

“Al servicio de la justicia
y de la paz social”

Proceso	Acción de Tutela – Impugnación
Radicado	05001-31-10-007-2021-00389-01 (2021-228)
Accionante	Leidy Mariana Restrepo Ortiz
Accionada	CNSC y Fundación Universitaria del Área Andina
Sentencia No.	138
Acta	153
Decisión	Revoca: Concede amparo
Ponente	Edinson Antonio Múnera García

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE FAMILIA

Medellín, treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Se decide la impugnación del fallo proferido por el Juez Segundo de Familia de Oralidad de Medellín, en la acción de tutela instaurada por Leidy Mariana Restrepo Ortiz contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la confianza legítima, debido proceso, igualdad, trabajo y a ejercer cargos públicos, trámite al cual fueron vinculados los aspirantes a la Convocatoria No. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019, para el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407 Grado 5, Código OPEC 28142, de Hispania, Antioquia.

1. ANTECEDENTES

1.1 Hechos

Manifestó la accionante que desde el 02 de enero de 2017 se desempeña laboralmente en el cargo de Auxiliar Administrativa en provisionalidad en la Secretaría de Hacienda y Desarrollo Económico, del

Municipio de Hispania - Antioquia; se inscribió para participar en la Convocatoria Territorial 2019, para el empleo denominado Auxiliar Administrativa, Código 407 Grado 5 y OPEC 28142, de Hispania – Antioquia, siendo admitida por cumplir los requisitos mínimos exigidos, recibiendo el 19 de febrero del año en curso la citación para la aplicación de las pruebas escritas de Competencias Básicas Funcionales y Competencias Comportamentales.

Que contando con 38 semana de gestación, el 10 de febrero del año cursante elevó derecho de petición ante la CNSC, poniendo en conocimiento de dicho ente su estado de gestación y que la fecha probable de parto estaba establecida para el 5 de marzo de 2021, entidad que en comunicación del 21 de febrero se limitó a indicarle sobre los protocolos de bioseguridad y medidas especiales para las personas que presentaran alguna comorbilidad en relación con el Covid-19, sin hacer alusión a su situación específica.

Aseveró que la aplicación de las pruebas se llevó a cabo el febrero 28 de 2021, fecha en la que se presentó siendo las 06:30 a.m. en el lugar asignado para presentarlas, pero, ese mismo día siendo las 09:46 a.m. inició trabajo de parto, y, debido a la ruptura de membrana le fue imposible terminar con la prueba de Competencias Básicas Funcionales, teniendo hasta ese momento 70 respuestas desarrolladas, sin poder presentar la prueba Comportamental.

Señaló que a través de correo electrónico del 08 de marzo de 2021 expuso su situación ante la CNSC, adjuntado su historia clínica y solicitando una solución a su caso, ente que en respuesta del día 18 de ese mismo mes, y sin tener en cuenta los hechos ocurridos el 28 de febrero, le indicó que la fecha de publicación de los resultados sería informado a través

de la página web oficial y estos se podrían visualizar a través de la plataforma SIMO, resultados que atenderían a lo respondido por los aspirantes en la hoja de repuesta diligenciada y entregada el día de la aplicación de la prueba, sin que pudiera ser objeto de modificaciones posteriores, pues para dicha aplicación se había contemplado una única fecha.

Que el 23 de abril de 2021, solicitó a la CNSC que se le evaluara nuevamente, toda vez que el motivo que la llevó a ausentarse obedecía a un caso fortuito, comunicándosele frente a ese pedimento que la aplicación de las pruebas se había llevado a cabo en la fecha señalada por esa comisión y el operador del contrato, sin que existiera la posibilidad de realizar cambios a la misma, y que la condición general de los participantes primaba sobre las situaciones particulares de los aspirantes, la que además no podían interferir en el desarrollo de los procesos de selección.

Agregó que el 02 de mayo elevó petición ante el SIMO, relatando igualmente los hechos ocurridos, recibiendo respuesta el 30 de junio de 2021 por parte de la Fundación Universitaria del Área Andina, en la cual se le informó que el plazo para presentar las reclamaciones era dentro de los cinco días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación de los resultados, etapa a la cual se había dado apertura a las 00:00 horas del 28 de abril de 2021 y hasta la 23:59:59 del 04 de mayo de 2021, sin darle una solución a su situación.

Que, con la negación de las entidades convocadas para acceder a la presentación de su prueba escrita de Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales, se le estaban conculcando sus derechos fundamentales, máxime que la no terminación de la misma no se debió a

su plena voluntad o arbitrio, sino a causas externas a su voluntad, como un caso fortuito, con ocasión del nacimiento de su hija concomitante con la presentación de las citadas pruebas lo que le imposibilitó para terminar de presentarlas, por lo que en su caso no se trataba de que el interés general primara sobre el particular, puesto que la prevalencia de aquellos no podía estar por encima del derecho a la vida suya y de su hija, quien por poco nace en el aula donde se estaban presentando las pruebas de conocimientos y comportamentales, y más cuando su estado de gravidez ya había sido informado a la comisión accionada de forma anticipada.

