

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS / MUJER EN PERIODO DE LACTANCIA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN / EXCLUSIÓN DE PROCESO DE SELECCIÓN POR INASISTENCIA A PRUEBA DE COMPETENCIA - Inaplicación / REPROGRAMACIÓN DE FECHA DE PRESENTACIÓN DE PRUEBA DE COMPETENCIAS / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

[L]a Sala estima que en el caso objeto de estudio, la situación fáctica de la accionante era diversa a la de los demás aspirantes que asistieron a tiempo a la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, pues la señora [Y.J.T.] se encontraba incapacitada para acudir a ella y, contrario a lo afirmado por la entidad accionada, el hecho de que se acceda a una reprogramación de la prueba escrita antes mencionada no vulneraría el derecho de igualdad respecto de los demás concursantes, razón por la que se imponía una diferencia de trato, frente a aquellos [que] sí pudieron presentar sus respectivas pruebas (...) Ahora, para el caso que ocupa la atención de la Sala resulta importante poner de presente que se trata de una mujer que pocos días antes de la fecha prevista para la presentación de la prueba dio a luz a su hija, por lo que se encontraba en periodo de lactancia, por lo que es un sujeto de especial protección (...). Es así como existe una intención constitucional de garantizar los derechos de las mujeres en estado de lactancia, los cuales deben ser objeto de protección, pues fundamentan el Estado Social de Derecho y se erigen como fines esenciales del mismo. Teniendo en cuenta lo anterior, y al aplicar las disposiciones constitucionales en el caso en análisis [cita artículos 5°, 13, 43 y 53], esta Sección concluye que la inasistencia a uno de los exámenes, en este caso, las pruebas escritas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales, no podía generar la exclusión de la concursante, pues correspondía a la entidad evaluar las causas que originaron la respectiva ausencia, a fin de determinar si procedía o no, una reprogramación (...) por lo que para el caso en concreto, si bien la norma en cita establece que las pruebas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales serán escritas y se aplicarán el mismo día, en una misma sesión y que los aspirantes que no hayan superado el mínimo aprobatorio de 70 puntos en las pruebas de competencias básicas y funcionales no continuarán en el proceso de selección, ésta debe inaplicarse para el caso específico de la señora [Y.J.T.] Por lo anterior, considera la Sala que la CNSC vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a cargo o función pública y al debido proceso, alegados por la señora [Y.J.T.] al no reprogramar la prueba escrita de competencias básicas, funcionales y comportamentales que ella debía presentar el 3 de septiembre de 2017 en la ciudad de Bogotá, atendiendo a que se trata de un sujeto de especial protección.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE CONVOCA A CONCURSO DE MÉRITOS / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE CONTROL PARA CONTROVERTIR LA LEGALIDAD DE REGLAS ESTABLECIDAS EN CONVOCATORIA PÚBLICA

La demandante en el escrito de tutela realiza algunas consideraciones tendientes a cuestionar las reglas de la Convocatoria 433 de 2016, particularmente las disposiciones del Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016 (...) Sobre el particular observa la Sala, que motivos de inconformidad como el antes señalado, están dirigidos a controvertir la legalidad de las reglas de la convocatoria, particularmente el Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016, que constituye un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, razón por la cual la acción de tutela resultaría

improcedente (...) En ese orden frente al análisis de la legalidad del acto administrativo antes mencionado, la presente acción de tutela resulta improcedente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 43 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 6 - NUMERAL 5 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 29 - NUMERAL 6 / ACUERDO NÚMERO 201600001376 DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-42-000-2017-05838-01(AC)

Actor: YANETH JEREZ TIRADO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTROS

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte accionante contra el fallo del 12 de diciembre de 2017, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A” negó el amparo de los derechos fundamentales de la señora Yaneth Jerez Tirado.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1.1. Mediante escrito radicado el 24 de noviembre de 2017¹, la señora Yaneth Jerez Tirado presentó acción de tutela en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, *“al acceso a cargos públicos”* y a la protección especial de las mujeres embarazadas.

1.2. Tales derechos los consideró vulnerados debido a que participó en la convocatoria pública No. 433 de 2016 regulada por el Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016, *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes*

¹ Folio 1.

pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”, sin embargo no pudo asistir, en la fecha prevista por la CNSC a la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, pues días antes dio a luz a su hija.

Frente a lo anterior, manifiesta que la CNSC se ha negado a programar una nueva fecha para que pueda presentar la mencionada prueba y continuar con el concurso.

