

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO

Florencia, enero veintitrés (23) de dos mil dieciocho (2018).

Referencia	Acción de Tutela
Accionante	XXXXXXXXXXXXX
Accionada	Departamento Administrativo de la Función Pública, La Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad de Pamplona, la Secretaría de Educación Departamental del Huila y el Ministerio de Educación Nacional.
Radicación	18-001-31-07-001-2018-00018-00

ASUNTO A TRATAR

Estando dentro del término legal procede el Juzgado a emitir la sentencia respectiva en la acción de tutela incoada por **XXXXXXXXXXXXX** contra **EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL HUILA Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.**

ACONTECER FÁCTICO

Sostiene la demandante que se presentó al Concurso Abierto de Méritos, Convocatorias 339 a 425 de 2016, ***“PARA PROVEER DEFINITIVAMENTE LOS CARGOS DE DIRECTIVOS DOCENTES, DOCENTES DE AULA Y LÍDERES DE APOYO EN ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS OFICIALES (...)”***, teniendo así que en el Departamento del Huila se encontraban 100 plazas disponibles para proveer según la convocatoria en mención. En razón a ello, presentó “la prueba de aptitudes y competencias básicas y la prueba psicotécnica”, logrando posicionarse en el puesto No. 74, posteriormente le fue asignada la fecha de entrevista para el día 28 de octubre de 2017, sin embargo, debido a su estado de gravidez y el riesgo del mismo, tuvo que ser hospitalizada de urgencia, teniendo como diagnóstico ***“PACIENTE DE 23 AÑOS CON OBESIDAD MÓRBIDA, 27.3 SEMANAS DE EMBARAZO Y PRECLAMIA DE APARICIÓN TEMPRANA SEVERA”*** en estas condiciones, el día 24 de octubre del pasado año mediante correo electrónico solicitó a **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** que prorrogaran el término de la entrevista pues su estado de salud le impedía asistir, recibiendo respuesta el 27 del mismo mes y año donde la –CNSC- indicó que no era posible cambiar la fecha de la cita toda vez que **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** ya había dispuesto de la logística de la misma a nivel masivo y que de hacerlo provocaría traumatismos en el proceso y violaría el derecho a la igualdad de los demás participantes a Nivel Nacional.

No obstante, el día 28 de octubre de 2017, fecha para la cual estaba prevista la entrevista, se le practico a la concursante una cesárea, hecho que impidió la asistencia; sin embargo y pese a haber informado con anterioridad los motivos de su inasistencia, la puntuación otorgada fue de **CERO (0)**, haciendo que la posición en la lista de elegibles bajara considerablemente, ubicándose en **EL PUESTO 137**, que con el puntaje de la valoración de antecedentes ascendió **AL PUESTO 123**.

Ante esta eventualidad el 15 de noviembre del año anterior presentó reclamación ante la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** solicitando la reprogramación de la entrevista, obteniendo una respuesta negativa de **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** y confirmando el resultado de la entrevista, sin analizar la situación particular que se dio.

RELACIÓN DE PRUEBAS

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía
- Fotocopia de la historia clínica
- Fotocopia de los resultados obtenidos en el Concurso Abierto de Méritos
- Fotocopia del correo electrónico enviado a la –CNSC- de fecha 24 de octubre de 2017.
- Fotocopia de la respuesta al derecho de petición por parte de la –CNSC- de fecha 27 de octubre de 2017.
- Fotocopia de la reclamación de fecha 15 de noviembre de 2017.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES VINCULADAS AL TRÁMITE

*Refiere **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que la accionante no puede hablar de una presunta vulneración de derechos cuando fue ella quien desde el momento de su inscripción aceptó de manera libre y voluntaria las normas del proceso, reiterando que el motivo causal de exclusión se derivó de la aplicación de las normas del concurso tales como las consagradas en el artículo 9 del Acuerdo 20162310000976 de 2016, donde se establecieron los **REQUISITOS GENERALES DE PARTICIPACIÓN**, respecto de los cuales el numeral tercero previó:*

"... 2. Cumplir con los requisitos mínimos del cargo que escoja el

aspirante de la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC Docente, de acuerdo con los establecido en la Resolución No. 09317 de 2016 que adoptó el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias... (Resaltando fuera del texto).

En el caso en concreto se tiene que una vez verificada la información que reposa en **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, se evidencia que la accionante se inscribió para el cargo de docente de Idioma Extranjero Inglés para la entidad territorial certificada en educación Departamento del Huila, asimismo, se tiene que la actora no se presentó a la prueba de entrevista, en el día que se le señaló, por lo cual su calificación fue de **CERO (0) PUNTOS**. Sin embargo, ella continúa en el proceso de selección y la ponderación de esta prueba solo representa el 5% de la calificación total.

EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL HUILA Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Como novedad en el sistema jurídico nuestro, el Constituyente de 1991 introdujo en la Carta Política la acción de tutela, erguida a proteger los derechos fundamentales de la persona ante la amenaza o violación por parte de las autoridades, y en ciertos casos de los particulares, mediante procedimiento inmediato, preferente y sumario.

