

Diciembre de 2021.

Señores
Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Bogotá D.C.

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Referencia:

Accionante: Cynthia Vanessa Hernández Montoya
Accionado: Tribunal Administrativo de Caldas
Expediente: 17001-33-39-008-2018-00036-02
Providencia: Sentencia No. 196 del 22 de octubre de 2021

Se dirige a ustedes, YURANY GIRALDO ECHEVERRY, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, para expresarles que en ejercicio del PODER ESPECIAL que me fue conferido para presentar la presente acción constitucional, por la señora CYNTHIA VANESSA HERNÁNDEZ MONTOYA, presentó acción de tutela contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, frente a la sentencia proferida en segunda instancia en el expediente indicando en la referencia.

HECHOS

1º La señora Cynthia Vanessa Hernández Montoya, al momento que ocupaba el cargo de Sustanciador Código 4SU, grado 10 y se encontraba en estado de embarazo, fue despedida de manera anticipada a la terminación de su maternidad y lactancia, y en su lugar se nombró anticipadamente en período de prueba a una persona que ganó el concurso de méritos.

2º La señora Cynthia Vanessa demandó ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la nulidad del acto administrativo, cumpliendo las exigencias legales para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

3º El Tribunal Administrativo de Caldas, como órgano de cierre de la Jurisdicción para este caso concreto, profirió la sentencia de segunda instancia el 22 de octubre de 2021, bajo el número 196.

4º La anterior decisión judicial, como se demostrará a lo largo de esta acción constitucional, vulnera los derechos fundamentales constitucionales de la accionante.

REQUISITOS GENERALES DE LA PRESENTE ACCION DE TUTELA

1. Relevancia constitucional. Se trata de la vulneración directa de derechos constitucionales que amparan a la mujer en estado de maternidad.
2. Subsidiariedad. Se agotaron los recursos ordinarios procedentes tanto en primera como segunda instancia a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.
3. Inmediatez. La sentencia objeto de reproche se profirió el 22 de octubre de 2021, es decir un mes aproximadamente después de su notificación.
4. Efecto decisivo de la irregularidad procesal. La providencia judicial reprochada infringe directamente normas constitucionales y decisiones reiteradas de la Corte Constitucional, defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, defecto sustantivo o material, entre otras irregularidades que se explicarán más adelante.
5. No se impugna una sentencia de tutela. Se reprocha una sentencia de segunda instancia proferida dentro de un proceso ordinario de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral.

REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCION DE TUTELA

1. **Violación directa de la Constitución.** Los artículos 43 y 44 protegen de manera especial a la mujer en estado de embarazo y después del parto “gozará de especial asistencia y protección del Estado”, frase entre comillas que interpretó el Tribunal accionado de manera regresiva y con tarifa legal, al considerar que esa protección se agota con la indemnización establecida en normas ordinarias, desconociendo los derechos que progresivamente ha consagrado la jurisprudencia constitucional, las demás leyes diferentes a la simple indemnización y los tratados internacionales ratificados por Colombia, tal y como lo regula el artículo 44 antes referido.
2. **Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.** Tal y como lo expresa la Corte en la SU-455 de 2020, se incurre en el por rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas. En el caso de mi representada se trata de un concurso de méritos donde ofertaron 14 vacantes y solo 7 personas ganaron el concurso, y el Tribunal valoró con una rigurosidad exegética las pruebas recaudadas sobre el vínculo provisional, el concurso de méritos y la maternidad de

la accionante, en el sentido que solo le sirvieron para aceptar la indemnización como único derecho de la materna, cuando existían otras interpretaciones o valoración como la de evitar en la mejor medida posible una aparente pugna de derechos constitucionales, pugna que sustancialmente ni siquiera existió por opciones de respuestas que ofrece el caso concreto pero que la sentencia evitó analizar y prefirió resolver el caso como un simple.