Con base en lo narrado suplicó se le ampararan sus derechos fundamentales, ordenándose a las accionadas que le permitieran acceder nuevamente a la presentación de las pruebas de conocimiento y comportamentales para terminar de absolver las preguntas de la prueba sobre Competencias Básicas y Funcionales y presentar la Prueba sobre Competencias Comportamentales, fijándosele, en consecuencia, fecha, hora y lugar para tal efecto, o en su defecto se le fijara lugar, fecha y hora para presentar unas nuevas.

1.2 Trámite

Por medio de auto del 29 de julio de 2021, se admitió la acción tuitiva en contra de la Fundación Universitaria del Área Andina y la Comisión Nacional del Servicio Civil, disponiéndose además la vinculación de los aspirantes a la Convocatoria No. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019, para el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407 Grado 5, Código OPEC 28142, Hispania, Antioquia, a quienes se ordenó notificar mediante publicación en la página web.

Enteradas en debida forma del presente trámite, las convocadas y los vinculados, solo las primeras se pronunciaron oponiéndose a las reclamaciones tutelares, exponiendo lo siguiente:

a) La Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su asesor jurídico, señaló que la acción era improcedente, toda vez que la actora no había demostrado un perjuicio irremediable, y porque su inconformidad radicada en la citación para el acceso al material de las pruebas escritas del proceso de selección Nos. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 - Convocatoria Territorial 2019, que a la fecha se estaba adelantando y que se encontraba contenida en los acuerdos reglamentarios del concurso, censura que en últimas recaía sobre las normas contenidas en las disposiciones que lo regulaban, frente a lo cual contaba a la actora con otro mecanismo de defensa idóneo para controvertir el acto administrativo, sin ser la tutela la vía idónea para cuestionar su legalidad.

Que la aplicación de las pruebas escritas se había llevado a cabo el pasado 28 de febrero del año en curso, evento al cual la accionante asistió, según lo informó la Fundación Universitaria del Área Andina luego de revisar los listados de asistencia, cuyos resultados se publicaron el 27 de abril del hogaño, transcurriendo entre los días del 28 de abril y al 04 de mayo de 2021, el término de reclamación frente a los mismos, obteniendo la convocante como resultados para las pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales un total 59,87 (NO APROBÓ) y para la Prueba sobre Competencias Comportamentales una calificación del 00,00.

Refirió que el 09 de julio de 2021 a través del Sistema-SIMO la delegada de la comisión, mediante radicado RECPET- 2801 de fecha 30 de junio de 2021, dio respuesta a las inquietudes expuestas por la accionante, haciéndole énfasis en que, en virtud del principio de igualdad

y transparencia, la prueba escrita se aplicó en una única fecha para todos los aspirantes de la convocatoria, que para el presente proceso de selección fue el pasado 28 de febrero de 2021.

Así mismo, precisó que era imposible aplicar una prueba escrita atendiendo las situaciones particulares de cada uno de los aspirantes admitidos, además porque las reglas de la convocatoria eran vinculantes y debían ser respetadas por todas las partes involucradas dentro del proceso, por lo que no podía darse un trato diferente o preferencial a ninguno de los aspirantes, esto con el fin de respetar los principios de igualdad, imparcialidad y debido proceso, los cuales se constituían en pilares de la Convocatoria y debían estar presentes en todas y cada una de las decisiones tomadas y adoptadas por esa Institución, más cuando un trato diferente a alguno de los aspirante respecto de la aplicación de las pruebas generaría un despliegue logístico y organizacional adicional al proyectado, lo cual causaría costos no previstos al patrimonio público destinado para el proceso de selección.

Que la FUA A se encontraba ejecutando la etapa de Valoración de Antecedentes, luego de haberse publicado el pasado 30 de junio de 2021 las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de las pruebas básicas, funcionales y comportamentales, razón por la que accederse a las pretensiones de la aspirante significaría no solo un detrimento patrimonial para la entidad desarrolladora, sino, también, una vulneración frente a los derechos de los demás concursantes.

b) El Coordinador Jurídico de Proyectos de la Fundación Universitaria del Área Andina - FUA A, además de reiterar lo expuesto por la CNSC en cuanto a la fecha de aplicación de las pruebas, la asistencia de la accionante al evento, el puntaje asignado como

resultado, la respuesta emitida mediante oficio del 30 de junio de 2021, la imposibilidad de aplicar una prueba escrita atendiendo a las situaciones particulares de cada uno de los aspirantes admitidos, y el detrimento patrimonial que causaría el dar un trato diferencial a algún aspirante frente a la aplicación de las pruebas; refirió que, el 28 de febrero, a través de un protocolo de seguridad establecido para el manejo del material de la prueba escrita, fue dado a conocer el contenido de cada uno de los cuadernillos a los aspirantes presentes a la prueba, por tanto las pruebas escritas que tenían como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación del aspirante y establecer una clasificación de los mismos, ya eran de conocimiento para los más de 82.000 aspirantes asistentes a la jornada.

