistemas específicos de carrera corresponde al legislador, quien debe justificar su existencia «[...] en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican [...]»³². Lo anterior explica que, en principio, aquellos sistemas se aparten de las reglas

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).

²⁶ Artículo 69 de la Constitución Política.

²⁷ Artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

²⁸ Artículo 253 de la Constitución Política.

²⁹ Artículo 256-1 de la Constitución Política.

³⁰ Artículo 268-10 de la Constitución Política.

³¹ Artículo 279 de la Constitución Política.

³² Artículo 4, numeral 1, de la Ley 909 de 2004.

generales que rigen la función pública en asuntos como el ingreso, la capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal.

30. El artículo 4, numeral 2, de la Ley 909 de 2004, consagra las entidades que se encuentran sometidas a los sistemas específicos de carrera administrativa, así:

[...] 2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.

- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.

- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

- <Viñeta adicionado por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos [...] (negrilla fuera del texto original)

31. Visto lo anterior, es plausible concluir que los empleos que pertenecen a los sistemas específicos de carrera no pueden ser completamente homologados en su trato con aquellos del sistema general pues las particularidades del contenido funcional de estos cargos y las de la entidad, hacen que sea necesaria la consagración de un régimen de personal propio que, al armonizar con dichas características, permita el cumplimiento adecuado de los cometidos estatales³³.

32. En el caso del INPEC, la decisión del legislador de crear para su personal unas reglas diferentes a las generales, las cuales están contenidas en el Decreto Ley 407 de 1994³⁴, se justifica en los objetivos y las funciones que le han sido asignadas a dicha entidad, al igual que en la naturaleza del servicio que presta, según se advierte a continuación:

³³ Dado que el reconocimiento de los sistemas específicos de carrera en el ordenamiento jurídico obedece a las características singulares de ciertas entidades públicas, para que sus reglas puedan exceptuar válidamente la aplicación del régimen general su razón de ser debe justificarse en aquellos rasgos sui generis; incluso en tales eventos esas disposiciones especiales tendrán que garantizar la sujeción al principio del mérito y demás postulados esenciales que rigen la carrera general. Bajo esa misma lógica, las cuestiones inherentes a la función pública en las que las particularidades de las entidades sometidas a estos sistemas específicos no ameriten un trato diferenciado, deberían regularse por el sistema general.

³⁴ «Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.»

Naturaleza del servicio penitenciario y carcelario nacional	«La naturaleza del servicio penitenciario y carcelario es preventiva, educativa y social para los reclusos y de apoyo a las autoridades penitenciarias y carcelarias para el cometido de sus fines» ³⁵ .
Objetivos principales del INPEC	«1. Ejecutar y desarrollar la política carcelaria y penitenciaria dentro de los lineamientos que establezca el Gobierno Nacional. 2. Hacer cumplir las medidas de aseguramiento, las penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad, que establezcan las autoridades judiciales. 3. Diseñar y ejecutar programas de resocialización, rehabilitación y reinserción a la sociedad, para los reclusos de los establecimientos carcelarios y penitenciarios. 4. Diseñar y establecer los mecanismos necesarios de control de los programas de resocialización, rehabilitación y reinserción de los internos a la sociedad.» ³⁶
Funciones del INPEC	«1. Formular y ejecutar los planes y programas de gestión carcelaria y penitenciaria. 2. Ejercer la dirección, administración y control de los centros carcelarios y penitenciarios del orden nacional. 3. Vigilar y custodiar los centros carcelarios y penitenciarios del orden nacional. 4. Determinar sistemas de seguridad, vigilancia y control al interior y el exterior de los establecimientos de reclusión [...]».

33. En armonía con ello, la Corte Constitucional ha explicado que la existencia de dicha carrera administrativa como un sistema específico tiene fundamento, entre otras, en las siguientes razones: (i) La especialidad y la naturaleza del servicio penitenciario y carcelario; (ii) La especialidad de las funciones que cumple el personal que lo presta; (iii) «[...] la necesidad de establecer, para el personal del ramo penitenciario y carcelario, un distinto régimen de deberes, prohibiciones e incompatibilidades e inhabilidades y de control de su actividad laboral, tanto en el interior como en el exterior de los establecimientos carcelarios, y de situaciones administrativas, causales de ingreso y de retiro del servicio, régimen disciplinario [...]»³⁷.

34. Visto lo anterior, es importante precisar que conforme con el Decreto Ley 407 de 1994, en el INPEC, los empleos que se clasifiquen como de carrera³⁸ son provistos bien sea mediante concurso, curso o por ascenso³⁹. Además, el personal de carrera que se vincule a la entidad puede catalogarse como (i) personal administrativo o (ii) personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y

³⁵ Artículo 2, Decreto Ley 407 de 1994.

³⁶ Artículo 3 del Decreto 2160 de 1992, «Por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.»

³⁷ Sentencia C-507 del 9 de noviembre de 1995, Corte Constitucional, expediente D-929, Actor: José Antonio Galán Gómez.

³⁸ Según el artículo 10 del Decreto Ley 407 de 1994 «[...] Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos, son de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción los empleos que se señalan a continuación: Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Asesores, Directores Regionales, ~~Jefes de División~~, Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección y los de tiempo parcial, entendiéndose por tales aquellos que tienen una jornada diaria inferior a cuatro (4) horas.