1.3. A título de amparo constitucional, solicitó se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que fije una nueva fecha para que pueda presentar la prueba escrita de la Convocatoria 433 de 2016, de la cual es aspirante admitida al cargo de Profesional Especializado, Grado 14, Código 2028 OPEC 38665 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Igualmente, solicitó que se ordene a la CNSC que realice en un tiempo prudencial la calificación del examen, otorgándole la oportunidad de presentar las debidas reclamaciones.

2. Hechos probados y/o alegados

La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales se consideran relevantes para la decisión que se adoptará en la presente sentencia:

2.1. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, expidió Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016, *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 –“*

2.2. La señora Yaneth Jerez Tirado se presentó vía internet a la convocatoria pública anteriormente referenciada, para un cargo de Profesional Especializado Grado 17 Código 2028.

2.3. El 18 de agosto de 2017 la CNSC le notificó a la actora, a través de la plataforma SIMO, que la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales se llevaría a cabo el 3 de septiembre de 2017 en las instalaciones de la Corporación Universitaria del Minuto de Dios en Bogotá.

2.4. El 26 de agosto de 2017 la señora Yaneth Jerez Tirado dio a luz a su hija, razón por la cual no pudo asistir a la presentación de la prueba antes mencionada.

2.5. La actora, el 6 de septiembre de 2017 elevó un escrito con fundamento en el artículo 23 de la Constitución Política ante la CNSC, con el fin de que se reprogramara la fecha de presentación de la prueba de competencias básicas, pues por la situación antes descrita se encontraba en imposibilidad de asistir,

solicitud que fue atendida por la entidad, el 22 de septiembre de 2017, en el sentido de negarla debido a que las reglas del concurso establecen que los exámenes deben realizarse para todos los concursantes en igualdad de condiciones, en la misma fecha y hora previstas con anterioridad.

3. Fundamentos de la vulneración

La parte actora fundamentó la solicitud de tutela en que la CNSC sustenta la negativa de reprogramar la fecha y hora para la presentación de la prueba en una interpretación gramatical del inciso 2 del artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015² y numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, sin tener en cuenta los postulados constitucionales que resultan relevantes en el análisis de la situación fáctica descrita, concretamente el artículo 13 de la Constitución.

En efecto, puso de presente que el día de la prueba se encontraba en el octavo día de incapacidad y licencia de maternidad, por lo que le asiste una especial protección y una aplicación favorable del principio de igualdad, pues no se encontraba en las mismas condiciones de los demás participantes, quienes presentaron la prueba el día fijado por la CNSC.

Así las cosas, expuso que la entidad accionada debió tener en cuenta su circunstancia especial para reprogramar la fecha de presentación de la prueba.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. Admisión de la demanda

Por auto del 27 de noviembre 2017³, el Juzgado 63 del Circuito de Bogotá remitió por competencia la presente solicitud de amparo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Mediante auto del 30 de noviembre de 2017⁴, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda de tutela y dispuso la notificación a la parte demandante, así como a la CNSC, ordenó la vinculación de la Universidad de Medellín y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

4.2. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 30 a 47, se presentaron las siguientes intervenciones.

4.2.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública

³ Folios 21 y 22.

⁴ Folio 29.

Con escrito radicado el 5 de diciembre de 2017 la entidad accionada manifestó que, la acción de tutela de la referencia resulta improcedente pues lo pretendido por la actora es contrariar las reglas establecidas en el Acuerdo 20161000001376 de 2016, el cual es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto.

Igualmente, puso de presente que el artículo 25 del mencionado Acuerdo que se informará a través de la página web *“la fecha y hora a partir de cual los aspirantes admitidos en la Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF deben ingresar con su usuario y contraseña al SISMO o su equivalente, para consultar la fecha, hora y lugar de presentación de las pruebas.”*

Así mismo, manifestó que el artículo 30 *ejusdem* establece que *“las pruebas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales, serán escritas y se aplicarán el mismo día, en una misma sesión, en las ciudades seleccionadas por los aspirantes en el momento de la inscripción.”*

Al respecto señaló que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la CNSC como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

4.4.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF

Con escrito radicado el 4 de diciembre de 2017, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad solicitó se declarara improcedente la acción de tutela de la referencia, al considerar que los hechos narrados por la tutelante no tienen la connotación de ser amparados con la acción constitucional.

Los demás vinculados, a pesar de su efectiva notificación, guardaron silencio.

5. Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A” dictó sentencia el 12 de diciembre de 2017 mediante la cual negó el amparo solicitado por la señora Yaneth Jerez Tirado.