Que adicionalmente, los resultados de las pruebas escritas aplicadas para los procesos de selección No. 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 – Convocatoria Territorial 2019, ya se encontraban en firme, habiendo cumplido esa institución universitaria con las fechas establecidas por la CNSC en la etapa de Pruebas Escritas, dando también respuesta a las reclamaciones presentadas frente a las mismas.

Apuntaló igualmente, que la acción de tutela resultaba improcedente por la convocante con otros medios de defensa judicial, y que de su parte no se había vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante.

1.3 Providencia impugnada

El Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Medellín, en providencia del 06 de agosto de 2021, declaró improcedente el mecanismo, exponiendo como fundamentación que:

“Revisado el caso propuesto por la accionante, considera esta Judicatura que, a pesar de la situación especial de alumbramiento que la obligó a suspender la presentación de las pruebas escritas, se encuentran razonables los argumentos planteados por las entidades accionadas de negarse a practicar una nuevas pruebas escritas, veamos el porqué:

Primeramente, acceder a la petición de la accionante, tal lo informado por las entidades accionadas, conllevaría la necesidad de un nuevo diseño, construcción, diagramación y ensamble de nuevas pruebas escritas, equivalentes a las ya aplicadas; con la subsecuente modificación al contrato publico surtido entre las entidades accionadas, incluyendo, muy posiblemente, una afectación patrimonial a dicho contrato.

De otro lado, pero aún más importante, debe resaltarse, tal como lo advierte la accionante en su escrito, la importancia del principio de igualdad que debe rodear todas las etapas de las convocatorias públicas; nótese entonces que efectivizar dicho principio requiere que todos los participantes realicen las pruebas escritas en las condiciones más similares posibles.

Acceder a la petición de la accionante, de continuar con la presentación de las pruebas escritas, ocasionaría un desequilibrio en favor de la accionante en el mencionado principio de igualdad, como quiera que ya tuvo acceso a las preguntas planteadas en las pruebas escritas; por su parte, acceder a la petición de presentar unas nuevas pruebas escritas, produciría por igual un desequilibrio en el principio de igual, pues la accionante, a más que presentaría las pruebas de manera bastante extemporánea, no presentaría exactamente las mismas pruebas de los demás concursantes; lo anterior, sumado a la afectación al contrato público que pueda derivarse del diseño y construcción de nuevas pruebas escritas únicamente para la accionante, lo que resultaría, igualmente, desproporcionado y desequilibrado. (sic)”

Y que “De otro lado, sea necesario resaltar que, tal como lo ha reconocido la H. Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, el hecho de participar en un concurso publico de méritos, no produce, de entrada, un derecho adquirido frente a los cargos convocados, sino tan solo una mera expectativa; a más de lo anterior, tal como se acredita en el escrito de tutela, la accionante se encuentra actualmente laborando, al parecer en provisionalidad, en el mismo cargo al cual concursó.

Por lo anterior, no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del Juez Constitucional en el presente caso; por lo cual, para aquello que pretende la accionante, cuenta aún con la vía ordinaria, no la constitucional, lo que igualmente hace improcedente el presente mecanismo tutelar; como quiera que al tenor del artículo 86 de la Constitución, este mecanismo constitucional es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, que deberá intentarse. Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes. (Sic)”

1.4 Impugnación

Inconforme con la decisión, la accionante manifestó que el a quo no había efectuado una debida valoración de los argumentos y circunstancias fácticas que rodeaban su situación al momento de presentar las pruebas, ni había realizado un adecuado test para ponderar los derechos, dándole especial relevancia a los argumentos de las accionadas, estimando solo el desequilibrio y desproporción al permitirle continuar con las pruebas o la presentación de unas nuevas, dando una importancia significativa al costo del posible contrato público, desestimando totalmente sus derechos fundamentales, privilegiando el derecho a la igualdad que presuntamente debe gobernar en las convocatorias públicas, sin tener en cuenta su circunstancia especial al momento de desarrollar las pruebas, más cuando la CNSC era concedora de su estado y de la proximidad de su parto para la fecha en que fue fijada la presentación de la prueba.

