



IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE TUTELA DE ACCIÓN DE TUTELA / CARGA ARGUMENTATIVA DE LA IMPUGNACIÓN / ARGUMENTO NUEVO / INCIDENTE DE NULIDAD / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / SANEAMIENTO DE LA NULIDAD PROCESAL / CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

[¿Hay lugar a acceder a las solicitudes de nulidad propuestas, en sede de impugnación, por el Juez Penal del Circuito del Guamo y la señora D.M.B.M., relacionadas con la indebida notificación del auto admisorio de la demanda de amparo, por falta del anexo del escrito de tutela?]

La Sala, de manera previa a estudiar los reparos formulados contra el fallo de primera instancia, se pronunciará respecto de las solicitudes de nulidad que elevaron el Juez Penal del Circuito del Guamo y la señora [D.M.B.M.], que las fundamentaron en que, cuando les fue notificado el auto que admitió la tutela, no se anexó el escrito de amparo, por lo que estiman fueron notificados de forma irregular. (...) En este caso, está acreditado que, por auto del 29 de abril de 2022, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la tutela y ordenó vincular a la señora [D.M.B.M.] y al Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima; asimismo, dispuso que, “por Secretaría, notifíquese de la presente acción de tutela a las accionadas, conforme el artículo 16 del Decreto Ley 2591 de 1991 (...)”. La notificación del auto que admitió la tutela se surtió el 29 de abril de 2022, sin que esté acreditado que la Secretaría del Tribunal Administrativo del Tolima haya enviado vía correo electrónico el escrito de tutela interpuesto por el señor [F.E.A.A.G.]. (...) Pese a lo anterior, el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima rindió informe el 2 de mayo de 2022 vía correo electrónico y, en dicha oportunidad, no manifestó la inconformidad que ahora invoca en el escrito de impugnación, esto es, que se había notificado indebidamente el auto que admitió la tutela. Lo mismo ocurre en relación con la señora [D.M.B.M.], dado que, en la misma fecha, allegó informe a este proceso de tutela y no expuso lo que ahora alega en sede de impugnación. Cabe agregar que, en los informes rendidos, tampoco se puso de presente la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción por no conocer el escrito de amparo, tal como se manifestó en las correspondientes impugnaciones. Así las cosas, la Sala rechazará la nulidad formulada por el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima y la señora [D.M.B.M.], en la medida en que, aunque no se anexó en la notificación del auto que admitió la tutela el escrito de amparo presentado por el actor, se tiene que los interesados rindieron informe en oportunidad, sin manifestar la irregularidad que en sede de impugnación alegan, por lo que la pretendida nulidad quedó saneada, de acuerdo con lo establecido por el numeral 1 del artículo 136 del Código General del Proceso.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / INEFICACIA DE MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

[Se encuentra acreditada, en el asunto de la referencia, la falta del cumplimiento del requisito de subsidiariedad en la acción de tutela; en tanto que esta pendiente por decidirse el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo que se abstuvo de efectuar el nombramiento, en propiedad, del accionante en el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito del Guamo – Tolima?]



[A juicio de la Sala,] no le asiste razón a los impugnantes cuando argumentan que la tutela es improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad, dado que el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022 no era procedente tal como lo sostuvo la sala plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué; por lo que, dicho recurso no constituía un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales. De otro lado, aunque no fue alegado por los impugnantes, la Sala reitera que el hecho que presuntamente le está vulnerando los derechos fundamentales al actor se circunscribe a la expedición de la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Penal del Circuito del Guamo - Tolima se abstuvo de nombrarlo en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito en la vacante existente en dicho despacho, por lo que, en principio, el accionante podría controvertir la legalidad del acto a través de los medios de control previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo e incluso solicitar el decreto de las medidas cautelares que considere pertinentes. (...) [Ahora bien,] [d]e acuerdo con la jurisprudencia [de la Corte Constitucional] (...), la Sala concluye que, en este caso, la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales. Lo anterior, debido a que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para este asunto, no resulta ser idóneo y eficaz para garantizar el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; en primer lugar, porque el señor [A.G.] está de primero en la lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de oficial mayor o sustanciador en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, luego del desistimiento hecho por los ciudadanos que ocupaban el primer y segundo lugar, a lo que se acota que en la tutela ninguna de las partes o vinculados controvertió el derecho del accionante a ocupar el cargo; lo que se discute es si el actor debe esperar a que la señora [B.M.] finalice la licencia de maternidad para ser nombrado en propiedad, asunto que, sin lugar a duda, no da espera. Adicionalmente y en concordancia con lo dicho, la inconformidad del accionante, que estima vulnera los derechos fundamentales, radica en que no será nombrado hasta que finalice el período de licencia de maternidad de la señora [D.M.B.M.], por lo que, una vez cumplida la licencia, no sería necesaria la protección que reclama por vía de tutela. En otras palabras, cuando se resuelva la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la licencia de maternidad ya se habría cumplido. (...) No sobra advertir que, los impugnantes alegan que el actor no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela; sin embargo, la Sala considera que no les asiste razón, por cuanto como quedó visto, en este caso, la tutela procede como un mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales al constatar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es idóneo ni eficaz.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / NOMBRAMIENTO DEL EMPLEADO DE CARRERA JUDICIAL / NEGATIVA DEL NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / LICENCIA DE MATERNIDAD / CARGO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES / PRESTACIONES ECONÓMICAS POR LICENCIA DE MATERNIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A CARGO PÚBLICO

Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



¿La desvinculación de la señora D.M.B.M., quien ocupa en provisionalidad el cargo de Oficial Mayor en el referido Juzgado, supone un desconocimiento de su estabilidad laboral reforzada por su fuero de maternidad?