Como fundamento de su decisión, expuso que la fecha para la presentación de la prueba de competencias básicas y funcionales era única, de conformidad con el Acuerdo 20161000001376 de 2016, y su inasistencia era excluyente.

Igualmente, puso de presente que la mera participación en el concurso de méritos, no genera para la tutelante un fuero de estabilidad al cargo al cual se inscribió, y frente al cual existe una mera expectativa.

6. Impugnación

Mediante escrito radicado el 19 de diciembre de 2017, la tutelante impugnó el fallo del 12 de diciembre de 2017⁵ proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por cuanto consideró que en el caso en concreto se discute el rompimiento del principio de equidad e igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, al no prever la convocatoria mecanismos efectivos para que las mujeres en embarazo o postparto puedan presentar las pruebas en fechas y horas distintas a los establecidos, dadas sus circunstancias de debilidad manifiesta.

7. Actuaciones en segunda instancia

Mediante auto del 30 de enero de 2018, la [Magistrada] Ponente puso en conocimiento de los participantes del concurso de méritos de la Resolución No. 433 de 2016 la nulidad de carácter saneable que se presentaba, pues aquellos no fueron vinculados en calidad de terceros con interés en las resultados del proceso, durante el trámite de la primera instancia.

Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 89 a 96, no se presentaron intervenciones.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 12 de diciembre de 2017, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó el amparo de los derechos fundamentales de la actora, para lo cual la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Es procedente la acción de tutela para controvertir el Acuerdo No. CNSC-20162310000976 del 19 de julio de 2016 de la CNSC y la Resolución No. 09317 del 6 de mayo de 2016, por los términos en que establecieron la presentación de las pruebas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales?
2. ¿Es procedente la acción de tutela en el caso de autos, a fin de que la accionante controvierta la decisión mediante la cual al interior de la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, se le negó la posibilidad de reprogramar la fecha y hora para la presentación de la prueba antes mencionada?

⁵ Notificado el 14 de diciembre de 2017.

3. En el evento en que las respuestas a los interrogantes anteriores sean positivas ¿Vulneró la CNSC los derechos fundamentales de la actora al no permitirle presentar la prueba sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales en una fecha distinta a la programada, en atención a su estado de madre en periodo de lactancia?

3. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** acción de tutela contra actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto; **(ii)** procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de méritos para cargos públicos de carrera; **(iii)** protección especial de la mujer en embarazo y en estado lactante; y **(iv)** análisis del caso concreto.

3.1. Acción de tutela contra actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos que indica el Decreto Ley 2591 de 1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

Lo anterior quiere decir, que la acción constitucional en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la acción de tutela, el numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, estableció como una causal de improcedencia de la acción constitucional, cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

3.2. Procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de méritos para cargos públicos de carrera

La Sala reitera el criterio expuesto en anteriores ocasiones⁶, en las cuales ha

⁶ Al respecto ver las sentencias del 16 de junio de 2016 Rad. 05001-23-31-000-2016-00891-01 y del 25 de agosto de 2016 Rad. 47001-23-33-2016-00225-01, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro. Ver

indicado que en el caso específico de los concursos públicos, venía prohiendo lo considerado por la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de atacar las decisiones y el trámite proferidos al interior del mismo, en el entendido de que los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico no resultaban idóneos.

Pues bien, a partir de lo anterior, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para cuestionar dichos actos, teniendo en cuenta las reglas que esta Sección fijó sobre el tema, en el siguiente sentido⁷:

“(…) ésta Sala⁸ ha precisado que la tutela será procedente, en estos casos, solamente si no se ha configurado una lista definitiva de elegibles, dado que una vez la mencionada lista se encuentre en firme, se podría atentar contra los derechos subjetivos de sus integrantes, los cuales pueden tener situaciones jurídicas consolidadas, motivo por el cual ha considerado que no es pertinente la modificación y mucho menos la suspensión de la lista. (...)”.

En síntesis, esta Sala considera que la acción de tutela procede de forma excepcional contra actuaciones proferidas dentro de concursos públicos de méritos, siempre y cuando no se haya emitido lista de elegibles, caso contrario en el cual resulta improcedente el amparo, ante la existencia de situaciones consolidadas y derechos adquiridos por cada uno de los concursantes designados en cargos de carrera.⁹

3.3. Protección especial de la mujer en embarazo y en estado lactante

La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional, que inician desde el especial trato y atención que le presta la Constitución Política.

En efecto, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer *“durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”*.