Que si bien era cierto el hecho de participar en la convocatoria no le producía un derecho adquirido frente al cargo para el cual se inscribió, sí le generaba una mera expectativa, la cual se vio truncada al no poder continuar con la presentación de las pruebas escritas,

por una razón ajena a su voluntad, es decir, un caso fortuito; sin ser la vía ordinaria la idónea y eficaz para resolver su caso particular.

Lo anterior además porque, pese a que con anticipación informó a la CNSC sobre su estado de gestación y fecha de parto próxima a la calenda fijada para la presentación de las pruebas, dicha entidad no tomó ninguna medida, presentándose en su caso un evento de fuerza mayor y caso fortuito que debió ser valorado por la convocada y por el a quo, pero que no se hizo.

2. CONSIDERACIONES

2.1. La Constitución Política de 1991 en el artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que estos se vean afectados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o inclusive de los particulares en aquellos casos en que estén prestando un servicio público o en situaciones especiales en que el perjudicado se encuentre en condiciones de subordinación o indefensión frente a estos, siempre que no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que justifique el amparo provisional o transitorio de los derechos.

2.2. Sobre la Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos, la Corte Constitucional ha Reiterado¹:

“3.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial residual y subsidiario, que permite la

¹Se sentencia T-682 de 2016

protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, en los términos prescritos por la ley. Procede cuando la persona no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo otro medio alternativo de protección, éste no resulta idóneo para su amparo efectivo. Asimismo, procede como mecanismo transitorio, en aquellas circunstancias en las que, a pesar de existir un medio adecuado de protección, se requiere evitar un perjuicio irremediable, por lo que se exige una perentoria acción constitucional.²

3.2. Pues bien, la idoneidad del medio de defensa alternativo exige una evaluación en concreto de los mecanismos de defensa existentes, razón por la cual debe estudiarse cada caso en particular, a efectos de determinar la eficacia del medio de defensa, si este tiene la aptitud necesaria para brindar una solución eficaz y expedita al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega vulnerado. Vistas así las cosas, si el mecanismo es eficaz, la tutela resulta ser improcedente, a menos que, como quedó expresado, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria.

3.3. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener.³”

2.3. En el caso objeto de estudio, siguiendo los parámetros constitucionales trazados, esta Sala considera, contrario a lo concluido por el a quo, que la acción de tutela es a todas luces procedente para resolver el objeto del reclamo, teniendo en cuenta que la actora no sustenta la vulneración de sus derechos fundamentales con ocasión de un acto administrativo, ni mucho menos solicita la modificación, alteración o anulación de una decisión administrativa que se hubiere adoptado en el desarrollo del concurso de méritos para el cual se inscribió, así como

² T-946 de 2009.

³ Ver entre otras sentencias T-509 de 2011, T-748 de 2013 y T-748 de 2015.

tampoco pretende controvertir las normas por las cuales se rigió éste, siendo lo pretendido que se le amparen sus derechos fundamentales y se le permita continuar con la presentación de las pruebas escritas sobre competencias básicas, funcionales y comportamentales, o bien la realización de unas nuevas, debido a que el día fijado para las mismas (28 de febrero de 2021), mientras las estaba presentando, tuvo ruptura de membranas que le impidió continuar con su presentación, llevándola al alumbramiento de su hija en esa misma fecha, a lo cual las entidades convocadas se han negado bajo el argumento de haberse fijado una data única para su ejecución, que el proceso de selección debe ceñirse por el derecho a la igualdad, y que el interés particular de la quejosa no puede primar sobre el general.

En efecto, aunque ciertamente la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, ante la situación particular de la convocante este mecanismo se abre paso al ser latente la ineficacia de la vía ordinaria recomendada por el a quo para elevar sus ruegos, no solo porque a la hora de ahora ya se publicaron los resultados de las pruebas escritas, adquiriendo además su firmeza, encontrándose el proceso en la etapa de valoración de antecedentes, con lo cual la actora no tendría siquiera la posibilidad de elevar alguna otra reclamación ante la autoridad por cuya resolución se le hiciera procedente acudir a algún medio judicial de defensa de los dispuestos en la jurisdicción contencioso administrativa para enervar su pretensión, sino también porque, teniendo en cuenta que los lapsos en que se desarrollan las fases de un concurso de méritos para proveer cargos de carrera administrativa son cortos, podría suceder que para cuando la controversia fuere resuelta ya todas las etapas del proceso de selección hubiesen sido agotadas, lo que haría nugatorio cualquier derecho de la actora, aceptándose en ese sentido por la jurisprudencia constitucional la procedencia excepcional de este mecanismo de amparo, cuando es inminente la configuración de un perjuicio irremediable para el aspirante.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC1086 del 02 de febrero de 2018, rememoró lo expuesto por la Constitucional en sentencia T-09 de 2013, donde expresó: “... *En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*” (También rememorada en sentencia STC5645 del 05 de mayo de 016).