3. **Defecto sustantivo o material.** En palabras de la Corte¹ ocurre cuando la autoridad judicial aplica la norma optando por una interpretación que contraría los postulados mínimos de razonabilidad jurídica. En el caso objeto de estudio, el artículo 189 del Decreto 262 de 2000, establece la protección a la maternidad, y textualmente regula:

“En estos eventos, el concurso convocado continuará su curso y el nombramiento de quien ocupe el primer puesto será efectuado una vez venza el término de la provisionalidad”

Bajo una simple razonabilidad jurídica, la norma indica que si se requiere el cargo que ocupa la provisional materna para nombrar a alguien por concurso de méritos, **el concurso convocado continuará su curso**, y el NOMBRAMIENTO, será cuando termine la prórroga de la provisionalidad.

La norma sabiamente y con la finalidad de proteger real y materialmente a la materna, congeló el empleo por 6 meses, evitando expresamente que el nombramiento de ser necesario se haga antes y ordenando el concurso continúe su curso.

Y la Procuraduría con su actuar no congeló el cargo provisional de la materna, tampoco esperó a que venciera el término de la provisionalidad, sino que expidió el acto de manera anticipada y desvinculó a la materna.

Si razonablemente hubiera congelado el empleo (vacancia relativa) y hubiera continuado con el concurso, como lo ordena la norma (con 13 vacancias absolutas), la materna no habría sido injustamente despedida.

4. **Violación directa de la Constitución.** En palabras de la Corte, en la sentencia citada, dicha violación surge cuando la sentencia vulnera derechos fundamentales por no tener en cuenta el principio de interpretación conforme a la Constitución

En la Sentencia SU-069 de 2018, la Corte manifestó:

“33. El desconocimiento de la Constitución puede producirse por diferentes hipótesis^[54]. Así, se ha sostenido que esta figura se estructura cuando el juez en la decisión desconoce la Carta. Ello puede ocurrir, primero, porque no se aplica una

¹ T-016 de 2019.

norma *fundamental* al caso en estudio^[55], lo cual se presenta porque: (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata^[56]; y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución^[5]

Si bien es cierto, la Corte ha proferido innumerables sentencias con respecto a la maternidad, es preciso señalar que ninguna de las citadas en la sentencia objeto de esta acción constitucional, versa sobre la existencia de múltiples vacantes ofertadas y un número inferior a la lista de elegibles, el caso concreto corresponde a **14 vacantes ofertadas para una lista de elegibles con 7 integrantes.**

Siendo oportuno precisar que la sentencia violatoria de los derechos fundamentales de la accionante, tiene como soporte o motivación central la **Sentencia SU-070 de 2013, la interpretaron de manera aislada, regresiva de derechos, sin razonabilidad jurídica y obviamente no conforme a la Constitución. Veamos:**

En dicha Sentencia, la Corte, **antes de establecer la regla acogida por el Tribunal** que cuando debe proveerse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quien ganó el concurso de méritos, se deberá pagar las prestaciones que garantice la licencia de maternidad, **reitero como regla anterior a esa acogida por el Tribunal, que el último cargo a proveer es el de la materna**, y en su ratio decidendi **puntualizó** la necesidad de acciones afirmativas en su favor como las encontramos en la Ley 909 de 2004 (recordemos que las leyes especiales – D. L. 262 de 2002 – no pueden consagrar prerrogativas inferiores a las de las normas generales porque estas se consideran el mínimo general constitucionalmente permitido), ley que señala en su artículo 51 que si un cargo se suprime y esta ocupado por una materna, antes de la indemnización debe examinarse la posibilidad de su incorporación en otro igual o equivalente. Norma que también consagra: “no procederá retiro de una funcionaria con nombramiento provisional” mientras se encuentre en maternidad. Y en el caso de esta acción de tutela, esquivando la claridad de la norma, se inventaron el retiro anticipado con el trauma psicológico y los efectos negativos que tal proceder genera a quien le dan esa noticia anticipada en plena maternidad.

El Tribunal, prácticamente motivó su decisión con las sentencias citadas en la demanda, pero con una interpretación en contra de la señora Cynthia Vanessa.

La SU-070 de 2013, solo le sirvió la parte de la indemnización como única respuesta al caso concreto.

Y, la T-425 de 2007, para decir que se no se desconocieron derechos porque quien ganó el concurso optó por la plaza de la señora Cynthia.