[La Sala] advierte que, en este caso, no se debate si al señor [A.G.] le asiste o no el derecho a ser nombrado en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, sino si su nombramiento se debe o no postergar hasta que se cumpla la licencia de maternidad de la señora [B.M.]. Frente a este tipo de asuntos, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en indicar que, cuando una mujer embarazada ocupa un cargo en provisionalidad, debe efectuarse el nombramiento en propiedad con la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles y, como medida de protección a la maternidad, es procedente ordenar el pago de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad. Por lo expuesto, la Sala modificará el numeral primero del fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el que dispuso el amparo del derecho fundamental al debido proceso del actor, para, en su lugar, amparar el derecho fundamental de acceso a cargos públicos, dado que fue éste el derecho que resultó comprometido con la decisión del Juez Penal del Circuito del Guamo de postergar el nombramiento en propiedad hasta que finalice la licencia de maternidad de la señora [B.M.].

**CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA**

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 73001-2333-000-2022-00181-01
Accionante: FERNANDO EDUARDO ANDRÉS ARMEL GAYÓN
Accionado: JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DEL GUAMO – TOLIMA

Tesis: Hay lugar amparar el derecho fundamental de acceso a cargos públicos cuando el nominador del despacho judicial posterga el nombramiento en propiedad del ciudadano que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles hasta que finalice la licencia de maternidad de la funcionaria que se encuentra en provisionalidad.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



La Sala decide las impugnaciones presentadas por el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima y la señora Diana María Barrios Murillo en contra del fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

1. SÍNTESIS DEL CASO

El señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón promovió acción de tutela en contra del Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima, con el fin de que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, trabajo y mínimo vital; para ello formuló la siguiente pretensión¹:

"[...] Tutelar los derechos de acceder a cargos públicos y al debido proceso, ordenando al Juez Penal del Circuito del Guamo, dar cumplimiento al acuerdo nro. CSJTOA21-124, nombrándome en el cargo de oficial mayor [...]"

2. SITUACIÓN FÁCTICA

El accionante informó que, mediante el acuerdo nro. CJSTOA – 457 del 4 de octubre de 2017, el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima convocó al concurso de méritos para proveer cargos de empleados de juzgados y tribunal.

Afirmó que se inscribió para el cargo de oficial mayor de juzgado del circuito y aprobó el examen correspondiente, por lo que hace parte de la lista de elegibles para ocupar el mencionado cargo.

¹ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

²

radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



Explicó que el 12 de noviembre de 2021, el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima publicó la *"lista de aspirantes por sede"*. Preciso que se postuló para el cargo de oficial mayor en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, *"ocupando el tercer lugar de la lista, luego de los doctores Carlos Andrés Bocanegra y Annie Julieth Vega Molano, como se aprecia en la lista de lista de aspirantes por sede del 12 de noviembre de 2021"*².

Sostuvo que el Juez Penal del Circuito del Guamo *"profirió resolución nro. 004 del 22 (sic) de febrero de 2022, por medio de la cual se abstuvo de nombrar en propiedad en el cargo de oficial mayor, conforme al acuerdo citado, remitido por el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, aduciendo que la doctora Diana María Barrios Murillo, quien ocupa el cargo*

*en provisionalidad, se encuentra en estado de embarazo, lo que crea en su favor una estabilidad laboral reforzada, que debe prevalecer sobre el derecho de acceder al cargo, de quienes superamos las etapas del concurso de méritos"*².

Indicó que presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del precitado acto y a través de la Resolución nro. 006 del 25 de marzo de 2022, el Juez Penal del Circuito del Guamo confirmó la decisión y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Señaló que el 22 de febrero de 2022, el señor Carlos Andrés Bocanegra Báez remitió al Juzgado Penal del Circuito del Guamo escrito en el que renunció a su postulación al cargo de oficial mayor en ese despacho por cuanto estaba laborando en calidad de Juez Promiscuo Municipal en Rio Blanco – Tolima.

² Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

⁴

radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



Agregó que el 28 de marzo de 2022, la señora Annie Julieth Vega Molano informó al Juzgado Penal del Circuito del Guamo que desistía *"de su lugar en la lista de elegibles para ocupar el cargo de oficial mayor, por haberse posesionado en el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral"*⁴.

Por lo anterior, expuso que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles para optar por el cargo de oficial mayor del Juzgado Penal del Circuito del Guamo – Tolima.

Adujo que *"actualmente ocupa en provisionalidad el cargo de oficial mayor en el Juzgado Promiscuo de Familia de El Espinal, en el que se efectuó el nombramiento del señor Víctor Alfonso Cardozo, primero en la lista de*

*elegibles para ocupar ese cargo, mediante resolución nro. 011 del 22 de diciembre de 2012"*³.

Manifestó que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de este último acto administrativo; que, mediante la Resolución nro. 001 del 19 de enero de 2022, se dispuso no reponer la decisión y no se concedió el recurso de apelación por improcedente.

Anotó que, en contra de la decisión de no conceder la apelación, interpuso recurso de queja, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 31 de marzo de 2022, consideró que la apelación era improcedente.

Argumentó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *"las acciones ante la Jurisdicción Contencioso*

³ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

⁶

radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



Administrativa, no resultan idóneas para proteger mis derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a cargos públicos; debiendo señalar además, que de no ser nombrado en el cargo de oficial mayor del Juzgado Penal del Circuito del Guamo se produciría en mi contra un perjuicio irremediable, por cuanto, al salir del Juzgado en el que actualmente ocupo un cargo en provisionalidad, en razón del nombramiento en propiedad de quien aprobó el concurso de méritos, no tendría los recursos necesarios para mi manutención y la de mi familia, ni tampoco la atención en salud que requiero en razón de las patologías que padezco, lo que llevaría a que no se me realizaran las intervenciones quirúrgicas que me fueron ordenadas, poniendo en riesgo mi salud y vida”⁶.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Las actuaciones más relevantes fueron las siguientes:

Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



3.1. Por auto del 29 de abril de 2022⁴, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la tutela y dispuso notificar al Juez Penal del Circuito del Guamo, así como vincular, por tener interés en el resultado del proceso, a la señora Diana María Barrios y al Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima⁵.

