

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
Consejera Ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil ocho (2008)

N° de Radicación: 4100123310002008-00008-01

ACTOR: DIANA MILENA LOZANO TORRES

ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN

FALLO

Negada la ponencia presentada por el Magistrado Héctor J. Romero Díaz en la Sala de la Sección Cuarta del 3 de abril de 2008, se decide la impugnación presentada por la actora contra la sentencia del 29 de enero de 2008 del Tribunal Administrativo del Huila que **RECHAZÓ POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela.

ANTECEDENTES

a. La Solicitud

La señora Diana Milena Lozano Torres, en escrito presentado el 11 de enero de 2008 (fs. 1 a 7) instauró acción de tutela contra la Comisión Nacional de Servicio Civil, para la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad y a la protección de la mujer, con base en los hechos que se resumen a continuación:

La Comisión Nacional del Servicio Civil por medio de la Resolución N° 171 de 2005 que se conoce como la Convocatoria N° 01 de 2005 convocó al proceso de selección para proveer por concurso abierto de

méritos los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial regidas por la Ley 909 de 2004. En ella, se previó para el 12 de agosto de 2007 la presentación de la prueba básica general de preselección.

En ejercicio del derecho de petición, el 15 de junio de 2007 solicitó a la CNSC información sobre el trámite a seguir teniendo en cuenta que se encontraba en estado de embarazo y el médico tratante de su EPS fijó como fecha probable de parto entre el 10 y el 12 de agosto de 2007. Para sustentar su solicitud, aportó la certificación librada del Médico Ginecobstetra de SaludCoop E.P.S. y la ecografía del 27 de abril de 2007 donde consta: FEP (UPM): 08/10/07, FEP (EUC): 08/12/07.

En respuesta al anterior, mediante oficio del 26 de junio de 2007, la Comisión, sin pronunciarse sobre su especial situación, le informó *“que en atención a las normas de confidencialidad y los principios de igualdad y equidad para todos los participantes, la CNSC no tiene prevista la aplicación de la prueba citada para el 12 de agosto, en fechas alternas. () De acuerdo con la reglamentación de la prueba y del concurso, se hace necesario concurrir a la presentación de la prueba en la fecha anunciada”* (f. 14).

A las 8:45 PM del 10 de agosto de 2007 dio a luz a su hijo en la Clínica SaludCoop del Municipio de Pitalito (Huila). Salió de ella al día siguiente a las 7:02 PM y para el día de la realización de la prueba, 12 de agosto de 2007 estaba en período post-parto e inició su licencia de maternidad por 12 semanas que vencieron el 1º de noviembre de 2007.

En ejercicio del derecho de petición, el 11 de septiembre de 2007 solicitó a la CNSC autorización para la presentación de la prueba general básica de preselección, indicando lugar y fecha, *“teniendo en cuenta que este es un caso de carácter especial”*.

En respuesta al anterior, mediante oficio del 31 de octubre de 2007, la Comisión, sin tener en cuenta su especial situación, le informó *“que el procedimiento técnico, logístico y operativo que conlleva la aplicación de esta clase de pruebas, está diseñado para su implementación masiva; de otra parte, las normas de confidencialidad y los principios de igualdad y equidad que rigen para todos los participantes obligan a garantizar condiciones de simultaneidad e igualdad frente al proceso, teniendo en cuenta la prevalencia del interés general en la aplicación de la Prueba Básica General de Preselección. () Así mismo la custodia de los cuadernillos, la designación de un lugar de aplicación de la prueba, la asignación de un jefe de salón, el transporte de seguridad, el acopio del material de pruebas y la lectura y procesamiento de las respuestas no puede ser programada para la aplicación en distintas fechas, por cuanto implican una erogación económica adicional para el proceso que no está prevista y que además la entidad no tiene como asumir por cuanto no se produjo en virtud de una acción u omisión imputable a ésta. () Por lo anterior y para su caso concreto, no resulta posible la aplicación posterior de la prueba que fue realizada el pasado 12 de agosto y en consecuencia, ha quedado excluida del proceso de selección de la Convocatoria 001 de 2005”* (f. 26).