Como todo derecho que nace, desde la misma Carta se imponen los límites dentro de los cuales se ejerce esta acción, de manera que ella solo obra en relación con los

derechos fundamentales de rango constitucional y para eventos en que no existe otro mecanismo de defensa judicial.

Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver en este asunto es definir si las entidades demandadas han vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, al no tener en cuenta la condición de salud presentada el día 28 de octubre de 2017, fecha para la cual estaba estipulada la entrevista.

La procedencia de la acción de tutela.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no es viable cuando existen otros medios de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Dicho mecanismo alternativo debe ser eficaz pues, contrario a ello, la tutela procede como medio judicial de protección.

No es posible participar en el concurso en condiciones de igualdad con los demás concursantes mediante el ejercicio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual no siempre es procedente y esperar a la culminación de un proceso contencioso administrativo, al término del cual no es posible evitar la vulneración del derecho fundamental de acceso a cargos públicos por vía de un concurso de méritos.

Para que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio es necesario demostrar: i) la inminencia de un perjuicio irremediable respecto de un derecho

fundamental y que, ii) en efecto existe otro medio de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la controversia planteada en sede de amparo constitucional, pero que no es eficaz para lograr la protección urgente que se requiere.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el perjuicio irremediable es «aquel que resulta del riesgo de lesión al que una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares somete a un derecho fundamental que, de no resultar protegido por vía judicial en forma inmediata, perdería todo el valor subjetivo que representa para su titular y su valor objetivo como fundamento axiológico del ordenamiento jurídico»¹.

En consecuencia, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio dependerá de la valoración que el juez haga de las circunstancias específicas de cada caso, que le permitirá determinar la existencia de un perjuicio irremediable, mediante la constatación de la presencia concurrente de los requisitos que lo configuran y que corresponden a: i) la gravedad de las amenazas que se ciernen sobre los derechos fundamentales, ii) la inminencia del perjuicio que estas pueden causar a los derechos; iii) la impostergabilidad de las medidas de protección que deben tomarse y iv) la urgencia de las mismas.

Derecho a la igualdad y acciones positivas.

El artículo 13 de la Constitución Política prevé que ***“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”***. A renglón seguido,

¹ Sentencia T-351 de 2005.

agrega que ***“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”***.

De acuerdo con lo anterior, el Estado debe garantizar la igualdad *“sin ninguna discriminación”*, de suerte que en situaciones idénticas, a todos se les brinde el mismo trato, promover ***“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”*** y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Estas medidas a favor de ciertos grupos, se denominan *“acciones positivas”*. En últimas, son medidas de discriminación en sentido inverso con la finalidad de remover los obstáculos que existen en contra de los grupos de cuya naturaleza se infiere una situación de desigualdad respecto del conglomerado social, tales como los niños (Constitución Política, artículo 44), las mujeres en estado de embarazo y luego del parto (Constitución Política, artículo 43), las personas de la tercera edad (Constitución Política, artículo 46).

Especial protección de la mujer en estado de embarazo o durante el período de lactancia².

La Constitución Política de 1991, le da un lugar preeminente a la mujer durante el embarazo y en el período de lactancia. En este sentido, el artículo 43 dispone que la mujer y el hombre tendrán iguales derechos y oportunidades y que en ningún caso aquella podrá ser objeto de discriminaciones. Refiere esa norma, que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de subsidio alimentario siempre que estuviere desempleada o desamparada. Esta protección se encuentra adicionalmente en el

² Sobre este acápite, ver: Corte Constitucional, sentencia T-734 del 14 de septiembre de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

artículo 53, al establecer como principio mínimo fundamental, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

Igualmente, instrumentos internacionales que además de constituir criterios de interpretación de los derechos fundamentales, prevalecen en el ordenamiento jurídico por expreso mandato del artículo 93 de la Constitución, otorgan a la maternidad un estatus preferente. De esta forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 25, señala que **“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”**.

Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, establece que **“se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”**.

El artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU y aprobada mediante la Ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar **“todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo”**, a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, **“el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”**.

Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos, por el de sexo³.

La Corte Constitucional ha dicho además que **“resulta ilegítima cualquier**

³ Así también lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

acción tendiente a estigmatizar, desmejorar o discriminar a la mujer que se encuentra en estado de gestación, porque ello atenta directamente contra el derecho de autodeterminación, manifestado en el libre desarrollo de la personalidad; contra los derechos a la libertad personal y a la igualdad; contra la familia misma como núcleo esencial de la sociedad; contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido a quienes también la Constitución les da un tratamiento especial⁴.

Caso concreto

De acuerdo con las previsiones normativas y jurisprudenciales citadas, considera este Despacho que si bien es cierto que la entrevista fue programada por **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** para el día 28 de octubre de 2017, también lo es que dentro de las condiciones especiales que se pudiesen presentar impidiendo la aplicación de la prueba, no fue prevista de manera idónea, la condición de embarazo y posterior parto o período de lactancia de las concursantes, en especial la actora que el mismo día por medio de una cesárea tuvo a su bebé.