Asimismo, decretó como pruebas las siguientes⁹:

"[...] 1. En vista que el actor informa que interpuso recurso de apelación contra la Resolución 004 del 22 de febrero de 2022, por la cual el funcionario se abstuvo de nombrarlo en propiedad, SE ORDENARÁ que por Secretaría se solicite al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, informar en el término de la distancia acerca del trámite surtido ante el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución 004 del 22 de febrero de 2022, por la cual el Juez Penal del Circuito del Guamo, Tolima, se abstuvo de nombrarlo en propiedad.

2. A fin de determinar el pleno derecho de la parte actora, SE ORDENARÁ que, por Secretaría, se solicite al Consejo Seccional de la Judicatura, remita en el término de la distancia la lista definitiva de elegibles vigente para el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, Tolima [...]"

3.2. Por auto del 2 de mayo de 2022⁶, el Tribunal Administrativo del Tolima vinculó como parte accionada a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué⁷, con fundamento en que *"en caso de concederse el amparo constitucional, lo que implicaría la protección del fuero de maternidad y por supuesto la erogación de prestaciones por parte de la Dirección Seccional de Administración Judicial, se hace necesario vincularla a la presente acción constitucional"*.

⁴ Visto en el índice 4 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

⁵ Esta orden se cumplió el 29 de abril de 2022. Visto en el índice 6 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

⁹Visto en el índice 4 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

⁶ Visto en el índice 7 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

⁷ Esta orden se cumplió el 2 de mayo de 2022. Visto en el índice 9 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.



3.3. El Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima rindió informe en oportunidad vía correo electrónico⁸, en el que resumió el trámite administrativo de nombramiento de lista de elegibles para el cargo de oficial mayor de juzgado de circuito, de lo cual se destaca:

Aseguró que en dicho despacho judicial se encuentra vacante en propiedad el cargo de oficial mayor y/o sustanciador de juzgado de circuito, el cual lo ocupa en provisionalidad la señora Diana María Barrio Murillo, quien, por escrito del 20 de enero de 2022, informó que está en estado de embarazo y solicitó la protección de los derechos fundamentales, *"dado que el cargo que desempeño se encuentra en vacancia definitiva y próximo a ser nombrada la persona de lista de elegibles de oficial mayor"*⁹¹⁰.

Expuso que de esa novedad se corrió traslado el 21 de enero de 2022 al Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima. El 26 del mismo mes y año el Consejo Seccional le respondió al juzgado en el sentido que, bajo los principios de autonomía e independencia judicial, debía tomar la decisión que en derecho correspondiera.

Por lo anterior, mediante la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, el juzgado dispuso *"abstenerse por ahora de nombrar en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito"*¹⁴; decisión contra la que, el aquí accionante, interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación.

⁸ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

⁹ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

¹⁰ 73001 2333 000 2022 00181 0

Visto en el índice de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 0.



Explicó que, a través de la Resolución nro. 006 del 25 de marzo de 2022, el despacho resolvió no reponer la Resolución nro. 004 y concedió el

recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y afirmó que todavía no ha sido resuelto.

3.4. La Secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué¹¹, en atención al requerimiento hecho en el auto que admitió la tutela, respondió que el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra de la Resolución nro. 004 de 2022 le correspondió por reparto "*a/ H. magistrado doctor Manuel Antonio Medina Varón, quien lo recibió en su despacho el día 18 de abril, donde se encuentra para su estudio*".

3.5. La señora Diana María Barrios Murillo remitió informe en oportunidad vía correo electrónico¹²¹³, en el que sostuvo que, mediante la Resolución nro. 001 del 1 de marzo de 2021, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de oficial mayor en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo - Tolima.

Aseguró que el 20 de enero de 2022 comunicó al titular del despacho que estaba en estado de embarazo, para esa época, tenía 14 semanas y 2 días de gestación, "*dado que el cargo que desempeñaba se encuentra en vacancia definitiva, y próximo a ser nombrada la persona de la lista de elegibles de oficial mayor o sustanciador (...), esto con el fin, de que se adoptara las medidas necesarias y oportunas para la protección de los derechos fundamentales de mujer embarazada y del menor que está por nacer (protección al principio de estabilidad reforzada)*"¹⁷.

¹¹ Visto en el índice 11 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

¹² Visto en el índice 12 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

¹³ 73001 2333 000 2022 00181 0

Visto en el índice de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 0.



Anotó que, en la actualidad, *"me encuentro con 29 semanas de embarazo, ad portas de dar a luz en menos de 2 meses a mi hija, y en la expectativa*

*de lo que resuelva el Honorable Tribunal Superior de Ibagué Tolima, sobre la Resolución nro. 006 de marzo 25 de 2022"*¹⁴.

Precisó que en la Resolución nro. 004 se resaltó que una vez ocurra *"el alumbramiento y la licencia de maternidad, que será en menos de dos meses, se procederá a nombrar el aspirante en lista al cargo de oficial mayor"*¹⁵.

Acotó que, *"el año pasado quedé en estado de embarazo, situación que fue difícil de aceptar al no contar con un empleo estable y sin la ayuda económica del padre biológico, pero, que asumí con valor y decisión, es decir, en este momento desafortunadamente soy madre soltera y cabeza de familia, porque siempre he tenido a cargo a mi madre de 58 años y mi padre, este último, falleció hace algunos meses, y mi madre no posee pensión u otra entrada económica para su sustento, luego el cargo que he desempeñado hace más de un año como oficial mayor del despacho, me ha ayudado para solventar muchos gastos familiares y personales"*¹⁶¹⁷.