Son de carrera los demás empleos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC [...]».

³⁹ Artículo 12, *ibidem*.

carcelaria nacional⁴⁰, último cuya provisión se realiza por medio de curso, previa selección⁴¹.

35. Según el artículo 87 del Decreto Ley 407 de 1994, las etapas del proceso de selección son (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento, (iii) la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, (iv) la conformación de lista de elegibles y (v) el período de prueba. Para los efectos del presente proceso, es preciso señalar que el propósito de la etapa de aplicación de pruebas o instrumentos de selección consiste en «[...] apreciar la capacidad, idoneidad, potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto de las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo [...]»⁴².

(iii) La potestad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para dictar los lineamientos de los procesos de selección

36. La Constitución Política de 1991, en el artículo 130, dispuso la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil como entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción de las de carácter especial creadas por la norma superior.

37. Sobre la naturaleza de la Comisión, interesa destacar, con apoyo en el artículo 7 de la Ley 909 de 2004⁴³, que se trata de «[...] un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público [...] dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio [...]». Además, sus actuaciones se rigen por «[...] los principios de objetividad, independencia e imparcialidad [...]».

38. Con base en esta caracterización, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que la independencia y autonomía de que goza la CNSC se refleja en el amplio margen de discrecionalidad administrativa y presupuestal con el que cuenta, lo que le permite ejercer las funciones que le han sido atribuidas sin injerencia o sujeción a alguna otra autoridad.

39. Dentro de esa competencia de administración que le fue encomendada a la CNSC, se enmarca la función de regular y adelantar los concursos públicos de mérito. Así lo disponen los artículos 29 y 30 de la mencionada Ley 909, al igual que su artículo 11, último que en sus literales a) y c) señala que corresponde a dicha entidad establecer los lineamientos generales dentro de los cuales se desarrollan los concursos, y elaborar las convocatorias.

40. En primer lugar, estas actividades se encuentran limitadas por lo previsto en la Constitución, la ley y los reglamentos, según lo expone el mismo artículo 11 *ibidem*. Precisamente, la sentencia C-372 de 1999 resaltó que la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene la jerarquía de un órgano autónomo y permanente al cual le

⁴⁰ Artículo 78, *ibidem*.

⁴¹ Artículo 80, *ibidem*.

⁴² Artículo 92, *ibidem*.

⁴³ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»

corresponde dirigir, administrar y vigilar el sistema de carrera, «[...] sin sujeción al Gobierno ni a pautas distintas de las que la misma Carta y la ley señalen, y con la estructura y fuerza institucional necesarias para lograr que el engranaje de la carrera opere con seguridad y efectividad, y exclusivamente dentro de los criterios constitucionales [...]».

41. En segundo lugar, la elaboración de la convocatoria, entendida como una competencia constitucional privativa y exclusiva de la CNSC⁴⁴, debe respetar las atribuciones que hubieran sido asignadas a otras entidades; así lo aclaró la sentencia C-183 de 2019, que precisó que «Estas funciones no implican determinar los cargos a proveer, ni la estimación de los eventuales costos y su financiación, ni formular la política pública al respecto, tareas que implican el desarrollo de otras funciones, las cuales la ley en comento ha asignado a otros órganos y dependencias».

42. El artículo 90 del Decreto Ley 407 de 1994 indica que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso, además, que obliga a la administración, a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los aspirantes. En otras palabras, es el instrumento jurídico a través del cual se establecen en forma precisa y concreta las reglas, procedimientos, requisitos y demás condiciones inmodificables que deben regir las diferentes etapas del proceso de selección.

43. En tales condiciones, es plausible concluir que los aspectos relativos a las reglas del concurso que carezcan de una reglamentación puntual en la Constitución, la ley y el reglamento, hacen parte de esa potestad de expedir «los lineamientos» y elaborar convocatorias que le asiste a la Comisión. Por tal motivo, debe entenderse que dicha entidad tiene un extenso rango de acción en la configuración de los actos que puede proferir, margen cuya gradación dependerá en todo caso de la precisión o amplitud con la que las disposiciones arriba citadas hayan desarrollado el sistema de carrera. En consecuencia, a menor desarrollo constitucional y legal de tal institución jurídica, mayor campo de acción en el ejercicio de la potestad de regulación de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

44. Para los efectos del presente proceso, interesa destacar que la regulación contenida en el Decreto Ley 407 de 1994 respecto de la aplicación de las pruebas no es exhaustiva. En efecto, el artículo 92 *ejusdem*, además de plasmar la finalidad de las pruebas o instrumentos de selección, se limita a consagrar el carácter reservado que le asiste a las mismas y la exigencia consistente en que, en los procesos de selección, se apliquen como mínimo dos pruebas.

45. Por lo demás, la Sala no observa ninguna otra disposición constitucional, legal o reglamentaria que defina de manera puntual aspectos relacionados con las pruebas a aplicar en los concursos de méritos, tales como el tipo, la forma en que deben ejecutarse, la manera en que se evalúan, su efecto eliminatorio o clasificatorio, entre otros. Por ello, dichos asuntos quedan comprendidos en la competencia que tiene la CNSC para regular la convocatoria, tal y como se desprende del artículo 2.2.6.3. del Decreto 1083 de 2015⁴⁵, según el cual:

⁴⁴ Sentencia C-183 de 2019

⁴⁵ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.»