Aunque la finalidad exclusiva de la norma resulta acorde con el objeto de la implementación del concurso, esto es, que esté soportado en condiciones de objetividad e igualdad para todos los aspirantes, lo cierto es que, se debió establecer claramente a favor de las mujeres en estado de embarazo y durante el período de lactancia, una acción positiva como la previsión de la presentación de la prueba en fecha diferente de la fijada, que resulta relevante y necesaria en el presente asunto, por cuanto, días antes de la presentación de la entrevista, la actora informó que se encontraba hospitalizada, para ello, aportó los documentos idóneos para sustentar su petición, de los cuales se destacan, la incapacidad No. 41207 emitida por la clínica EMCOSALUD, que tiene como fecha inicial 28 de

⁴ Cfr. Sentencia T-311 del 23 de marzo de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

octubre de 2017 y fecha final 1 de mayo de 2018, con diagnóstico de parto prematuro, parto por cesárea de emergencia y preclamsia severa. Este hecho se verificó con exactitud, según los documentos que obran en el expediente.

De otra parte analiza este Despacho que las respuestas ofrecidas tanto por **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, como **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA**, carecen de razones concretas, pues en ningún momento tienen en cuenta la ***"condición especial"*** en la que se encontraba la concursante, situación que implica un trato diferente, ***"en atención a las normas de confidencialidad y los principios de igualdad y de equidad"***, en este caso se le trató como si no la tuviese, aun cuando la aspirante informó con anterioridad y posteriormente presentó su reclamación dentro de los cinco días siguientes a la publicación de los resultados de la entrevista, tal como lo previó el artículo 47 de los Acuerdos de las Convocatorias 339 a 425 de 2016. Obteniendo como respuesta por parte de **LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA** que si bien la reclamación presentada fue allegada en el término previsto, se le ratificó la calificación inicialmente obtenida, esto es **CERO (0)**, reiterándole que contra dicho resultado no procedía ningún recurso, quedando en firme la misma.

Aunado a ello, el riesgo en el estado de embarazo y posterior parto, es una situación de fuerza mayor, no prevista por la accionada, pese a que es una situación previsible que genera una incapacidad médica por 18 semanas (126 días), llamada licencia de maternidad⁵, de conformidad con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017), ésta debe ser tomada en cuenta, máxime si la concursante lo había puesto en conocimiento.

No obstante, las razones de tipo técnico, logístico y operativo que invocan las

⁵ Es una licencia remunerada que busca que la madre tenga un descanso adecuado durante los días previos al parto y posteriores a él, de tal forma que pueda dedicarse a su recuperación y a su hijo recién nacido.

accionadas en las respuestas dirigidas el 27 de octubre y 30 de noviembre de 2017 a la actora, en lo que respecta a la pretensión de reprogramación para la entrevista, no son suficientes, en razón de la especial protección de la mujer en estado de embarazo de rango constitucional y con fuerza normativa superior (Constitución Política, artículo 4º). Además, se genera esta situación por la propia incuria de la Administración al no prever con antelación como una **“condición especial”** que permita a las aspirantes mujeres que así lo demostraran, la presentación de la entrevista en una fecha diferente de la fijada para los demás concursantes.

En virtud de todo lo anterior, se ordenará a **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** que en un término máximo e improrrogable de **QUINCE (15) DÍAS HÁBILES** contados a partir de la notificación de esta sentencia, disponga las medidas necesarias para que la actora presente la entrevista, contando con las garantías de publicidad, celeridad y oportunidad, correspondientes, igualmente, se decreta que el puntaje obtenido en la presentación de la entrevista sea ponderado con los resultados de las pruebas ya realizadas.

En mérito de lo expuesto y sin que sean necesarias mayores consideraciones, **EL JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE FLORENCIA, CAQUETÁ**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos al trabajo, a la igualdad, al debido proceso y a la vida digna de **XXXXXXXXXXXXX** contra **EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, LA SECRETARÍA DE**

EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL HUILA Y EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

SEGUNDO: ORDENAR a **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** que en un término máximo e improrrogable de **QUINCE (15) DÍAS HÁBILES**, contados a partir de la notificación de esta providencia, disponga lo pertinente para que **XXXXXXXXXXXXXX**, presente en el lugar de inscripción, esto es, en el Municipio de Pitalito (Huila), la prueba de entrevista dentro de la Convocatoria N° 374 de 2016, contando con las garantías de publicidad, celeridad y oportunidad, correspondientes.

TERCERO: ORDENAR a **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que tenga en cuenta el puntaje de la entrevista y en ese sentido sea ponderado con el resultado obtenido en las pruebas de "Aptitudes y Competencias Básicas, "Psicotécnica y "Valoración de Antecedentes".

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes e intervinientes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: Si no fuere apelado este fallo, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AYDA CONSTANZA LÓPEZ RODRÍGUEZ

Juez