Adicionalmente, ante el conjunto de derechos fundamentales que aquí se ven comprometidos, en especial aquellos inherentes a la maternidad, que imponen al Estado una protección especial para la mujer gestante, así como para la que acaba de dar a luz, lactante, y el recién nacido, no hay duda en que la acción de tutela es el escenario idóneo para ventilar la discusión planteada por la señora Leidy Mariana Restrepo Ortiz, y para determinar si ante la negativa de las convocadas de no permitirle continuar con la presentación de sus pruebas escritas o unas nuevas, luego de que por el suceso de su labor de parto y posterior alumbramiento se le imposibilitara proseguir con su presentación en la

jornada programada para ello, se produjo o no una afectación a sus derechos fundamentales.

Definida así la procedencia de la acción para resolver la materia central de la controversia, procede la Sala a verificar si a la accionante le asiste o no derecho en sus manifestaciones y peticiones. Para tal efecto, encontramos que, conforme al material probatorio obrante en el cartulario, está demostrado que:

a) La tutelante se inscribió a la Convocatoria Territorial 2019 - proceso de selección 990 a 1131, 1135,1136, 1306 a 1332 de 2019, regulado por el Acuerdo No. CNSC-20191000001346 del 04 de marzo de 2019-, al cargo de Auxiliar Administrativa, Código 407 Grado 5, Código OPEC 28142, para el Municipio de Hispania – Antioquia, siendo admitida dentro del mismo.

b) Mediante escrito del 10 de febrero de 2021, dirigido y remitido a la CNSC y SIMO, la accionante, ante la preocupación que le generó el conocer sobre la activación de la aplicación de las pruebas en el proceso de selección y con el fin de poder continuar en el mismo, dio a conocer a esas entidades su estado de gestación con fecha probable de parto el 05 de marzo de 2021, solicitándoles que la orientaran “... *en el paso a seguir para no quedar fuera de la APLICACIÓN DE PRUEBA ESCRITA CONVOCATORIA TERRITORIAL 2019, dado mi alto estado de embarazo y con fecha probable de parto tan cerca de la fecha citada para la presentación de Pruebas Escritas y con el temor de donde no pueda hacer acto de presidencia el día citado para dicho proceso como lo menciono en el asunto.*”

c) El 19 de febrero de 2021 se notifica la citación para el 28 de febrero de 2021, para la práctica de pruebas de competencias

básicas, funcionales y comportamentales, citándose a la accionante a las 6:30 a.m. de ese día, en el Liceo Salazar y Herrera de esta ciudad, prueba a la que se dio inicio a la 7:00 a.m., según la Guía de Orientación al Aspirante expedida por la CNSC.

d) Ese mismo día, el 19 de febrero, la convocante mediante correo electrónico remitido a la CNSC, expuso a ese ente “... *ya que las pruebas son el 18 de febrero de la presente anualidad quiero comentarles que me encuentro en estado de gestación con fecha probable de parto para el 05 de marzo de 2021, en el momento cuento con 38 semanas y me gustaría que tengan en cuenta mi estado por si en algún momento el parto se llega a presentar antes de la fecha indicada por el Ginecólogo o si llegara a nacer mi Hija antes de la fecha de presentación de las pruebas escritas, como les digo es algo que me preocupa ya que he estado muy pendiente del concurso, quedo atenta a cualquier comentario y una positiva respuesta. Adjunto ecografía e historia clínica*”.

e) La CNSC en respuesta del 20 de febrero de 2021, informó a la peticionara que por virtud de lo dispuesto en el Decreto 1754 de 2020, por el cual se reactivaron las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y período de pruebas en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera, se encontraba facultada para adelantar la aplicación de las pruebas de la Convocatoria 2019, la cual se llevaría a cabo el 28 de febrero de 2021, como única fecha, para los aspirantes admitidos, que previo a esa data se publicaría en la página web el protocolo de bioseguridad que debería ser acatado por los asistentes, y que frente a las personas que presentaran algún tipo de comorbilidad, el protocolo adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020 se debían extremar las medidas de precaución, enlistándole las mismas.

f) La actora asistió oportunamente a la aplicación de las pruebas el día agendado, 28 de febrero de 2021, no obstante, durante

el desarrollo de estas sus membranas tuvieron ruptura, lo que la imposibilitó para continuar respondiendo los cuestionarios.

g) La historia clínica anexada por la accionante da cuenta que ella ingresó a la Clínica Universitaria Bolivariana siendo las 10:05 a.m. del 28 de febrero de 2021, presentando trabajo de parto, dándose el alumbramiento a las 10:35 a.m., dato que además se constata del Certificado de nacido vivo, también aportado por la tutelante.