[...] Artículo 2.2.6.3. Convocatorias. Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil elaborar y suscribir las convocatorias a concurso, con base en las funciones, los requisitos y el perfil de competencias de los empleos definidos por la entidad que posea las vacantes, de acuerdo con el manual específico de funciones y requisitos.

La convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la administración, a la entidad que efectúa el concurso, a los participantes y deberá contener mínimo la siguiente información: [...]

7. Sobre las pruebas a aplicar: clase de pruebas; carácter eliminatorio o clasificatorio; puntaje mínimo aprobatorio para las pruebas eliminatorias; valor de cada prueba dentro del concurso; fecha, hora y lugar de aplicación [...]

(iv) Empleo público de dragoneante del INPEC

46. Conforme se indicó en precedencia, en el personal de carrera vinculado al INPEC es posible identificar dos grandes grupos: el administrativo y el del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, último al que pertenece el cargo de dragoneante⁴⁶.

47. Según el artículo 113 del Decreto Ley 407 de 1994, el referido cuerpo de custodia y vigilancia presta un servicio público esencial consistente en «[...] mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y otras garantías consagradas en la Constitución Política, en pactos, tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia y en general asegurar el normal desarrollo de las actividades en los centros de reclusión [...]».

48. En razón de la naturaleza del servicio que les ha sido encargado y en aras de garantizar su adecuada y efectiva prestación, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional se encuentran autorizados para utilizar los medios coercitivos que permita la ley a efectos de restablecer el orden, teniendo en cuenta que solo podrán hacerlo por el tiempo que resulte necesario y, en todo caso, con racionalidad y causando el menor daño a la integridad de las personas y a sus bienes⁴⁷.

49. El artículo 118 del Decreto Ley 407 de 1994 contempló como deberes especiales a cargo de estos funcionarios, los siguientes:

[...] a) Velar por la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios; [...]

c) Servir como auxiliares en las labores de trabajo y educación de los internos, y en general, en su resocialización;

⁴⁶ Según el artículo 126 del Decreto Ley 407 de 1994 «[...] El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional está compuesto por Oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y los Bachilleres Auxiliares que presten el servicio militar en la Institución [...]».

⁴⁷ Artículo 114, *ibidem*.

d) Cumplir las funciones de seguridad y policía judicial en los términos señalados por la ley;

e) Cumplir las órdenes y requerimientos de las autoridades judiciales, con respecto a los internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios; [...]

h) Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso a la vigilancia visual;

i) Requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados, sus celdas y sitios de trabajo conforme al reglamento;

j) Custodiar a los condenados o detenidos que vayan a trabajar fuera del establecimiento y emplear todas las precauciones posibles para impedir violencias, evasiones y conversaciones o relaciones de ellos con los extraños, exceptuando los casos previstos en el Código Penitenciario y Carcelario y en el Reglamento General;

k) Realizar los ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física; participar en los entrenamientos que se programen para la defensa, orden y seguridad de los centros de reclusión; tomar parte en las ceremonias internas o públicas para realce de la institución; asistir a las conferencias y clases que eleven su preparación general o la específica penitenciaria;

l) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario [...] (Subrayas fuera del texto original)

50. La naturaleza de las funciones asignadas a estos cargos condujo a que el Decreto Ley 2090 de 2003⁴⁸ definiera la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria como de alto riesgo, entendiéndose por tal aquella en la que la labor desempeñada implica la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo⁴⁹.

51. El cargo de dragoneante, como uno de aquellos que conforma el personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, tiene como propósito «[...] ejercer funciones de base, seguridad, resocialización, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios y carcelarios [...]»⁵⁰.

52. Dentro de este contexto y conforme con las normas vigentes para la época en que se desarrolló la Convocatoria 335 de 2016⁵¹, el empleo de dragoneante puede definirse con base en las siguientes características:

⁴⁸ «Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades».

⁴⁹ Artículos 1 y 2 del Decreto Ley 2090 de 2003.

⁵⁰ Artículo 134 del Decreto Ley 407 de 1994.

⁵¹ Al respecto pueden consultarse la Resolución No. 003467 del 29 de octubre de 2013, por medio de la cual se modifica la Resolución No. 00952 del 29 de enero de 2010, que establece el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales para los empleos de la planta global de personal del INPEC, en lo relacionado con los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia; la Resolución

52.1. PROPOSITO PRINCIPAL

Realizar las disposiciones relacionadas con el orden, la seguridad, disciplina, autoridad, convivencia, custodia y vigilancia de las personas privadas de la libertad a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario así como la vigilancia de las instalaciones en el desarrollo de los programas de resocialización, tratamiento integral y protección de los derechos fundamentales, cumpliendo las órdenes e instrucciones de los oficiales y suboficiales del Cuerpo de Custodia Vigilancia Penitenciaria Carcelaria Nacional.

52.2. FUNCIONES DEL CARGO

[...] Ejercer funciones de base, seguridad, reconciliación, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios y carcelarios [...]

Cumplir con las actividades de seguridad, custodia y vigilancia en las garitas, pabellones, puestos de acceso y control, áreas comunes, remisiones, patrullas, detención y prisión domiciliaria, vigilancia electrónica, grupos especiales, y demás instalaciones penitenciarias, conforme a lo dispuesto en los reglamentos y procedimientos.