4.1 Precedentes constitucionales que desconoce la sentencia del Tribunal accionado.

La mayoría se precisaron en la demanda ordinaria y se reiteran en la presente acción de tutela.

- SU-070 de 2013. El Tribunal se fue a la segunda regla (de indemnización) sin detenerse en la primera regla: Si el cargo sale a concurso, el último a proveer es por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Regla fácil, sencilla y obvia, pero al Tribunal le pareció bien que el primer cargo a proveer sea el de la embarazada siempre cuando se inventen el retiro anticipado.

- T-894 de 2011. En atención al artículo 44 de la Constitución, hace referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25 n. 2) asistencia especial para la maternidad. También, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 n. 2) protección a las madres durante un período razonable además de la licencia de remuneración y prestaciones.

- T-245 DE 2007. Cuando señala: "... el juez debe acoger la solución que mejor las armonice y, así, evitar decisiones que impliquen desconocimiento absoluto de alguno de los dos derechos" (mérito vs maternidad). El Tribunal se apartó de dicha ratio decidendi, y consideró que la indemnización era el único derecho. Además, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia se precisó que el derecho al mérito de quien ganó el concurso nunca ha estado en peligro porque hay 13 vacantes absolutas o disponibles de manera inmediata para garantizarlo. Y que la indicación de las plazas como opciones en caso de ganar el concurso (que para este concurso se permitió indicar 3 plazas) no puede constituir una pugna entre los derechos constitucionales a la maternidad y al mérito, más cuando la convocatoria, Resolución 332 de 2015, en el parágrafo del artículo 20, expresamente señalo que la sede territorial seleccionada por el aspirante en la inscripción **son un REFERENCIA a sus preferencias.**

- C-005 de 2017. Resalta la Corte el "derecho efectivo a trabajar" de la mujer embarazada, agregando que se debe salvaguardar la antigüedad de las trabajadoras "durante la ausencia legal, antes y después del parto" si no que además, se les debe asegurar su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente.

- T-096 de 2018 y SU 446 de 2011. La Corte claramente establece la regla: "... en consecuencia, se dispone que los actos de nombramiento de la persona que entra a la Entidad, en virtud del concurso de méritos ... a ocupar los cargos que ostentan los funcionarios en condición de especial protección ... serán los últimos en expedirse..." "... la entidad está en la obligación de adoptar las siguientes medidas: (i) prever mecanismos orientados a garantizar que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público; (ii) en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquel que venían ocupando en

provisionalidad, vincularlos bajo la misma modalidad mientras son provistos por el sistema de carrera”

Igualmente, se citó en la demanda normas internacionales que obligan al Estado Colombiano, que irradian de acciones afirmativas por todas las autoridades colombianas para las mujeres en estado de maternidad o lactancia.

4.2 **El Tribunal accionado**, en la sentencia que se reprocha a través de esta acción constitucional, expresó:

“En el caso concreto el nombramiento se realizó antes del vencimiento de la provisionalidad de la demandante, a través del Decreto 3716 del 28 de julio de 2017; **sin embargo, dicha situación no es suficiente para configurar la nulidad...**” (negrillas y subraya fuera del texto original)

Criterio que respetuosamente no se comparte y que no está acorde con la Constitución y los precedentes constitucionales y que lleva a preguntar ¿entonces que es el debido proceso constitucional? ¿Dónde queda la protección constitucional del artículo 53 cuando señala, la ley laboral tendrá en cuenta la estabilidad en el empleo, ... **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, ... protección especial a la mujer, a la maternidad...**? ¿Dónde quedan los precedentes de la Corte sobre la maternidad?

Nada más contrario a la Constitución, que se permita un nombramiento anticipado en período de prueba donde está prohibido, más en plena maternidad, lo cual genera desasosiego, angustia y tristeza (basta con ponerse en los zapatos de la mujer embarazada en ese momento); que se viole el debido proceso pero que se diga que no es una irregularidad para una nulidad, que ignore el deber de las acciones afirmativas hacia la mujer como obligación del Estado Colombiano, que no se acate el precedente que establece que en esos casos la controversia debe decidirse consultando el principio de interpretación armónica del texto constitucional, según el cual debe preferirse aquella solución que brinde la más amplia protección de los derechos constitucionales en conflicto (maternidad y el mérito) evitando decisiones que impliquen el desconocimiento de alguno de ellos; y peor aún, que la indicación de la plaza al momento de la inscripción, **que conforme a la convocatoria solo es un referente de preferencias**, edifique una pugna entre derechos constitucionales y se opte por sacrificar el de la maternidad.