h) El 08 de marzo de 2021, la actora elevó petición ante la CNSC informándole y solicitándole que *“... el día 28 siendo las 9:46 de la mañana empecé trabajo de parto teniendo hasta el momento un total de 70 respuestas desarrolladas debido a mi ruptura de membranas me fue imposible terminar las 31 preguntas que me quedaron faltando, aún tenía buen tiempo pero el nacimiento de mi pequeña hija no me permitió dejar culminado mi propósito, es de entero interés saber que va a pasar con mi prueba y les pido de la manera más respetuosa me indiquen que debo hacer o en qué estado queda mi presentación”*, entidad que en comunicación del 18 de marzo de 2021, le contestó *“ Conforme a su solicitud, es preciso señalar que una vez aplicadas las pruebas escritas el 28 de febrero de 2021, el operador logístico contratado para la aplicación de las pruebas procede a realizar la lectura de las hojas de respuestas, por lo que la fecha de publicación de resultados será informada por el sitio web de la CNSC www.cnsc.goc.co y los resultados podrán visualizarse mediante la plataforma SIMO. Cabe señalar que los resultados que se publicarán en SIMO atienden a lo respondido por los aspirantes en la hoja de respuesta diligenciada y entregada el día de la aplicación de la prueba sin que ésta pueda ser objeto de modificaciones posteriores, toda vez que para dicha aplicación se contempló una única sesión en una única fecha.”*

i) En petición del 23 de abril de 2021, la tutelante luego de reiterar los hechos sucedidos el día de la aplicación de la prueba, que la imposibilitaron para culminarla, solicitó a la CNSC que *“... toda vez que el motivo de ausentarme de la prueba fue una fuerza mayor la cual implica fuera ser de*

nuevo valorada (sic)”; reclamo al que esa entidad dio respuesta en forma negativa a través del oficio del 03 de mayo de 2021, donde le indicó a la peticionaria que:

“... indistintamente de las circunstancias que presente el aspirante, la aplicación de las pruebas del proceso de selección se llevó a cabo en la fecha señalada por la Comisión Nacional del Servicios civil y el operador contratado, sin que exista la posibilidad de realizar cambios.

Esto teniendo en cuenta que la condición general de los aspirantes que aplican las pruebas prima sobre las situaciones particulares de los participantes que son ajenas a la entidad y éstas no pueden interferir en el desarrollo de los procesos de selección, en aplicación del principio de prevalencia del interés general sobre el particular definido en la Constitución Política, actuar diferente desconocería no sólo el citado principio, sino también, el derecho a la igualdad de los demás participantes que presentaron en oportunidad la respectiva prueba.

Así las cosas, no es posible atender de manera positiva su solicitud y la inasistencia a la prueba implica un retiro automático del proceso de selección, sin que sea posible aplicar en una fecha distinta a la establecida. (sic)”

j) El 27 de abril de año cursante se publicaron los resultados de las pruebas escritas, obteniendo la accionante como resultado para las Pruebas sobre Competencias Básicas y Funcionales un 59,87 (NO APROBÓ) y frente a la Prueba sobre Competencias Comportamentales un 00,00.

k) Mediante oficio del 30 de junio de 2021, la Fundación Universitaria del Área Andina, dando respuesta a reclamación elevada por la actora a través de la plataforma SIMO, donde solicitó *“Muy respetuosamente solicito a la CNSC, favor revisar mi caso y así darme una nueva fecha de presentación de prueba escrita para la Convocatoria Territorial 2019”*, y, luego de suministrarle toda la información sobre el proceso de calificación, resolvió *“1. Negar las solicitudes presentadas por el aspirante en la reclamación. 2. Mantener la puntuación asignada inicialmente publicada de 59.87 en la Prueba sobre Competencias*

Básicas y Funcionales. 3. Mantener la puntuación inicialmente publicada de 00.00 en la Prueba de Competencias Comportamentales.”

En orden a lo probado, no cabe duda para este colegiado que a la solicitud de protección de los derechos fundamentales invocados por la convocante debe accederse, en tanto que, si bien las entidades convocadas atendieron cada una de las peticiones elevadas por la interesada, apoyadas incluso en las normas por las cuales se rige el proceso de selección, lo cierto es que en ninguna de estas valoraron, ni siquiera mínimamente, la situación particular de la quejosa, quien muy acuciosamente, inclusive desde antes de la citación a las pruebas y antes de la fecha fijada para su aplicación puso en conocimiento su estado de gestación, informando sobre la fecha probable de alumbramiento y que esta era cercana a la data programada para la presentación de las pruebas, buscando siempre una orientación y pronta solución para su situación, ante la preocupación que le generaba la proximidad de ambos sucesos, todo con el fin de poder seguir dentro del proceso de lección.