Custodiar y vigilar a los internos al interior de los establecimientos de reclusión, en los traslados, remisiones y en el trabajo al aire libre, garantizando la seguridad e integridad e impidiendo la fuga o evasión de los internos, violencia o conversación con extraños.

Identificar a las personas, bienes, elementos y vehículos al ingreso y salida de las instalaciones, dependencias y del establecimiento de reclusión, garantizando el debido cumplimiento de los protocolos de seguridad penitenciaria y carcelaria.

Controlar a los internos y visitantes en el desarrollo de las diferentes actividades administrativas, judiciales, sociales, de atención o tratamiento y de bienestar, preservando la seguridad, el orden, la disciplina y la convivencia.

Requisar a las personas, vehículos, paquetes, carga, instalaciones y elementos al ingreso y salida del establecimiento, así como en los diferentes espacios y lugares donde deba permanecer el interno, de conformidad con la normatividad vigente los procedimientos e instrucciones impartidas.

Decomisar los elementos, objetos, sustancias o productos ilícitos, prohibidos o restringidos y los elementos materiales con los cuales se haya realizado una conducta punible en las áreas de responsabilidad del Instituto, haciendo entrega material de los mismos al superior inmediato.

[...]

Realizar las tareas y actividades de seguridad, custodia, vigilancia y de tratamiento penitenciario, protección de los derechos fundamentales de los internos, visitantes y empleados, la vida, la integridad personal, la honra, los bienes, las creencias y las libertades, dentro del marco de la normatividad vigente.

[...]

52.3. CONOCIMIENTOS ESENCIALES PARA LA FUNCIÓN DEL DRAGONEANTE⁵²

De la Institución, su estructura y funcionamiento.

Del Código Penitenciario y Carcelario, Reglamentos General e Interno.

005657 del 24 de diciembre de 2015, «Por medio de la cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia. CCV del INPEC y se adopta la Versión 3 para el cargo de Dragoneante y la Versión 2 para los cargos de ascenso»; y, en armonía con dichos actos, el Acuerdo 563 de 2016, «Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC».

⁵² Numeral 3.1.4. de la actualización del profesiograma dragoneante (versión 3), adoptado por el INPEC a través de la Resolución 5657 del 24 de diciembre de 2015.

Proceso misional y procedimientos de seguridad Penitenciaria y Carcelaria Normas aplicables a los servidores públicos.
Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad. Manejo de situaciones de crisis.
Manual de uniformes, protocolo penitenciario y lenguaje técnico profesional.
Manejo y uso de armas de fuego, equipo antidisturbios, de comunicación, medios electrónicos de uso institucional, elementos de defensa, restricción y de protección.
Defensa personal.
Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Conceptos básicos de la privación de la libertad, de los delitos y las penas y su alternatividad.
Metodología para la elaboración de trabajos escritos.
Técnicas de identificación de personas, de requisas, seguridad de personas e instalaciones, conducción y manejo de personas privadas de la libertad.
Conocimientos básicos en criminología y de la conducta criminal.
Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.
Sisipec Web y demás herramientas propias del sistema penitenciario y carcelario.
Escala del uso de la fuerza.

52.4. CARACTERÍSTICAS DE LA OCUPACIÓN⁵³

Se caracteriza por ser un trabajo calificado, ya que exige conocimientos específicos y técnicos de manejo de internos, armamento, defensa, seguridad, etc. Las actividades son variadas y los trabajadores deben realizar diferentes tareas con un alto grado de exigencia en cuanto a niveles de responsabilidad. El tipo de trabajo es manual y lo debe realizar de manera individual (solo). Es de gran importancia resaltar que el nivel de esfuerzo varía de acuerdo con las tareas que debe desarrollar. El nivel de responsabilidad es alto ya que tienen que responder por el personal interno a cargo y las funciones asignadas.

(v) Caso concreto

53. Son varias las razones por las que, en criterio del señor José Gerardo Estupiñán Ramírez, es factible afirmar que los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, proferido por la CNSC, desconocen el ordenamiento jurídico superior en el que debían fundarse. A continuación, la Sala procederá a su estudio.

- **Evaluación del mérito a través de instrumentos de selección o pruebas físicas**

54. El primer argumento esgrimido por el demandante pretende desvirtuar la validez de haber establecido la «condición física» del aspirante a un concurso público de selección como un criterio que permita definir el mérito para ocupar un cargo público, razón por la cual atacó la validez de los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del mencionado Acuerdo 563, en cuanto aluden a ella y se encargan de regularla. A su juicio, si la prueba física tiene por objeto valorar la «aptitud médica y psicofísica» de los aspirantes, no debería ser usada como un instrumento de selección sino como un elemento de verificación de requisitos, en la etapa de

⁵³ Numeral 3.1.7. de la actualización del profesiograma dragoneante (versión 3), adoptado por el INPEC a través de la Resolución 5657 del 24 de diciembre de 2015.

valoración médica y cumplimiento del profesiograma. Para el demandante, el anterior razonamiento permite sostener la infracción del artículo 125 superior, así como el 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

55. El artículo 125 constitucional contempla el principio del mérito como un criterio rector del acceso a la función pública que busca privilegiar a quienes, en virtud de las aptitudes y competencias que tengan respecto del contenido funcional de un determinado empleo, se han ganado el derecho a desempeñarlo. La consagración legal del principio en comento se encuentra en la Ley 909 de 2004⁵⁴, cuyo artículo 2, numeral 2, señala que el mérito, las calidades personales y la capacidad profesional son elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integran la función pública.