3.6. El Vicepresidente del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima allegó informe en oportunidad vía correo electrónico²¹, en el que manifestó que no hace parte de las funciones de dicha autoridad judicial expedir actos administrativos sobre nombramientos, permisos, licencias

¹⁴ Visto en el índice 12 radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

¹⁵ *Ibídem.*

¹⁶ *Ibídem.*

¹⁷ 73001 2333 000 2022 00181 0

Visto en el índice de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 0.



no remuneradas, aceptación de renunciaciones, entre otros, pues ello le corresponde a los respectivos nominadores de los funcionarios.

Adujo que el Consejo Seccional de la Judicatura no es competente para decidir sobre la situación administrativa objeto de la presente tutela *"pues el bajo el principio de autonomía e independencia judicial, el Juez Director del Despacho es quien debe tomar la decisión que en derecho corresponde"*

Visto en el índice de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 0.



*analizando y ponderando el caso puesto de presente, frente a la ley y la jurisprudencia vigente, los acuerdos, la directrices y reglamentos frente el procedimiento a seguir frente a nombramientos en propiedad por concurso de méritos vs estabilidad laboral reforzada de servidoras judiciales vinculadas en provisionalidad y que se encuentran en estado de embarazo*²².

Informó, en cuanto a la situación laboral de la señora Diana María Barrios Murillo, que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Ibagué *"es quien determina las acreencias laborales a que tiene derecho en caso de que quede desvinculada de la Rama Judicial, pues el área de talento humano es quien es exclusivamente competente para indicar lo anterior; pues el Consejo Seccional de la Judicatura no tiene dicha función"*.

3.7. El Director Seccional de Administración Judicial de Ibagué envió informe en oportunidad vía correo electrónico²³, en el que sostuvo que la entidad no tiene legitimación en la causa por pasiva, dado que *"frente a las novedades del personal de cada despacho, tales como: nombramientos, aceptación de renunciaciones, ordenes de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la función de la Dirección Seccional de Administración Judicial, se limita a recibir los actos administrativos expedidos por los titulares de despacho, ingresarlos y gestionarlos dentro del aplicativo EFINOMINA. // Por lo anterior, respecto a las pretensiones que tiene el accionante con la presentación de la acción de tutela, esto es, que el titular del Juzgado Penal del Circuito de Guamo lo nombre en el cargo de oficial mayor, me permito informar que escapan a la funciones y competencias de esta Dirección Seccional, ya que los jueces y magistrados del Distrito Judicial de Ibagué cuentan con autonomía a la hora de tomar decisiones como nominador del despacho"*.

²²

Ibídem.

Visto en el índice de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 0.



4. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del 9 de mayo de 2022, dispuso lo siguiente¹⁸:

"[...] PRIMERO: AMPARAR, el derecho al debido proceso impetrado por Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón, por las razones expuestas en la parte motiva.

***SEGUNDO: ORDENAR** al titular del Juzgado Penal del Circuito del Guamo (Tolima), en su condición de nominador, que dentro de los dos días siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a efectuar el nombramiento del señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón, en el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador de Juzgado de Circuito que se encuentra vacante en su juzgado. A su vez comunicar tal determinación al interesado para que manifieste si lo acepta, conforme lo estipulado en la Ley 270 de 1996.*

***TERCERO: ORDENAR** a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Tolima, que, una vez producida la desvinculación del cargo, de la señora Diana María Barrios Murillo, reconozca y pague a su favor, de manera ininterrumpida los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondientes al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, y hasta tres meses después del parto, con el fin de que el sistema le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad, así como la prestación integral del servicio de salud que requiera tanto ella como su hijo que está por nacer [...]"*

Para dilucidar el asunto, lo primero que advirtió sobre el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela fue lo siguiente²⁵:

"[...] Aunque se encuentra pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, proferida por el Juez Penal del Circuito del Guamo, "Por medio de la cual se abstiene de hacer nombramiento de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito y equivalente en propiedad de lista de elegibles conformada mediante acuerdo CSJTOA21-124" respecto de la cual según lo informó el Secretario

¹⁸ Visto en el índice 18 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

²⁵ *Ibídem.*



del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, la actuación le correspondió al magistrado Manuel Antonio Medina Varón, quien lo recibió en su despacho el día 18 de abril, y se encuentra para su estudio, debe tenerse en cuenta que esa misma corporación resolvió

un recurso de queja interpuesto por el hoy actor contra el acto administrativo nro. 011 del 22 de diciembre de 2021 por el cual el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de El Espinal (Tolima) nombró a Víctor Alfonso Cardozo Cortés en propiedad en el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador de Circuito de esa sede judicial al igual que dio por desvinculado del cargo al señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón quien ocupaba el cargo en provisionalidad.

Frente a tal recurso el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Plena, dispuso abstenerse de resolver el recurso de queja, por improcedente, al considerar que:

"En efecto, tal y como lo comprendió el Juez nominador en la Resolución nro. 001 del 19 de enero de 2022, de acuerdo con lo dispuesto en el canon 131 de la Ley 270 de 1996, los jueces en su condición de nominadores y autoridades administrativas autónomas no cuentan con superior jerárquico administrativo que pueda resolver el recurso de apelación que pretendió formular el señor ARMEL GAYÓN en contra de la Resolución nro. 011 de 2021, por medio de la cual, huelga recordar, se efectuó un nombramiento en propiedad del cargo de oficial mayor al interior del despacho judicial ya referido. Caso distinto ocurre con respecto a los actos administrativos proferidos en un trámite disciplinario o de calificación de servicios, donde la interpretación de los artículos 115 y 171 de la Ley 270 de 1996, permiten avizorar la procedencia del recurso de apelación ante el superior jerárquico de la autoridad nominadora".

Por lo anterior, es conocido dentro del trámite, el criterio del Tribunal Superior de Ibagué, Sala Plena, frente al caso en concreto.