Es evidente que, en el caso de marras, en la fecha programada para la aplicación de las pruebas escritas y durante la ejecución de estas se presentó un hecho fortuito⁴, imprevisible e irresistible, que imposibilitó a la señora Leidy Mariana Restrepo para terminar con la presentación de las pruebas escritas, concomitante claramente con el nacimiento de su hija, el que incluso se produjo a las 10:35 a.m., de ese mismo día, es decir, durante la jornada en la que la actora había sido citada para presentar las pruebas, circunstancia que diáfananamente debe considerarse como una causal objetiva para la prosperidad de las peticiones tutelares⁵, más aún ante la conducta pacífica e inactiva

⁴ STC4666 del 30 de abril de 2021. “[L]a fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es “el imprevisto a que no es posible resistir” (art. 64 C.C., sub. art. 1º Ley 95 de 1890), lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos. No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales”

⁵ Ver C.C. T-090/13 y CSJ STC5645-2016 y STC1086-2018

adoptada por las convocadas frente a los insistentes ruegos de la accionante desde antes y después de la fecha establecida para la presentación del examen.

Con la postura asumida por las encartadas, no solo se desconocieron los derechos inherentes a la maternidad, y especial protección que de parte del Estado se debe dar a las mujeres gestantes, sino también al debido proceso e igualdad, este último porque mientras que los demás participantes tuvieron la oportunidad de culminar con todas las fases de las pruebas escritas, la actora ante el hecho fortuito tantas veces aludido, quedó en absoluta desventaja respecto de aquellos, al verse compelida a no poderlas culminar, sin dársele ninguna otra oportunidad para tal efecto, lo que ciertamente desembocó en su deficiente calificación y no aprobación dentro del proceso de selección, pues inclusive en la prueba comportamental se le asignó una calificación de 00.00, de lo que se puede inferir que de esta parte de la prueba ninguna pregunta pudo haber sido contestada por la accionante.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada al comienzo de este análisis⁶, donde resolvió un asunto de similares contornos al que ahora nos avoca, expresó: “... *en sus respuestas las entidades enjuiciadas omitieron valorar la singular condición de la concursante, es decir, que se trataba de una mujer gestante, por lo que contaba con una especial salvaguarda conforme a nuestro ordenamiento constitucional, dado que el artículo 43 Superior señala que «La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. 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» (resalte fuera de texto); de ahí que el marco general de protección a favor de la mujer atribuye una especial asistencia por parte del Estado a la madre durante la gestación y después del parto, siendo su deber adoptar medidas especiales de*

⁶ STC1086 del 02 de febrero de 2018

salvaguada, entre otras, en el campo laboral, más aún cuando de ello depende el desarrollo de la maternidad.

De este modo, entonces, no cabe duda que los principios que determinan la protección especial tanto para la mujer embarazada como para aquella que acaba de ser madre, buscan garantizar no solo la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, y, que la igualdad efectiva entre los sexos no se vea amenazada por discriminaciones frente a la maternidad, sino salvaguardar la vida en condiciones dignas del que está por nacer.”

No puede este asunto tratarse, como inexorablemente lo han indicado los entes convocados, en que la situación particular de la actora y su interés no puede primar sobre el general, ya que aquella reviste una especialidad única, ajena a su propia voluntad, pues no fue por su querer y arbitrio que no culminó las pruebas, habiendo sido, además, más que diligente en poner en conocimiento de las enjuicias su condición natural antes de que llegara la fecha en que estaba convocada para la presentación del examen, y luego haber asistido a la realización de este, por lo que no se le podría sancionar, como tal parece lo hacen las tuteladas, por el hecho de no haber podido culminar completamente su prueba ante el suceso natural, imprevisible e irresistible de haber entrado en labor de parto, y, paralelamente, en la misma hora en que se desarrollaba la jornada de evaluación para la que había citada, haber dado a luz a su hija, pues si bien ello es un hecho ajeno a las encartadas, también lo fue para la accionante, quien ha resultado doblemente afectada, con las decisiones adversas a sus insistentes y justificados pedimentos, los cuales conforme a lo probado fueron presentados en forma oportuna.

Ahora, si bien las accionadas en sus alegaciones exponen que, por cuestión de logística, seguridad y tema presupuestal no es posible fijar una nueva fecha para que la actora presente una nueva prueba escrita, lo cierto es que tal carga no la tiene porque soportar la convocante, cuando fueron ellas quienes omitieron las acuciosas peticiones de la

aspirante desde antes de la fecha del examen, frente a las que no dieron una respuesta acorde con la situación planteada por ella, y que, de cara al acontecimiento particular y sobreviniente en el desarrollo de las pruebas, y posteriores reclamaciones debidamente justificadas por la participante, les imponía tomar alguna medida que le permitiera acceder a la evaluación de sus capacidades en condiciones de igualdad, lo que de ninguna manera se oponía a los derechos de los demás aspirantes, quienes, valga resaltar, ni siquiera intervinieron en este trámite constitucional para manifestar su oposición a las suplicas de la accionante, pese a que fueron debidamente vinculados.