56. Este principio se manifiesta fundamentalmente a través del sistema de carrera, el cual puede definirse como un sistema técnico de administración del empleo en el que el parámetro esencial en la provisión de cargos públicos está dado por las condiciones y calidades de los aspirantes, lo que redundará no solo en beneficio del interés general y de los fines del Estado, quien tendrá a su servicio a los más calificados, sino también en el de los trabajadores, a quienes de esta forma se les garantiza estabilidad laboral e igualdad de oportunidades de cara al empleo.

57. Así pues, que un empleo sea de carrera significa que la forma de provisión de este responde a un concurso público pensado para garantizar un proceso de selección estricto, en el que se busca privilegiar a quienes se han ganado el derecho al cargo en virtud de sus competencias y calidades profesionales, las que ciertamente se definen dependiendo de la naturaleza de las responsabilidades y funciones propias del cargo.

58. Entendido así, el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por las personas más capacitadas para ejercer el empleo de acuerdo a su perfil y a su contenido funcional.

59. Ahora bien, al estudiar si este principio u otros derechos fundamentales como la igualdad resultan transgredidos cuando se exigen determinadas condiciones físicas y médicas para ocupar ciertos cargos, la jurisprudencia ha dado una respuesta negativa pues lo considera admisible siempre que estos requisitos, además de tener relación con la naturaleza y el contenido funcional del empleo, cumplan con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Esta posición ha llevado a sostener que, en principio, la exclusión de participantes que no cumplen con cualquiera de las exigencias previstas por la entidad beneficiaria del concurso no es violatoria de sus derechos fundamentales⁵⁵.

⁵⁴ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.»

⁵⁵ Sobre el particular, puede verse la sentencia del 25 de noviembre de 2019 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado 11001-03-25-000-2016-00700-00.

60. La Corte Constitucional, quien se ha ocupado del asunto en varias oportunidades⁵⁶, sostuvo que «[...] la persona humana en su esencia es ofendida cuando, para el desempeño de actividades respecto de las cuales es apta, se la excluye apelando a un factor accidental que no incide en esa aptitud [...]» sin embargo, precisó a continuación que las «[...] entidades estatales y privadas, y por supuesto los cuerpos armados pueden exigir requisitos para [...] desempeñar determinadas tareas [...]»⁵⁷.

61. De acuerdo con ello, sostuvo que lo importante es que en tales casos «[...] (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables [...]»⁵⁸.

62. Visto lo anterior, la Sala concluye que en este punto no le asiste razón a la demanda. La caracterización que se hizo del cargo de dragoneante permite afirmar que el cumplimiento de las responsabilidades asignadas a este empleo exige de quienes lo desempeñen una serie de aptitudes y condiciones físicas especiales que les permitan no solo atender de la mejor manera las labores de vigilancia, seguridad y custodia que cumplen respecto de los reclusos y de mantenimiento del orden de los centros carcelarios, sino también la defensa misma de su integridad física, que se ve alta y constantemente expuesta con ocasión del contenido funcional del empleo que desempeñan.

63. En este sentido, consagrar una prueba físico-atlética dentro de la etapa de aplicación de pruebas propia del proceso de selección definido para el cargo de dragoneante del INPEC, lejos de ser violatorio del principio de mérito lo exalta en la medida en que permite que, para la provisión de dicho empleo, se aplique un proceso de selección que evalúa la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes en relación con las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo.

64. Así las cosas, la prueba físico atlética constituye una herramienta a través de la cual es posible valorar la aptitud que tienen los concursantes para ocupar el empleo de dragoneante, desde la perspectiva del rendimiento físico que necesitan para poder ejercer las labores de vigilancia, custodia, seguridad y mantenimiento del orden en los centros penitenciarios y carcelarios, lo que permite definirla como una medida razonable y proporcional.

65. A lo anterior se suma que los concursantes fueron informados previa, suficiente y debidamente sobre las características y reglas relativas a dicho instrumento de evaluación. Así, el Acuerdo 563 de 2016, proferido por la CNSC, reguló el tipo de pruebas a aplicar en el proceso de selección para el cargo de dragoneante del INPEC, previendo como una de ellas la prueba físico atlética⁵⁹. Indicó expresamente que esta última tenía como finalidad medir la resistencia

⁵⁶ Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-463 de 1996, T-1098 de 2004, C-452 de 2005, T-1266 de 2008, C-403 de 2010, C-820 de 2010, T-045 de 2011 y T-257 de 2012.

⁵⁷ Sentencia T-463 de 1996.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Artículo 33 del Acuerdo 563 de 2016.

aeróbica y el VO2 máximo del aspirante, al igual que la resistencia anaeróbica, esto es, la capacidad física exacta del concursante, a través de la realización, en un tiempo definido, de una cantidad indeterminada de ejercicios⁶⁰.

66. Para tales efectos, el acto parcialmente acusado, como expresión de la competencia que le asiste a la CNSC en materia de regulación de los concursos públicos de mérito, se encargó de (i) señalar que se aplicarían los test de Cooper, fuerza de brazos, fuerza de abdomen y fuerza de piernas⁶¹; (ii) incluir un protocolo de presentación de la prueba⁶²; (iii) definir el método de calificación de los test⁶³; y (iv) describir detalladamente la forma en que se desarrollaría cada uno de ellos.