Por otro lado, al tratarse de la impugnación de un acto administrativo que resuelve respecto del nombramiento de un empleado en propiedad, se trata de un asunto que limita el margen de análisis del superior funcional al conocer el recurso y limitaría la decisión frente a los derechos de la empleada gestante que ocupa el cargo en provisionalidad, es decir, para decidir sobre la colisión de derechos frente al derecho a ocupar el cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo (Tolima).



Por tales razones, la Sala considera viable, conocer el caso concreto y resolver sobre el mismo por ser un asunto que atañe al juez constitucional [...]”.

Superado el requisito de subsidiariedad, examinó de fondo el asunto y señaló que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, está acreditado que el señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón ocupa actualmente el primer lugar en la lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de oficial mayor o sustanciador del juzgado de circuito grado nominado en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo.

Agregó que también está probado que el Juez Penal del Circuito del Guamo expidió la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, por medio de la cual se abstuvo de hacer el nombramiento de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito en propiedad, con fundamento en que la señora Diana María Barrios Murillo, quien fue nombrada en provisionalidad, comunicó el 20 de enero de 2022 que estaba en estado de embarazo; precisó que *“el nominador, en la resolución mencionada aclaró que el nombramiento en propiedad se producirá una vez se produzca el alumbramiento y finalice el período de licencia de maternidad conforme a la Ley 2114 de 2021 y la Ley 270 de 1996”*¹⁹.

Conforme con lo anterior, estimó que *“se presenta una colisión de derechos frente a la ocupación legítima del cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo (Tolima), pues, por un lado, se encuentran los derechos de la señora Diana María Barrios Murillo, quien ocupa el cargo en provisionalidad, a gozar de la estabilidad laboral reforzada en atención a su estado de gravidez, además de los derechos del que está por nacer. Por otro lado, los derechos del demandante a ocupar el cargo por haber superado el concurso de méritos y ocupar el primer lugar en la lista de elegibles”*²⁷.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*



Para resolver, el *a quo* refirió a la sentencia SU – 070 del 13 de febrero de 2013, de la Corte Constitucional, y al fallo de tutela proferido por la

Sección Quinta del Consejo de Estado el 1 de junio de 2017²⁰; respecto de esta última providencia transcribió lo siguiente:

"[...] La Sala se ha pronunciado sobre el particular en el sentido de efectuar un juicio de ponderación, dada la colisión de derechos susceptibles de amparo²¹:

"En este orden de ideas, se advierten dos situaciones, por una parte el derecho que ostenta el señor (...) de posesionarse en el cargo para el cual fue nombrado en propiedad, en virtud de haber superado en forma exitosa todas las etapas del concurso y que aceptó el cargo para el cual fue nombrado y, por la otra, la estabilidad laboral reforzada de la actora quien se encuentra en estado de embarazo, posiciones susceptibles de amparo, por lo que deberá realizarse un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales involucrados".

Dada la circunstancia descrita, en el pronunciamiento bajo análisis se llegó a la conclusión de que la desvinculación de la mujer en estado de embarazo resulta legítima, en razón de la provisión del cargo con la persona que superó el concurso de méritos, cuyos derechos tampoco pueden ser desconocidos:

"Por consiguiente, no hay lugar a la reubicación y al pago de los salarios dejados de percibir, toda vez que las causas de desvinculación de la accionante no obedecen a su estado y, por ende, son legítimas, esto es, la provisión del cargo se dio por concurso de méritos, y en la medida que la misma tenía conocimiento de que la posición que ocupaba en el Juzgado (...), como secretaria, era transitoria, y que por lo tanto, la permanencia de la misma estaba supeditada a un límite de tiempo, el cual en el caso objeto de estudio, será cuando el señor (...) se poseione en el cargo de Secretario Nominado ocupado por la actora, en tanto los derechos de nombrado tampoco pueden ser conculcados".

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 1 de junio de 2017. C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación nro. 05001 2333 000 2017 00849 01 (AC).

²¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 1 de septiembre de 2016. Radicación 54001 – 2333- 000- 2016 – 00289-01. Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate.



Sin embargo, en el referido pronunciamiento no se pasó por alto que la mujer en estado de embarazo merece la especial protección del Estado, la cual se puede lograr sin afectar los derechos de quien superó el concurso de méritos, razón por la que se optó por reconocer una medida especial de protección:

"No obstante lo anterior, resulta evidente que la situación en la que se encuentra merece la especial protección del Estado, la cual sin lugar a dudas se logra, sin afectar los derechos del tercero nombrado en propiedad, disponiendo que tan pronto se haga efectiva su posesión, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional Norte de Santander adelante las gestiones pertinentes para reconocer a la peticionaria, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al sistema de salud correspondientes al periodo de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral y hasta tres meses después del parto, con el fin de que se le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste y de los servicios de salud que requiera ella y su nasciturus, como lo ha indicado esta Sección en oportunidades anteriores. Lo anterior permite concluir que dicho fuero debe aplicarse desde que se le comunicó al empleador el estado de embarazo y hasta la finalización de la licencia de maternidad, es decir tres meses después del parto, sin que esto implique que sus efectos puedan extenderse luego de finalizada esta condición, de conformidad con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-070 del 13 de febrero de 2013."

Se tiene entonces, que la estabilidad laboral de la mujer gestante que ocupa un cargo en provisionalidad, debe ceder ante el mejor derecho en cabeza de quien superó el concurso de méritos para ser nombrado en propiedad, razón por la que no es de recibo que el Juzgado (...) haya postergado el nombramiento de que se trata, toda vez que debe proveer el cargo bien sea con la señora (...), por haber superado el concurso de méritos, o con del señor (...), quien cuenta con un concepto favorable de traslado para el mismo cargo [...]"

A partir de allí concluyó³⁰:

"[...] Con base en los precedentes jurisprudenciales transcritos es evidente que tanto el actor, como la mujer en estado de embarazo que ocupa el cargo en provisionalidad cuentan con derechos que deben ser protegidos. El señor Fernando Eduardo Andrés Armel

Ibídem.