Lo anterior demuestra que el Estado Colombiano tiene la obligación de protección de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, para lo cual resulta necesario la realización de actos positivos que permitan la materialización efectiva de dicha protección, en los diferentes ámbitos en los que la mujer, en dichas condiciones puede enfrentar situaciones de discriminación que ameriten el actuar del Estado.

también la Sentencia del 25 de agosto de 2016 con ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate en el proceso radicado con el número 85001-23-33-000-2016-00161-01

⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de febrero de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 25000-23-36-000-2015-02718-01(AC).

⁸ Entre otras en la sentencia de 9 de febrero de 2012, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el proceso radicado No. 15001-23-15-000-2011-00407-01(AC) siendo accionante: EDWIN IGNACIO FONSECA SALAMANCA.

⁹ En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de noviembre de 2016, Rad. 88001-23-33-000-2016-00056-01, C.P. Rocío Araújo Oñate.

Por otro lado, también implica un deber prestacional a cargo del Estado, consistente en otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada.

Así mismo, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia.

Sobre el punto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013 expresó:

“Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, **se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres.** El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. (...) Un tercer fundamento de la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es. Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

3.4. El caso en concreto

3.4.1. Resolución del primer problema jurídico

La demandante en el escrito de tutela realiza algunas consideraciones tendientes a cuestionar las reglas de la Convocatoria 433 de 2016, particularmente las disposiciones del Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016, el cual en su artículo 30 establece que las pruebas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales serán escritas y se aplicarán el mismo día, en una misma sesión.

Sobre el particular observa la Sala, que motivos de inconformidad como el antes señalado, están dirigidos a controvertir la legalidad de las reglas de la convocatoria, particularmente el Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016, que constituye un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, razón por la cual la acción de tutela resultaría

improcedente en virtud de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, cuyo fundamento fue descrito en el acápite 3.1 de la parte motiva de esta decisión.

En ese orden frente al análisis de la legalidad del acto administrativo antes mencionado, la presente acción de tutela resulta improcedente¹⁰.

3.4.2. Resolución del segundo problema jurídico

Ahora bien, el hecho que la acción de tutela no sea el mecanismo procedente para controvertir un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto como el Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016, no significa que la acción constitucional no constituya el mecanismo idóneo para verificar si en el trámite que se adelantó para excluir a la actora del proceso de selección, se vulneraron los derechos fundamentales invocados, por supuesto, siempre y cuando no se haya emitido la lista de elegibles correspondiente, como claramente se indicó en el numeral 3.2. de la parte considerativa de esta providencia.

Sobre el particular se tiene, de lo probado en el presente trámite y luego de consultar en la página web de la CNSC¹¹ las principales actuaciones de la Convocatoria N° 433 de 2016, que no se advierte que al interior del concurso de méritos al que acudió la accionante, se haya conformado la lista de elegibles, razón por la cual la acción de tutela resulta procedente para controvertir la decisión mediante la cual fue excluida del proceso de selección por no cumplir con los requisitos mínimos.

En ese orden de ideas se precisa, es por las razones antes expuestas que se considera procedente la acción de tutela en el caso de autos, porque los medios de control contencioso administrativos con los que cuentan los ciudadanos para controvertir la legalidad de las decisiones adoptadas en un concurso de méritos, carecen de la idoneidad necesaria para conferir una protección integral y eficaz de los derechos fundamentales comprometidos.¹²

3.4.3. Resolución del tercer problema jurídico

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a verificar si la CNSC vulneró los derechos invocados en el trámite administrativo que adelantaron para determinar que no programaban una nueva fecha y hora para que la peticionaria presentara las pruebas escritas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales.

La señora Yaneth Jerez Tirado no asistió a la prueba antes mencionada programada para el 3 de septiembre de 2017 en la ciudad de Bogotá, debido a

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 24 de noviembre de 2016. M.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 68001-23-33-000-2016-01002-01

¹¹ <http://www.cnsc.gov.co/>

¹² Ver la sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta del 4 de noviembre de 2016. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 68001-23-33-000-2016-01002-01

que el 26 de agosto de 2017 dio a luz a su hija, hecho que es comprobable con la historia clínica visible a folios 9 al 13, así como del registro civil de nacimiento de la menor de edad, visible a folio 18 del expediente, documentos que no fueron tenidos en cuenta por la CNSC.

Así las cosas, resulta necesario analizar las razones expuestas por la entidad accionada para no tener en cuenta la especial condición en la que se encontraba la tutelante, en la fecha en la que fue programada la presentación de la mencionada prueba escrita.