67. Además de estar consignada en el Acuerdo 563 de 2016, dicha información fue incorporada por la CNSC y la Universidad Manuela Beltrán, entidad contratada para intervenir en la realización del concurso, en una guía de orientación para la presentación de la prueba físico atlética⁶⁴, la cual podía ser consultada públicamente en las plataformas virtuales de ambas entidades.

68. Visto lo anterior, el despacho observa que la consagración de una prueba de naturaleza físico atlética en el proceso de selección del cargo de dragoneante del INPEC encuentra fundamento jurídico en el artículo 11 del Decreto Ley 407 de 1994, que al referirse a los requisitos para el ejercicio del empleo en la entidad prevé la necesidad de comprobar que la persona posee las calidades exigidas y la capacidad física para su desempeño. En el mismo sentido, el 92 *ibidem* dispone que los instrumentos de selección tienen como «[...] finalidad apreciar la capacidad, idoneidad, potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto de las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo [...]».

69. Ahora bien, siendo claro que la evaluación de las habilidades y resistencia físicas de los aspirantes al cargo de dragoneante del INPEC resultan esenciales, se hace igualmente diáfano que dicho aspecto no podría ser valorado en debida forma en la entrevista ni en la valoración médica, como lo propone el demandante, ya estas etapas tienen una finalidad diferente.

70. Lo anterior queda en evidencia al leer los artículos 45 y 48 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, que respectivamente definen el objeto de la entrevista y de la valoración médica. Respecto de la primera, señala que consiste en la realización de preguntas destinadas a evidenciar que el aspirante es capaz de enfrentar los desafíos del empleo, trabajar en equipo, manejar situaciones específicas del empleo y usar sus habilidades y experiencia de manera efectiva.

71. En cuanto a la etapa de valoración médica y establecimiento de inhabilidades médicas, la referida norma indica que no tiene el carácter de prueba dentro del

⁶⁰ Artículo 39 *ibidem*.

⁶¹ Artículo 40 *ibidem*.

⁶² Artículo 41 *ibidem*.

⁶³ Artículos 42 y 44 *ibidem*.

⁶⁴https://www.cnsc.gov.co/DocumentacionCNSC/Convocatorias_2016/335_de_2016_INPEC_Dragoneantes/Guias/inpec-guia-orientacion-prueba-fisico-atletica%20dragoneantes.pdf.

proceso de selección sino que se trata de un trámite previo y obligatorio para poder ingresar al curso de formación o complementación, de manera que su enfoque apunta a examinar la aptitud de los aspirantes ya no de cara a las competencias requeridas para desempeñar el cargo sino desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo, antes denominada salud ocupacional⁶⁵.

72. De otro lado, es importante señalar que, en criterio del demandante, la consagración de la prueba físico atlética desconoció el artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, pues este último, al regular los requisitos para ingresar al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, no previó exigencias de tal naturaleza. Lo que el demandante parece pasar por alto es que el numeral 9 del mencionado precepto contempla como uno de aquellos requisitos el consistente en «Aprobar el curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional» y que, de acuerdo con el desarrollo previsto en la norma legal y en el mismo Acuerdo 563 de 2016, para poder ingresar al curso de formación es necesario haber participado y superado el concurso de méritos, del que como se ha venido explicando hacen parte los diferentes instrumentos de selección o pruebas.

73. Para cerrar el estudio del argumento examinado, conviene recordar que la caracterización de cada empleo que compone la planta de personal del INPEC fue definida con base en un criterio científico, a través de un profesiograma y un perfil profesiográfico⁶⁶ que elaboró un grupo interdisciplinario de profesionales especializados en áreas de la salud, psicología, odontología, terapia ocupacional y derecho, quienes acreditaron títulos de pregrado y postgrados.

74. El mencionado profesiograma, al que se aludió en detalle en el acápite (iv) relativo al cargo de dragoneante, enseña que el propósito principal de este empleo consiste en velar por la seguridad, vigilancia y disciplina de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, lo que implica la custodia constante de los internos tanto en los centros de reclusión como en los desplazamientos requeridos por fuera de ellos.

75. Como consecuencia de esto, el profesiograma refleja, además, que el cumplimiento de tal labor demanda de quienes la desempeñen un acondicionamiento físico adecuado que les permita tener la capacidad de respuesta que exigen las funciones asignadas al cargo. Por tal motivo, entre las habilidades básicas que consagra el estudio en cuestión como necesarias para el ejercicio de aquel empleo, pueden destacarse los conocimientos básicos de criminología y conducta criminal; el uso de la fuerza; la defensa personal; y el manejo de armas de fuego. Estas deben permitirle a los dragoneantes realizar tareas como la requisa cuidadosa de los internos, de sus celdas y sitios de trabajo; la prevención de

⁶⁵ Esta modificación fue introducida por la Ley 1562 de 2012.