Gayón quien superó el concurso de méritos para el cargo al que aspira y que ocupa el primer lugar de la lista de elegibles, quien cuenta con el derecho de estabilidad en el empleo con la preponderancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del régimen de carrera que como lo ha reconocido la Corte Constitucional, pertenecen al sistema de promoción de personal característico de un Estado Social de Derecho.

Por otra parte, la señora Diana María Barrios Murillo goza del derecho a que se le garantice a futuro, el reconocimiento y disfrute

30

efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste y de los servicios de salud que requiere ella y su nasciturus.

Sin embargo, la estabilidad laboral de la mujer gestante que ocupa un cargo en provisionalidad debe ceder ante el mejor derecho de quien superó el concurso de méritos para ser nombrado en propiedad.

Es por ello que es deber de la Sala amparar el derecho fundamental al debido proceso del actor, en el sentido de ordenar al Juez Penal del Circuito del Guamo (Tolima), nominador demandado, que proceda a efectuar el nombramiento, luego de notificada esta sentencia, del señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón, en el cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito que se encuentra vacante en su juzgado. A su vez comunicar tal determinación al interesado para que manifieste si lo acepta, conforme lo estipulado en la Ley 270 de 1996.

En lo relativo a los derechos que ostenta la mujer en estado de embarazo a la dignidad humana, a la estabilidad laboral reforzada y a la protección de la maternidad junto con la vida del que está por nacer, la Sala dispondrá, como medida especial de protección y con el fin de garantizar de manera plena tales derechos, ordenar a la Dirección Ejecutiva Administración Judicial, Seccional Tolima, que, una vez producida la desvinculación del cargo, de la señora Diana María Barrios Murillo, reconozca y pague a su favor, de manera ininterrumpida los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondientes al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, y hasta tres meses después del parto, con el fin de que el sistema le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad, así como la prestación integral del servicio de salud que requiera tanto ella como su hijo que está por nacer. Lo anterior con base en lo normado en la Ley 1822 de 2017 y la Ley 2114 de 2021.



Debe aclararse que no hay lugar a la reubicación de la gestante, por cuanto las causas de desvinculación no obedecen a su estado y, por ende, son legítimas, por tratarse de la provisión del cargo a través de un concurso de méritos; además, tenía conocimiento de que su posición en el cargo era transitoria en razón de la provisionalidad. Además, el conocimiento del estado de embarazo ocurrió con posterioridad al proceso administrativo de nombramiento derivado de un concurso de méritos iniciado desde el año 2017 [...]”.

5. EL MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, el Juez Penal del Circuito del Guamo y la señora Diana María Barrios Murillo lo impugnaron con fundamento en lo siguiente:

5.1. Juez Penal del Circuito del Guamo²²

Solicitó la nulidad del fallo de tutela con fundamento en que, si bien fue notificado del auto que admitió la solicitud de amparo, “*no se adjuntó copia de la demanda instaurada por el señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón, como así fue ordenado en el auto admisorio, dándose respuesta por este despacho solamente frente a lo expuesto en los argumentos del auto admisorio y con el conocimiento interno de este funcionario sobre el caso debatido, dada la premura del tiempo para dar respuesta*”³². Anotó que, por tal razón, se vulneró el derecho al debido proceso ante la indebida vinculación, de manera que hay lugar a decretar la nulidad de lo actuado.

²² Visto en el índice 22 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

³² *Ibidem.*



De otro lado, adujo que, de acuerdo con el artículo 86 Superior, la tutela solo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de sus derechos, pero en este caso está pendiente resolverse el recurso de apelación que el actor interpuso contra la Resolución nro. 004 de 2022.

Argumentó que no está acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en la Resolución nro. 004 de 2022 no le fue negado al actor el derecho a vincularse en carrera al cargo de oficial mayor, *"solo se ha suspendido dada la protección reforzada que tiene la*

*madre gestante y el hijo que espera, lo que en criterio de este Despacho tiene mayor preponderancia"*²³.

Acotó que la señora Diana María Barrios Murillo *"tiene la calidad de madre gestante, que es cabeza de familia que si es desvinculada en este momento, su mínimo vital se le afectaría, aparte del perjuicio psicológico que iría en contra de la salud de ella misma y de su bebé, dado que tiene un embarazo de alto riesgo, que de quedar cesante no tendría siquiera como atender los gastos que naturalmente se avecinan con el nacimiento de su hijo, siendo esté el razonamiento que en justicia se debe dar en estos casos, porque al desvincularla en este preciso momento, sí habría un perjuicio irremediable para ella, el choque psicológico incluso podría afectar gravemente a la criatura"*³⁴.

5.2. La señora Diana María Barrios Murillo²⁴

²³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

²⁴ Visto en el índice 23 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.



Alegó que la tutela es improcedente dado que existe otro medio de defensa judicial y no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Afirmó que, para la fecha en la que presentó el escrito de impugnación, tenía 31 semanas de gestación y, por ello, no podrá emplearse inmediatamente. En ese contexto, sostuvo que la decisión del *a quo* vulnera el derecho a la estabilidad laboral reforzada de una mujer embarazada, pues no ponderó ninguno de los argumentos expuestos en la contestación.

Reprochó que, *"si bien el accionante posee un derecho adquirido a los empleos de carrera, mi situación es transitoria y temporal, siendo totalmente desconocida por el fallador de primera instancia, quien no*

*ponderó en debida forma las consecuencias de su determinación, sino que deliberadamente amparó el debido proceso al actor, cuando nunca se ha incurrido en una vulneración a ese derecho fundamental, a su vez, en el presente caso no se ha presentado un perjuicio irremediable demostrable para que la tutela procediera como mecanismo transitorio, siendo que el mismo actor, mediante los recursos ordinarios de Ley, instauro recurso de reposición en subsidio el de apelación contra la Resolución nro. 004 del 08 de febrero de 2022, proferida por el Juez Penal del Circuito del Guamo (...) concediéndose dicho recurso mediante la Resolución nro. 006 del 25 de marzo de 2022, proferida por el Juez Penal del Circuito del Guamo (...), asunto que en la actualidad se encuentra en estudio"*²⁵.