Señor Juez de tutela, si se hubiera aplicado el debido proceso de una manera obvia, lógica y sencilla, no se habría hecho un nombramiento anticipado, tampoco se habría desvinculado anticipadamente a la materna, ambas personas (por mérito y maternidad) estarían vinculadas a la PGN.

Señor Juez de tutela, si se hubiera respetado la ratio decidendi de la T-245 de 2007, la PGN debió brindar la protección más amplia posible de los derechos supuestamente en conflicto, pudo garantizar el mérito en la segunda opción de

preferencia, también hacer movimiento de plazas, inclusive asignar funciones a ambas en Manizales, o asignarle funciones a la materna en otra ciudad diferente, herramientas que ha usado y actualmente usa la PGN dentro de las facultades legales que tiene el nominador, o actualmente nominadora. Si a bien lo considera señor Juez de Tutela, ofícielo al Secretario General de la PGN, para que responda si actualmente hay servidores cumpliendo sus funciones en lugar diferente al de la plaza en la que se le nombró en período de prueba, si se han traslado plazas de un ciudad a otra, entre las preguntas posibles.

4.3 Honorables Consejeros de Estado, me resisto a creer como mujer, que en un momento histórico como el presente, donde se reconoce la importancia de la mujer materna, donde los estados se obligan a acciones afirmativas, donde existía en sede administrativa múltiples opciones para proferir una decisión más amplia de protección a la maternidad, la cual también se debió adoptar en la sentencia cuestionada, se concluya que el derecho a la maternidad **en el caso concreto de mi representada**, se agote con la indemnización. Además, señor Juez de Tutela, la sentencia del Tribunal objeto de reproche, no se apoya en un sentencia de la corte que desarrolle un caso similar al presente, donde existen más vacantes en provisionalidad y solo una ocupada por una materna, que cargos a proveer por concurso de méritos.

Se considera que este caso concreto goza de especial relevancia constitucional, es una oportunidad para que el Juez constitucional se pronuncie sobre los dos derechos constitucionales (maternidad y mérito) cuando se ofertan 14 empleos y solo 7 personas integran la lista de elegibles, y solo uno de esos 14 está en protección constitucional de maternidad al momento de hacerse los nombramientos en período de prueba.

4.4 Respetuosamente se pone a consideración del Juez Constitucional de Tutela, fije al menos una o varias de las siguientes reglas constitucionales respecto al derecho a la maternidad:

PRIMERA REGLA: Cuando hay más vacantes ocupadas en provisionalidad (14 en el caso de Cynthia Vanessa) que cargos a proveer por el concurso de méritos (solamente se conformó la lista de elegibles con 7 personas), la mujer en estado de embarazo o lactancia que ocupe en provisionalidad una de esas vacantes no puede ser desvinculada o despedida, porque su derecho también es constitucional, y que la autoridad debe buscar dentro de sus competencias la solución que más garantice el principio de interpretación armónica del texto constitucional.

SEGUNDA REGLA: Las autoridades colombianas administrativas o judiciales tienen el deber de impartir acciones afirmativas de protección a la mujer en estado de maternidad o lactancia.

TERCERA REGLA: Están prohibidos los nombramientos anticipados en periodo de prueba en cargos ocupados en provisionalidad por una mujer en estado de

maternidad o lactancia; y menos, despidos o retiros anticipados de las mujeres en la situación antes mencionada.

CUARTA REGLA: La **disputa** o pugna entre los derechos constitucionales al **mérito y la maternidad**, solamente acontece cuando el único o todos los cargos ofertados en el concurso de méritos y sobre los cuales procede el nombramiento en período de prueba, están ocupados en provisionalidad por maternas.