⁶⁶ Al respecto, la Resolución 5657 de 2015, proferida por el INPEC, explica «[...] Que el Profesiograma es el documento técnico en donde se definen las tareas, responsabilidades, particularidades físicas y ambientales requeridas para el desempeño de un empleo y adicionalmente, establece los medios científicos necesarios para investigar que el empleado pueda desempeñarse en el puesto de trabajo para el cual es postulado. Así mismo, el Perfil Profesiográfico es un documento en el que se indican las características, aptitudes y actitudes que debe tener una persona para desempeñar un empleo [...]».

evasiones, agresiones, peleas, relacionamiento con extraños y otras conductas prohibidas, al igual que tener la capacidad de respuesta en caso que estas se desplieguen.

76. Esta información sirvió de sustento para que se definieran aspectos relativos a los requisitos, reglas y metodología aplicables a la prueba físico atlética objeto de estudio, lo que con mayor razón permite sostener que dicho instrumento de selección resulta no solo razonable y proporcional sino también necesario de acuerdo con los estudios médico científicos que lo respaldan y que no lograron desvirtuarse por los reproches que se formularon en la demanda.

- **Impugnación de los resultados de la prueba físico atlética**

77. En criterio del demandante, la convocatoria dispuso que los aspirantes que no alcancen el puntaje mínimo aprobatorio en la aplicación de la prueba físico atlética serían retirados del proceso de selección, sin posibilidad de impugnar los resultados toda vez que el artículo 44 del Acuerdo 563 de 2016 no previó recurso alguno.

78. Como puede observarse, esta censura concierne a la presunta violación del derecho al debido proceso, último que por disposición del artículo 29 de la Constitución Política debe regir todas las actuaciones adelantadas tanto en procedimientos judiciales como en aquellos de naturaleza administrativa. Su propósito es efectivizar los derechos y garantías de los asociados, lo que se logra no solo con el respeto del contenido sustancial o material de aquellos sino también con el acatamiento de las condiciones formales que posibilitan su ejercicio.

79. La manifestación de este derecho en el concurso de méritos supone que, previo a la selección de los concursantes que califiquen para acceder al empleo, se hayan establecido las normas que han de regir todas las actuaciones de la administración, de las entidades contratadas y de los participantes; y que aquellas se respeten y observen a cabalidad. De esta forma, la convocatoria, como norma reguladora del proceso de selección, se convierte en el referente para evaluar si en el desarrollo de las etapas y procedimientos que integran el concurso público de méritos se garantiza el derecho al debido proceso.

80. Para el demandante, en este caso se desconoció el derecho al debido proceso toda vez que la convocatoria no previó medios de impugnación de los resultados de la prueba físico-atlética. Este argumento no está llamado a prosperar pues, como bien lo afirmó la entidad demandada, el Acuerdo 563 de 2016 sí dispuso mecanismos para garantizar la contradicción de los resultados de las pruebas.

81. Al respecto, el párrafo de su artículo 10 señaló que las causales de exclusión de la convocatoria, entre las cuales está no superar las pruebas, se aplican en cualquier momento cuando se compruebe su ocurrencia, previo el debido proceso y sin perjuicio de las acciones judiciales y/o administrativas a que haya lugar.

82. En línea con ello, el artículo 30 *ejusdem* estableció la posibilidad de realizar reclamaciones sobre los resultados de las pruebas al disponer que:

[...] Las reclamaciones de los aspirantes por los resultados de las pruebas, se recibirán y decidirán exclusivamente por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior contratada por la CNSC, a través de su página Web y en la de la CNSC www.cnsc.gov.co en el link "Convocatoria No. 335 de 2016- INPEC Dragoneantes".

El plazo para realizar las reclamaciones es de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de los resultados, en consonancia con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 760 de 2005 y demás normas concordantes, según corresponda [...]

Contra la decisión que resuelve las reclamaciones no procede ningún recurso [...]

83. Por tal razón, la Sala descarta la configuración de la nulidad alegada con fundamento en esta censura, por la supuesta transgresión del artículo 29 superior y el 74 del CPACA.

- **Parámetros para la aplicación de la prueba físico atlética**

84. En criterio del demandante, para que la prueba físico atlética fuese objetiva y transparente debía ceñirse a las reglas por las que se rige la entrevista, debido a las semejanzas existentes entre y otro instrumento de selección. Por ello, a su juicio, para la primera también tenía que consagrarse el deber de informar con antelación la identidad de los evaluadores, de registrar y conservar la grabación de la presentación de la prueba y la restricción consistente en que el peso porcentual otorgado a la misma no exceda del 15%. Sin embargo, el protocolo de presentación de la prueba físico atlética, regulado en el artículo 41 del Acuerdo, no atendió, en su sentir, dichos parámetros.

85. Para resolver este cuestionamiento es importante recordar que la Ley 909 de 2004 no estableció ningún mecanismo en particular a través del cual deba evaluarse el mérito, limitándose a señalar de manera general que el propósito de los instrumentos de selección es apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los cargos que se convoquen, al igual que establecer una clasificación de los candidatos respecto de las calidades requeridas para el ejercicio efectivo de las funciones del empleo.

86. La Sección Segunda del Consejo de Estado ha entendido que el hecho de que la Ley 909 de 2004 no se haya ocupado de regular esta materia, da cuenta de la intención que tuvo el legislador de «[...] facultar de manera amplia a la CNSC para establecer, en cada uno de los procesos de selección, el tipo de pruebas a realizar para determinar el mérito de los participantes, dependiendo, entre otras, de la naturaleza y funciones de la entidad que solicite la provisión de los cargos de carrera administrativa de su planta de personal a través del concurso, y de las necesidades del servicio existentes

para el momento de la realización de la Convocatoria, pero siempre en condiciones de igualdad, objetividad, publicidad e imparcialidad [...]»⁶⁷.