Por otra parte, sostuvo que, aunque le fue notificado el auto que admitió la tutela, no se le remitió el escrito de amparo presentado por el actor y *"los probables anexos que pudo tener"*. Sobre este punto, adujo que, si bien rindió informe, lo hizo *"con total desconocimiento sobre los hechos o*

²⁵ *Ibídem.*
Ibídem.



*pruebas relevantes que el aspirante Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón haya presentado en el escrito de tutela, pues a pesar de la notificación y el envío del auto, nunca se me dio traslado efectivo de la demanda y sus anexos para que ejerciera mi derecho de contradicción*²⁶.

Reiteró que es *“madre cabeza de familia en mi hogar que está conformado por mi madre de 58 años y mi hija que está por nacer, que no cuento con ninguna otra entrada económica para el sustento de alimentos y un techo digno, mientras llega el alumbramiento y la licencia de maternidad, debido a que mi avanzado estado embarazo (31 semanas actualmente) de alto riesgo, no me permite acceder a la vida laboral inmediatamente una vez me desvinculen de la Rama Judicial*³⁸.

Indicó que *“si bien, se ha dicho que se me debe garantizar la cotización al sistema de salud para tener derecho a la licencia de maternidad, no se*

tuvo en cuenta que faltan dos meses para el alumbramiento, y en ese tiempo no tengo manera de sostenerme económicamente, mucho menos solventar mis gastos médicos, comprar medicamentos no post, cancelar los copagos que oscila entre los \$38.000 mil pesos para acceder a los servicios médicos, sufragar los gastos de mi transporte, porque en estado de alto riesgo no me es conveniente abordar bus”.

5.3. Por auto del 20 de mayo de 2022 se concedió la impugnación²⁷ y la misma fue asignada por acta de reparto el 25 de mayo de 2022²⁸.

5.4. Por memorial enviado vía correo electrónico el 20 de mayo de 2022²⁹, la señora Diana María Barrios Murillo presentó *“adición al recurso de*

²⁶ *Ibídem.*

³⁸

²⁷ Visto en el índice 26 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

²⁸ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

²⁹ Visto en el índice 29 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.



impugnación” en el que solicitó “se ordene a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Seccional del Tolima, me reconozcan los salarios y las prestaciones sociales (Sentencia T-245/07, Sentencia T-885/03 entre otras) que serán dejados de percibir desde el momento de mi desvinculación del cargo de oficial mayor del despacho judicial accionado, y tres meses más; porque al producirse el nombramiento del accionando, quedará totalmente desprotegida mi hija que esta por nacer de alimento, vestido y un techo digno”.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. LA COMPETENCIA DE LA SECCIÓN

Esta Sala es competente para conocer de la presente impugnación, de conformidad con lo previsto por el artículo 32 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991³⁰, en concordancia con el numeral 5 del artículo

³⁰ El artículo 32 prevé lo siguiente: “[...] TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días
Ibidem.



2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015³¹, modificado por el artículo 1 del Decreto 333 del 6 de abril de 2021³², así como con fundamento en lo señalado por el artículo 13 del Acuerdo nro.080 del 12 de marzo de 2019³³ proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado que regula la distribución de negocios entre las secciones.

6.2. HECHOS RELEVANTES

En el caso concreto se encuentra acreditado lo siguiente⁴⁶:

6.2.1. El Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, mediante el acuerdo nro. CSJTOA21 – 124 del 18 de noviembre de 2021, "*por el cual se formula ante el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador del Circuito Grado Nominado*", dispuso⁴⁷:

"[...] ARTÍCULO 1: FORMULAR ante el Juzgado Penal del Circuito del Guamo Tolima, lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador de Juzgado de Circuito del Juzgado Penal del Circuito del Guamo – Tolima.

siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo.

³¹ Título 3 capítulo 1 secciones 1 y 2.

³² "*Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 Y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela*".

³³ *Por medio del cual se compila y actualiza el reglamento interno del Consejo de Estado, publicado el 1 de abril de 2019 en el Diario Oficial nro. 50913.* ⁴⁶ Lo que se desprende de las pruebas aportadas por las partes.

⁴⁷

radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01

Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará [...]”.

No. ORDEN	CEDULA	APELLIDOS Y NOMBRE	CODIGO DEL CARGO	CARGO	GRADO	PUNTAJE PRUEBA DE CONOCIMIENTO ESCALA 300-600	PUNTAJE PRUEBA PSICOTECNICA	EXPERIENCIA ADICIONAL	CAPACITACIÓN	TOTAL
1	71385730	BOCANEGRA BAEZ CARLOS ANDRES	262319	Oficial Mayor o sustanciador de Juzgado de Circuito	Nominado	401,79	159,00	99,94	0,00	660,73
2	1110564333	VEGA MOLANO ANNIE JULIETH	262319	Oficial Mayor o sustanciador de Juzgado de Circuito	Nominado	467,31	164,00	8,39	0,00	639,70
3	5826330	ARMEL GAYON FERNANDO EDUARDO ANDRES	262319	Oficial Mayor o sustanciador de Juzgado de Circuito	Nominado	336,29	135,50	76,17	20,00	567,96
4	1110485496	ORTIZ TORRES JULIAN ANDRES	262319	Oficial Mayor o sustanciador de Juzgado de Circuito	Nominado	352,67	152,00	34,22	0,00	538,89
5	1104705360	GOMEZ VILLARREAL JONATHAN	262319	Oficial Mayor o sustanciador de Juzgado de Circuito	Nominado	336,29	171,00	22,17	0,00	529,46

ARTÍCULO 2.- SOLICITAR al funcionario (a) titular del Juzgado Penal del Circuito del Guamo – Tolima, en su calidad de autoridad nominadora, remitir al Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, copia de los actos administrativos de nombramiento y acta de posesión del empleado (a) respectivo (a); con el fin de dar cumplimiento al artículo noveno del Acuerdo nro. PSAA08-4856 del 10 de junio de 2008 [...]”.