Las anotaciones precedentes ponen a flote el desconocimiento de los derechos fundamentales de la tutelante por parte de las entidades enjuiciadas, encontrando así acertados los planteamientos de la convocante, razón suficiente para no respaldar la decisión del juez de primer grado y, por el contrario, conceder el amparo constitucional invocado.

Por consiguiente, la decisión objeto de revisión se revocará, para en su lugar conceder el amparo constitucional a los derechos fundamentales invocados por la señora Leidy Mariana Restrepo Ortiz en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina, y, en consecuencia, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil en cabeza del doctor Jorge Alirio Ortega Cerón, y a la Fundación Universitaria del Área Andina cuya rectoría radica en el doctor José Leonardo Valencia Molano, o quienes hagan sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, en forma conjunta y conforme a las funciones y obligaciones establecidas en la ejecución de la Convocatoria Territorial 2019, procesos de selección 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 de 2019, convoquen a la accionante para presentar la prueba escrita,

que no necesariamente tuviere que ser la misma que ésta había iniciado el pasado 28 de febrero de 2021, fijándole una fecha, hora y lugar para tal efecto; y, de ser el caso, se le practiquen a la aspirante las demás evaluaciones que se hayan ya practicado al interior del proceso de selección previsto dentro de la convocatoria Territorial 2019, de tal manera que se le garantice el acceso en igualdad de condiciones al concurso de méritos en comento, así como la consecución en las demás etapas del concurso, siempre que sus calificaciones resultan satisfactorias, de acuerdo con los términos de la convocatoria.

Así mismo se advertirá a los funcionarios aludidos, o quienes hagan sus veces, que una vez cumplan la orden que se les impartió, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, debe enviar al juez que conoció de este asunto en primera instancia prueba de su cumplimiento y que el desacato de dicha orden les acarrea sanciones pecuniarias, privativa de la libertad y penal.

En mérito de lo expuesto, y sin necesidad de hacer consideraciones adicionales, **El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE FAMILIA** - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia impugnada proferida el Juez Séptimo de Familia de Oralidad de Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Leidy Mariana Restrepo Ortiz contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Fundación Universitaria del Área Andina, y en su lugar **CONCEDE** el amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y a participar en los concursos de méritos para ejercer cargos de carrera de la señora Leidy Mariana Restrepo Ortiz; en consecuencia, **ORDENA** a la Comisión Nacional del Servicio Civil en cabeza del doctor Jorge Alirio Ortega Cerón, y a la Fundación Universitaria del Área Andina cuya rectoría radica

en el doctor José Leonardo Valencia Molano, o quienes hagan sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, en forma conjunta y conforme a las funciones y obligaciones establecidas en la ejecución de la Convocatoria Territorial 2019, procesos de selección 990 a 1131, 1135, 1136, 1306 a 1332 de 2019 de 2019, convoquen a la accionante para presentar la prueba escrita, que no necesariamente tuviere que ser la misma que ésta había iniciado el pasado 28 de febrero de 2021, fijándole una fecha, hora y lugar para tal efecto; y, de ser el caso, se le practiquen a la aspirante las demás evaluaciones que se hayan ya practicado al interior del proceso de selección previsto dentro de la convocatoria Territorial 2019, de tal manera que se le garantice el acceso en igualdad de condiciones al concurso de méritos en comento, así como la consecución en las demás etapas del concurso, siempre que sus calificaciones resultan satisfactorias, de acuerdo con los términos de la convocatoria.

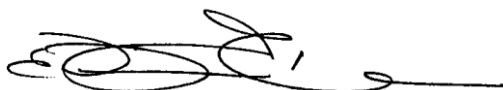
ADVIERTE los aludidos funcionarios, o quienes hagan sus veces, que una vez cumplan la orden que se les impartió, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, debe enviar al juez que conoció de este asunto en primera instancia prueba de su cumplimiento y que el desacato de dicha orden les acarrea sanciones pecuniarias, privativa de la libertad y penal.

ORDENA la notificación de esta decisión a las partes en la forma dispuesta en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y su comunicación al Juez de primera instancia, remitiéndosele copia de la providencia, para lo correspondiente.

DISPONE la remisión del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la cual debe efectuarse con

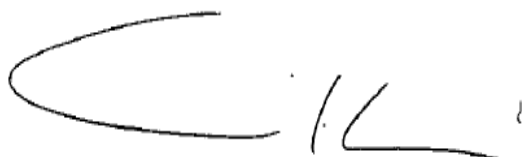
sujeción al Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDINSON ANTONIO MÚNERA GARCÍA

Magistrado⁷



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ

Magistrado



FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS

Magistrada

⁷ El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “*firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada*”.