87. Visto lo anterior, la Sala se aparta de las consideraciones del demandante pues en el ejercicio de la competencia que le asiste a la CNSC como máxima autoridad en la materia, sus facultades de regulación son amplias lo que le otorga libertad para definir el tipo de pruebas, la metodología y los procesos para su aplicación, bajo la condición de que se respeten parámetros de igualdad, objetividad, publicidad, imparcialidad y transparencia, exigidos en todo proceso de selección.

88. De acuerdo con ello, la simple afirmación relativa a una supuesta semejanza entre dos instrumentos de selección no es un argumento razonable para desvirtuar la amplia libertad de configuración de que está asistida la entidad demandada a efectos de establecer las reglas de la convocatoria. En tal virtud, sería un desacierto que, apelando a una suerte de analogía, se acepte extender la aplicación de las reglas propias de la prueba de entrevista a la prueba físico atlética cuando es claro que, en primer lugar, esta última fue regulada exhaustivamente en el Acuerdo 563 de 2015 y que, en segundo lugar, esa alegada semejanza es inexistente. Lo anterior se evidencia en los artículos 39 y 45 del mencionado acuerdo, que al referirse a la finalidad de cada una de estas pruebas disponen:

88.1. ACUERDO 563 DE 2015	
ARTÍCULO 45. ENTREVISTA	ARTÍCULO 39. PRUEBA FÍSICO ATLÉTICA
«Esta prueba está enfocada a realizar una serie de preguntas al aspirante, destinadas a buscar respuestas que demuestren que puede enfrentar los desafíos del empleo, trabajar bien con otros, y usar efectivamente sus habilidades y experiencia. Así mismo, las preguntas cuentan con preguntas diseñadas para medir la capacidad del aspirante para manejar el trabajo y situaciones específicas del empleo, y demuestran si los aspirantes cuentan con las habilidades que la Entidad está buscando [...]»	«Esta prueba tiene como objetivo medir la resistencia aeróbica y medir el VO2 máximo del aspirante. La prueba de resistencia anaeróbica mide la capacidad física exacta del aspirante, realizando durante un tiempo determinado, una cantidad indeterminada de ejercicios»

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019; radicado 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-15).

89. En tales condiciones, para la Sala, el artículo 24⁶⁸ del Decreto 1227 de 2005⁶⁹ no puede ser un criterio aplicable a efectos de estudiar la validez de la prueba físico atlética, luego la presente censura está llamada al fracaso.

90. Por último, el demandante estimó vulneradas las Leyes 845 de 2003⁷⁰ y 1207 de 2008⁷¹ por el hecho de que no haberse exigido un control antidopaje en la aplicación de la prueba físico atlética. Este argumento seguirá la misma suerte de los demás pues lo cierto es que el ámbito de aplicación de las referidas normas se encuentra claramente delimitado a las prácticas deportivas, asunto que resulta ajeno al que se discute en el presente debate.

91. Así, el artículo 1 de la Ley 845 de 2003 precisó que la finalidad de dicha norma es «[...] defender los derechos constitucionales de la salud y de la práctica deportiva así como la promoción de los principios del juego limpio y la ética deportiva [...]», mientras que la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, incorporada al ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 1207 de 2008, indicó en el artículo 1 que su propósito consiste en «[...] promover la prevención del dopaje en el deporte y la lucha contra este, con miras a su eliminación [...]».

92. **En conclusión**, los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016 de la CNSC no fueron expedidos con infracción de los artículos 29 y 125 de la CP; 74 de la Ley 1437; 119 del Decreto 407; 12 de la Ley 1207 de 2008; la Ley 845 de 2003; ni del artículo 24 del Decreto 1227 de 2005.

Decisión

93. Por lo anterior, la Subsección A denegará las pretensiones de la demanda consistentes en que se declare la nulidad de los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, expedido por la CNSC, «Por el cual se convoca a Concurso – Curso Abierto de Méritos para proveer definitivamente las vacantes del Empleo denominado Dragoneante, Código 4114, Grado 11, perteneciente al Régimen Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC – Convocatoria No. 335 de 2016».

94. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁶⁸ «ARTÍCULO 24. Cuando en un concurso se programe entrevista, esta no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación definitiva y el jurado calificador será integrado por un mínimo de tres (3) personas, cuyos nombres deberán darse a conocer con mínimo tres (3) días de antelación a su realización.

La entrevista deberá grabarse en medio magnetofónico, grabación que se conservará en el archivo del concurso por un término no inferior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de expedición de la lista de elegibles. El jurado deberá dejar constancia escrita de las razones por las cuales descalifican o aprueban al entrevistado.»

⁶⁹ «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.»

⁷⁰ «por la cual se dictan normas de prevención y lucha contra el dopaje, se modifica la Ley 49 de 1993 y se dictan otras disposiciones.»

⁷¹ «Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte”, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Unesco, en París, el 19 de octubre de 2005.»

FALLA

Primero: Deniéguense las pretensiones de la demanda instaurada por el señor José Gerardo Estupiñán Ramírez en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto de los artículos 33 (parcial), 39, 41 y 44 del Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático que corresponda.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>, en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