A juicio de la actora, estas razones desconocen sus derechos fundamentales, cuya protección invoca en ejercicio de la acción de tutela, con la que, en concreto, pretende se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil: *“que fije fecha y hora que me permitan la presentación de la Prueba Básica, con el fin de acceder a la segunda prueba para el cargo de Secretaria de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena CAM, en carrera administrativa; teniendo en cuenta que este es un caso de carácter especial, e indicar al accionado que debe ser cumplida en un plazo máximo de 48 horas, para tutelar mis derechos fundamentales amenazados y vulnerados (Trabajo, mínimo vital, protección a la mujer e igualdad)”*.

b. La Oposición

El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en escrito del 28 de enero de 2008 (fs. 37 a 39) solicitó denegar por la acción de tutela instaurada. Preciso que dio respuesta a las peticiones de la actora y que la motivación para negarlas, tiene su origen en la Resolución N° 1521 de 2006 *“por la cual se deciden las reclamaciones, derechos de petición relacionados con las mismas, solicitudes de corrección de errores del proceso de inscripción y actualización para la citación a la Prueba Básica General de Preselección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa en marco de la Convocatoria 001 de 2005”* y según el artículo 5° referido a las solicitudes por condiciones especiales, tales como *“incapacidades médicas, imposibilidades físicas de modo o de lugar”*, hay inexistencia de violación al derecho a la igualdad de la accionante. Advirtió que la consecuencia de la no presentación de la prueba es causal de exclusión del concurso como se previó en la Resolución N° 1428 de 2006 *“por la cual se reglamenta el proceso de presentación de la Prueba Básica General de Preselección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa en el marco de la Convocatoria 001 de 2005”*. En relación con los derechos al trabajo y al mínimo vital, adujo que tampoco se incurrió en su violación *“pues la participación del aspirante en la convocatoria genera una mera expectativa, no un derecho, la tutela no procede cuando se trata de meras expectativas”*.

c. La Providencia Impugnada

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila en sentencia del 29 de enero de 2008 (fs. 42 a 51) **RECHAZÓ POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada, de conformidad con el numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, al considerar que lo pretendido en últimas es la inaplicación del artículo 4° de la

Resolución N° 1428 de 2006, que es un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto¹.

En cuanto al derecho a la igualdad, consideró que no está probada su violación, porque según la respuesta de la entidad accionada, la negativa ha sido unánime a las solicitudes de señalamiento de fechas alternativas o posteriores a las fijadas de manera genérica y en condiciones de igualdad para todos los participantes.

d. La Impugnación

La actora **IMPUGNÓ** la anterior decisión (fs. 54 a 57). Reiteró los argumentos expuestos en el escrito inicial. Agregó que según la jurisprudencia constitucional contenida en las sentencias C-722 de 2004 y C-964 de 2003 de la Corte Constitucional, según la cual, el Estado está en la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia y brindar una protección que reduzca las condiciones de discriminación y marginación a que se ven sometidas las mujeres. Insistió en la protección de los derechos fundamentales invocados.

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

La acción de tutela faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en ciertos casos. Dada su naturaleza subsidiaria, sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, o en su defecto, de manera transitoria, siempre que sea necesario para evitar un perjuicio irremediable.

¹ Sobre este punto, citó y transcribió apartes de la sentencia AC-02934 del 31 de octubre de 2006, M. P. Héctor J. Romero Díaz.

La señora Diana Milena Lozano Torres solicita la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad y a la protección de la mujer, presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional de Servicio Civil, en cuanto no le permitió la presentación de la prueba básica general de preselección en fecha diferente a la fijada, 12 de agosto de 2007, a la que no pudo asistir porque a las 8:45 PM del 10 de agosto de 2007 dio a luz a su hijo en la Clínica SaludCoop del Municipio de Pitalito (Huila). Por la no presentación de la prueba, fue excluida del concurso de méritos previsto en la Resolución N° 171 de 2005 (Convocatoria N° 01 de 2005) contentiva del proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial regidas por la Ley 909 de 2004.

a. 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.