De la respuesta de la CNSC, visible a folio 16 del expediente, se observa que la negativa de la entidad obedeció a que la convocatoria del concurso está regulada por un acto administrativo y, de conformidad con el artículo 2.2.6.3 del Decreto 1083 de 2015¹³, en concordancia con el numeral 1º del artículo 31 de la Ley 909 de 2005¹⁴, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga a la CNSCS y a los participantes, ya que en ella se establecen las reglas y condiciones para participar en el proceso de selección, las cuales son de obligatorio cumplimiento y deben aplicarse en igualdad de condiciones para los aspirantes.

Por lo anterior, le indicó que la fecha para la aplicación de las pruebas básicas funcionales y comportamentales es la misma para todos los concursantes.

En relación con el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional, en sentencia SU-339 de 2011¹⁵ precisó:

¹³ 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:

1. Fecha de fijación y número de la convocatoria.
2. Entidad para la cual se realiza el concurso, especificando si es del orden nacional o territorial y el municipio y departamento de ubicación.
3. Entidad que realiza el concurso.
4. Medios de divulgación.
5. Identificación del empleo: denominación, código, grado salarial, asignación básica, número de empleos por proveer, ubicación, funciones y el perfil de competencias requerido en términos de estudios, experiencia, conocimientos, habilidades y aptitudes.
6. Sobre las inscripciones: fecha, hora y lugar de recepción y fecha de resultados.
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.
8. Duración del período de prueba;
9. Indicación del organismo competente para resolver las reclamaciones que se presenten en desarrollo del proceso, y
10. Firma autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Parágrafo. Además de los términos establecidos en este decreto para cada una de las etapas de los procesos de selección, en la convocatoria deberán preverse que las reclamaciones, su trámite y decisión se efectuarán según lo señalado en las normas procedimentales.

¹⁴ Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso. Reglamentado por el Decreto Nacional 4500 de 2005. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

¹⁵ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“... la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes”.

En ese orden de ideas, la Sala estima que en el caso objeto de estudio, la situación fáctica de la accionante era diversa a la de los demás aspirantes que asistieron a tiempo a la prueba de competencias básicas, funcionales y comportamentales, pues la señora Yaneth Jerez Tirado se encontraba incapacitada para acudir a ella y, contrario a lo afirmado por la entidad accionada, el hecho de que se acceda a una reprogramación de la prueba escrita antes mencionada no vulneraría el derecho de igualdad respecto de los demás concursantes, razón por la que se imponía una diferencia de trato, frente a aquellos [que] sí pudieron presentar sus respectivas pruebas.

Por el contrario, la Sección considera que la reprogramación de la prueba ampararía el derecho a la igualdad de la tutelante a quien se le permitiría presentar el examen y una vez calificado, determinar si puede continuar en el proceso de selección para acceder al cargo al cual se inscribió.

Ahora, la Sala no desconoce que el Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016 señala en el artículo 30 que *“los aspirantes que no hayan superado el mínimo aprobatorio de 70 puntos en las pruebas de competencias básicas y funcionales, en virtud de lo previsto en el artículo 29 del presente Acuerdo, no continuarán en el proceso de selección por tratarse de pruebas de carácter eliminatorio y por tanto serán excluidos de la Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF”*

Si bien la norma no dispone la exclusión por la no asistencia a la prueba, al ser esta de carácter eliminatorio, es claro que su no presentación implica que la señora Yaneth Jerez Tirado, al no asistir a la prueba escrita en la fecha y hora prevista, quedó excluida de la convocatoria No. 433 de 2016.

El mencionado Acuerdo tampoco contempla o regula las situaciones como la de la señora Jerez Tirado, originadas en hechos ajenos a su voluntad, como fue el nacimiento de su hija y el estar incapacitada por su estado de salud, situación que se presenta como desproporcional de cara a los derechos de la aspirante, como por ejemplo, el de acceso a un cargo o función pública y el debido proceso.

En ese sentido, se pronunció la Sección Quinta en la providencia del 23 de agosto de 2012¹⁶, en la que se señaló entre otras cosas que, la necesidad de que las reglas del concurso prevean una etapa en la que las personas puedan demostrar

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de agosto de 2012. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 19001-23-31-000-2012-00285-01

las razones para su inasistencia, así como la valoración y respuesta a éstas, garantizaba los derechos de los concursantes.