QUINTA REGLA: Se reitera el precedente que afirma que el cargo ocupado en provisionalidad por una materna o persona en condición especial de protección es el último a proveerse por concurso de méritos, es decir el concurso debe continuar con los nombramientos en período de prueba según el orden de la lista de elegibles en cargos ocupados por personas que no gozan de protección constitucional y en caso de que exista el deber de nombrar en período de prueba en un cargo ocupado en provisionalidad por una materna, dicho acto administrativo se expedirá en fecha posterior a la de la terminación de la licencia de maternidad o lactancia.

SEXTA REGLA: Se reitera el precedente constitucional que exige a las autoridades el deber de establecer medidas o acciones afirmativas en favor de las maternas, y que cuando existe disputa por el empleo que ocupa una de ellas con una persona a nombrar por concurso de méritos, y en el evento de que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes al que venía ocupando en provisionalidad, sea vinculada bajo la misma modalidad mientras dichos empleos son provistos por el sistema de carrera.

SEPTIMA REGLA: el retiro y la indemnización son la última ratio u opción, dentro de las diferentes posibles, para quien ostenta el derecho constitucional de la maternidad.

PRETENSIONES

Tutelar los derechos fundamentales de la señora CYNTHIA VANESSA HERNÁNDEZ MONTOYA, vulnerados por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, en la sentencia de segunda instancia proferida el 22 de octubre de 2021.

Como consecuencia, se deje sin efectos el referido fallo, y en su lugar dentro del término prudencial que fije el Honorable Consejo de Estado, se profiera una sentencia de reemplazo, revocatoria del fallo de primera instancia, acatando los precedentes constitucionales impartidos por la Corte Constitucional en favor de las mujeres maternas, entre ellos, los citados en este libelo constitucional.

Adicionalmente, si lo considera el Honorable Consejo de Estado, se establezcas las reglas jurisprudenciales como las anotadas anteriormente, como acción afirmativa que tiene el Estado Colombiano en favor de las mujeres en estado de embarazo y lactancia.

Las demás órdenes que considere el Honorable Consejo de Estado para garantizar de manera real y efectiva el derecho constitucional de la maternidad de Cynthia Vanessa Hernández Montoya.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamentos de derechos violación directa de la Constitución Política de Colombia, en sus artículos 29, 43, 44 y 53, la ratio decidendi contenida en las sentencias de Tutela y de Unificación ciadas anteriormente, el artículo 189 del Decreto 262 del 2000, y la Ley 1822 de 2017.

ANEXOS Y PRUEBAS

La presente acción de tutela se presenta en PDF a través de los canales digitales autorizados por la Ley, la cual se puede descargar para efectos de los traslados.

Poder especial conferido por la señora Cynthia Vanessa Hernández Montoya, conforme al artículo 5 del derecho 806 de 2020.

Anexo la sentencia objeto de reproche.

Pruebas. Además de las que considere de oficio el magistrado ponente, y en virtud a que el expediente electrónico no aparece cargado en el aplicativo SAMAI (Ni en juzgados administrativos de Manizales ni en el Tribunal Administrativo de Caldas), solicito se ordene al Tribunal Administrativo de Caldas, allegar en el término indicado por el Consejo de Estado, el expediente digitalizado o electrónico, correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral adelantado por Cynthia Vanessa Hernández Montoya contra la Procuraduría General de la Nación, cuyo radicado corresponde a la sentencia que adjunto como anexo.

JURAMENTO

Declaro bajo la gravedad del juramento que no he interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos ante ninguna autoridad judicial.

NOTIFICACIONES

El Tribunal Administrativo de Caldas accionado, a través de su dirección electrónica o por intermedio de su Secretaría, en el link respectivo de la rama judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-caldas>)
Teléfono 6068879620 Ext. 10201. Correo institucional: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co Carrera 23 No. 21-48 Oficina 106 Manizales.

Cynthia Vanessa Hernández Montoya,

Yurany Giraldo Echeverry,

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, reading "Yurany Giraldo E." in a cursive script.

YURANY GIRALDO ECHEVERRY