En ese orden de ideas, la Sala estudiará el fondo el asunto con el fin de evitar un perjuicio irremediable y para verificar si los derechos fundamentales de la demandante están siendo vulnerados con la conducta de la accionada, consistente en la negativa a presentar la prueba básica general de preselección en fecha diferente a la fijada, 12 de agosto de 2007, por el nacimiento de su hijo a las 8:45 PM del 10 de agosto de 2007.

b. Actuación contra la cual se dirige la tutela.

Aclara la Sala que esta acción no está dirigida contra un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, caso en el cual devendría improcedente², toda vez que la pretensión de la actora no se encamina a la inaplicación de las Resoluciones 1521 de 2006³ ni 1428 de 2006⁴, ya citadas. En efecto, lo que la accionante reprocha es el oficio del 31 de octubre de 2007 librado por la accionada, en cuanto negó la solicitud de la presentación de la prueba básica general de preselección en una fecha diferente de la programada – 12 de agosto de 2007 –, sin tener en cuenta su avanzado estado de embarazo y posterior parto, faltando apenas un día y unas horas para el examen.

c. 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,*

² Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, numeral 5º.

³ Por la cual se deciden las reclamaciones, derechos de petición relacionados con las mismas, solicitudes de corrección de errores del proceso de inscripción y actualización para la citación a la Prueba Básica General de Preselección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa en marco de la Convocatoria 001 de 2005.

⁴ Por la cual se reglamenta el proceso de presentación de la Prueba Básica General de Preselección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa en el marco de la Convocatoria 001 de 2005.

lengua, religión, opinión política o filosófica". A renglón seguido, 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).

d. Especial protección de la mujer en estado de embarazo o durante el período de lactancia⁵.

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 aquélla 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

⁵ Sobre este acápite, ver: Corte Constitucional, sentencia T-734 del 14 de septiembre de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

Así mismo, 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 sexo⁶.

La Corte Constitucional ha dicho además que *“resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar o discriminar a la mujer que se*

⁶ Así también lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-470 del 25 de septiembre de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

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 especial”⁷.

Observa la Sala que ante dos derechos fundamentales que podrían resultar enfrentados “*igualdad de acceso a cargos públicos*” y “*protección al embarazo y maternidad*”, debe dársele prelación a este último por ser especial y esencial para el desarrollo de la sociedad y de la niñez.

e. El caso concreto.

De acuerdo con las previsiones normativas y jurisprudenciales citadas, la Sala considera que si bien es cierto que la prueba básica general de preselección de la Convocatoria 01 de 2005 fue programada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para todos los aspirantes para el día 12 de agosto de 2007, 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, menos, por supuesto, la situación de la señora Diana Milena Lozano Torres que en un día y unas horas antes del examen, tuvo a su bebé.

En efecto, el artículo 5º de la Resolución N° 1521 de 2006 prevé que pueden darse situaciones que imposibiliten la presentación de la prueba. Sin embargo, frente a la imposibilidad física “*de modo o de lugar*”, la consecuencia siempre será la misma, pues no se genera para la aspirante incapacitada, la más mínima posibilidad de que su

⁷ Cfr. Sentencia T-311 del 23 de marzo de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

“condición especial” sea tenida en cuenta y menos que se le brinde un tratamiento diferente frente a los demás aspirantes “por cuanto se debe garantizar a todos los aspirantes condiciones de simultaneidad e igualdad frente al proceso y se debe garantizar la prevalencia del interés general en la aplicación de la Prueba Básica General de Preselección”.

Aunque la finalidad intrínseca 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, como ya se dijo, 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, dos meses antes de la aplicación de la prueba, la actora informó a la accionada su condición, aportó los documentos idóneos para sustentar su petición, de los cuales se destacan, la certificación del Médico Ginecobstetra de SaludCoop E.P.S. y la ecografía del 27 de abril de 2007 que estableció como fecha probable de parto por el último período menstrual (UPM) el 10 de agosto de 2007 y por la ecografía del último control (EUC) el 12 de agosto de 2007. Este hecho que se verificó con exactitud, pues según los documentos que obran en el expediente y no desvirtuó la accionada a las 8:45 PM del 10 de agosto de 2007, la señora Lozano Torres dio a luz a su hijo en la Clínica SaludCoop de Pitalito (Huila).