En el caso citado anteriormente, la Sección confirmó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso que le asistían a un ciudadano participante en la convocatoria No. 131 de 2011 que organizan la CNSC y la ESAP, quien fue citado el 1° de abril de 2012 a la ciudad de Cali, para presentar la prueba psicofísica; y a pesar de su desplazamiento de Popayán a la ciudad en donde debía cumplir la prueba, el 30 de marzo de 2012 se le desató un cuadro de fiebre y diarrea que, previa revisión médica, generándole incapacidad de tres días, lo cual le imposibilitó asistir a la prueba referida.

Aunque solicitó la reprogramación de la fecha y hora de la evaluación de personalidad, la CNSC y la ESAP se la negaron porque no aportó la incapacidad expedida o transcrita por la EPS y fue excluido del concurso pues el artículo 4° literal d) del Acuerdo N° 163 de 2011, disponía la exclusión del concurso por la no asistencia a la prueba en la fecha y hora programada

Ahora, para el caso que ocupa la atención de la Sala resulta importante poner de presente que se trata de una mujer que pocos días antes de la fecha prevista para la presentación de la prueba dio a luz a su hija, por lo que se encontraba en periodo de lactancia, por lo que es un sujeto de especial protección. En efecto, la Constitución Política, en el artículo 5°, ampara la familia como institución básica de la sociedad, y en el artículo 13 establece que el Estado debe velar por la protección especial de ciertos grupos de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de la tutelante. Esta protección es concordante, además, con lo dispuesto en los artículos 43 y 53 superiores.

Es así como existe una intención constitucional de garantizar los derechos de las mujeres en estado de lactancia, los cuales deben ser objeto de protección, pues fundamentan el Estado Social de Derecho y se erigen como fines esenciales del mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, y al aplicar las disposiciones constitucionales en el caso en análisis, esta Sección concluye que la inasistencia a uno de los exámenes, en este caso, las pruebas escritas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales, no podía generar la exclusión de la concursante, pues correspondía a la entidad evaluar las causas que originaron la respectiva ausencia, a fin de determinar si procedía o no, una reprogramación.

Lo anterior no puede entenderse como el desconocimiento de la competencia atribuida a los órganos judiciales para decidir definitivamente y con efectos erga omnes sobre la constitucionalidad o legalidad del artículo 30 del Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016¹⁷, pues como se indicó en el

¹⁷ Corte Constitucional. T-964 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

acápites 3.3.1. de la parte motiva de esta providencia, frente a aquello la tutela resulta improcedente.

Es importante recordar que el artículo 29, numeral 6 del Decreto 2591 de 1991, expresamente admite la inaplicación de preceptos contrarios a derechos fundamentales por parte del juez constitucional, por lo que para el caso en concreto, si bien la norma en cita establece que las pruebas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales serán escritas y se aplicarán el mismo día, en una misma sesión y que los aspirantes que no hayan superado el mínimo aprobatorio de 70 puntos en las pruebas de competencias básicas y funcionales no continuarán en el proceso de selección, ésta debe inaplicarse para el caso específico de la señora Yaneth Jerez Tirado.

Por lo anterior, considera la Sala que la CNSC vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a cargo o función pública y al debido proceso, alegados por la señora Yaneth Jerez Tirado al no reprogramar la prueba escrita de competencias básicas, funcionales y comportamentales que ella debía presentar el 3 de septiembre de 2017 en la ciudad de Bogotá, atendiendo a que se trata de un sujeto de especial protección.

En consecuencia se revocará la sentencia del 12 de diciembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, se ampararán los derechos fundamentales a la a la igualdad, al acceso a cargo o función pública y al debido proceso, atendiendo a que se trata de un sujeto de especial protección, alegados por la señora Yaneth Jerez Tirado y se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil que disponga de la logística que corresponda a fin de que en la fecha que lo considere, dentro de un término prudencial no mayor a un mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia, realice la prueba escrita de competencias básicas, funcionales y comportamentales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 12 de diciembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”.

SEGUNDO: DECLARAR LA IMPROCEDENCIA del amparo solicitado frente al cargo que pretende controvertir la legalidad del Acuerdo No. CNSC – 201600001376 del 5 de septiembre de 2016.

TERCERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la igualdad, al acceso a cargo o función pública y al debido proceso, atendiendo a que se trata de un

sujeto de especial protección, alegados por la señora Yaneth Jerez Tirado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil que disponga de la logística que corresponda a fin de que en la fecha que lo considere, dentro de un término prudencial no mayor a un mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia, realice la prueba escrita de competencias básicas, funcionales y comportamentales a la señora Yaneth Jerez Tirado.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