Para la Sala merece total reproche la simpleza de la respuesta ofrecida por la CNSC a la anterior petición, pues no da razones concretas de por qué, a pesar de su *“condición especial”* que implica un trato diferente, *“en atención a las normas de confidencialidad y los principios de igualdad y de equidad”*, se le trate como si no la tuviese.

El avanzado estado de embarazo y posterior parto faltando apenas un día y unas horas para el examen, es una situación de fuerza mayor, no prevista por la accionada, pese a que es una situación previsible que genera una incapacidad médica por 12 semanas (84 días), llamada licencia de maternidad⁸, de conformidad con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y que debería ser, en adelante, prevista para todo concurso de méritos que se realice, de manera que en el momento de realizarse para los casos de fuerza mayor, no tengan que generarse mayores gastos.

Por lo demás, las razones de tipo técnico, logístico y operativo que invoca la accionada en la respuesta dirigida el 31 de octubre de 2007 a la actora, en respuesta a la solicitud de autorización de la presentación de la prueba, 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 aplicación de la prueba en una fecha diferente de la fijada para los demás concursantes.

En virtud de todo lo anterior, la providencia impugnada será revocada y en su lugar, la Sala amparará los derechos fundamentales a la igualdad y a la especial protección de la mujer en estado de embarazo de la señora Diana Milena Lozano Torres. Se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en un término máximo e improrrogable de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia, disponga lo pertinente para que la actora presente la prueba general básica de preselección de la Convocatoria N° 001 de 2005.

⁸ 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.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

1. **REVÓCASE**, por las razones expuestas en la parte motiva, la providencia impugnada. En su lugar se dispone: **AMPÁRANSE** los derechos fundamentales a la igualdad y a la especial protección de la mujer en estado de embarazo de la señora **DIANA MILENA LOZANO TORRES**. En consecuencia:
2. **ORDÉNASE** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** que en un término máximo e improrrogable de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, disponga lo pertinente para que la señora **DIANA MILENA LOZANO TORRES** presente en el lugar de inscripción, esto es, en el Municipio de Pitalito (Huila), la prueba general básica de preselección dentro de la Convocatoria N° 001 de 2005.
3. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
– Presidente de la Sección –

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ
Salva Voto

-PONENCIA NEGADA AL DR. ROMERO EN SALA DEL 3 DE ABRIL-

ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN

FALLO

Derechos Invocados: Trabajo, mínimo vital, igualdad y a la protección de la mujer, presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional de Servicio Civil, en cuanto no le permitió la presentación de la prueba básica general de preselección en fecha diferente a la fijada, 12 de agosto de 2007, a la que no pudo asistir porque a las 8:45 PM del 10 de agosto de 2007 dio a luz a su hijo en la Clínica SaludCoop del Municipio de Pitalito (Huila). Por la no presentación de la prueba, fue excluida del concurso de méritos previsto en la Resolución N° 171 de 2005 (Convocatoria N° 01 de 2005) contentiva del proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera administrativa de las entidades y organismos del orden nacional y territorial regidas por la Ley 909 de 2004.

El Tribunal Administrativo del Huila en sentencia del 29 de enero de 2008 (M. P. José Marcelino Triana Perdomo) la **RECHAZÓ POR IMPROCEDENTE** (Decreto 2591 de 1991, artículo 6°, numeral 5°).

La Sala **REVOCA**, **AMPARA** el derecho de especial protección de la mujer en estado de embarazo y **ORDENA** a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en un término máximo e improrrogable de 5 días hábiles, disponga lo pertinente para que la accionante presente en el lugar de inscripción, esto es, en el Municipio de Pitalito (Huila), la prueba general básica de preselección dentro de la Convocatoria N° 001 de 2005.

Apoderados:

Accionante: En nombre propio.

Accionada: Argemiro Niño Ojeda.