6.2.2. El 20 de enero de 2022, la señora Diana María Barrios Murillo, oficial mayor en provisionalidad en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, comunicó al titular del despacho lo siguiente⁴⁸:

"[...] El día 14 de enero de 2022, me realice prueba de gravidez, ante la ausencia del periodo menstrual del mes de diciembre sin ningún tipo de alarma o síntoma, por ser de ciclo irregular, dicho examen tuvo de resultado positivo; situación que da paso a acudir a mi EPS (FAMISANAR), siendo valorada el día 17 y 18 de enero de 2022, por Ginecología y toma de ecografía abdominal, siendo confirmado un embarazo de 14 semanas y 2 días, y como fecha de posible parto el 20 de julio de 2022.

Ahora bien, pongo en conocimiento de mi estado avanzado de gestación, dado que el cargo que desempeño se encuentra en vacancia definitiva y próximo a ser nombrada la persona de la lista

Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



de elegibles de Oficial Mayor o Sustanciador, conforme al Acuerdo CSJTOA21 – 124, lo anterior con el fin, de proteger los derechos

48

73001 2333 000 2022 00181 01
fundamentales de mujer embarazada y del menor que está por nacer [...]”.

6.2.3. Mediante la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima dispuso³⁴:

“[...] PRIMERO: ABSTENERSE por ahora de nombrar en propiedad en el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador del Juzgado de Circuito, vacante en este Despacho, de la lista de elegibles remitida para el efecto por el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Acuerdo nro. CSJTOA21 – 124, conforme quedó dicho en la parte motiva de esta resolución.

SEGUNDO: ORDENAR que la doctora DIANA MARÍA BARRIOS MURILLO, continúe en el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador en provisionalidad en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, hasta nueva orden [...]”.

En la parte considerativa del acto administrativo, se precisó que;

“[...] De lo anterior, resulta claro que una vez, se produzca el alumbramiento y pase el período de licencia de maternidad conforme a la reciente Ley 2114 del 29 de julio de 2021, se nombrará en propiedad conforme a los parámetros establecidos en la Ley 270 de 1996, sin embargo, advirtiendo que se deben garantizar si (sic) los derechos del menor por nacer y la futura madre cabeza de familia [...]”.

6.2.4. En contra de la precitada decisión, el señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación.

³⁴ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

⁵⁰

radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01

Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. .



6.2.5. A través de la Resolución nro. 006 del 25 de marzo de 2022, el Juez Penal del Circuito del Guamo, resolvió⁵⁰:

"[...] PRIMERO: NO REPONER la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022 y concede el recurso de apelación petitionado

Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con



subsidiariamente ante el Tribunal Superior de Ibagué – Sala Penal, por las razones expuestas en esta Resolución [...]”.

6.2.6. Por escrito del 22 de marzo de 2022, el señor Carlos Andrés Bocanegra Báez presentó *“renuncia irrevocable a mi postulación al cargo de carrera de oficial mayor del Juzgado Penal del Circuito del Guamo – Tolima; por lo anterior declino de mi aspiración al cargo siendo yo el primero en la lista”*³⁵.

6.2.7. En escrito del 28 de marzo de 2022, la señora Annie Julieth Vega Molano manifestó su *“decisión libre y espontánea de declinar y desistir de mi lugar en la lista de elegibles conformada para el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, toda vez que ya me encuentro posesionada en el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito de Chaparral”*³⁶.

6.2.8. El 2 de junio de 2022, la Sala Plena del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, resolvió³⁷:

“[...] PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación incoado por el señor FERNANDO EDUARDO ANDRÉS ARMEL GAYÓN, contra la resolución número 004 del 8 de febrero de 2022, proferida por el señor Juez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, conforme a las consideraciones dadas en precedencia [...]”.

6.2.9. De otro lado, a través de la Resolución nro. 011 del 22 de diciembre de 2021, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de El Espinal – Tolima, dispuso³⁸:

³⁵ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

³⁶ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

³⁷ Según se desprende de la información compartida vía correo electrónico por la Secretaría General del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, enviada el 11 de julio de 2022.

³⁸ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

radicado
nro.



"[...] PRIMERO: Nombrar en propiedad a VICTOR ALFONSO CARDOZO CORTES (...) como oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito de esta sede judicial.

(...)

TERCERO: A partir de la fecha de posesión dese por desvinculado del cargo que desempeñaba en provisionalidad al señor FERNANDO EDUARDO ANDRÉS ARMEL GAYÓN [...]"

6.2.10. En contra del precitado acto, el accionante, señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación y, mediante la Resolución nro. 001 del 19 de enero de 2022, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de El Espinal – Tolima resolvió³⁹:

"[...] PRIMERO: No reponer la Resolución 011 del 22 de diciembre de 2021, por las razones expresadas.

SEGUNDO: Negar por improcedente el recurso de apelación solicitado en subsidio [...]"

6.2.11. El accionante presentó recurso de queja en contra de la decisión que denegó la apelación y el 31 de marzo de 2022, la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dispuso⁴⁰:

"[...] PRIMERO: ABSTENERSE de resolver el recurso de queja, por improcedente [...]"

³⁹ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

⁴⁰ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.

radicado
nro.



6.2.12. Por último, está acreditado que el aquí accionante promovió un incidente de desacato con el fin de que se cumpla el fallo de tutela proferido en primera instancia el 9 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima; por auto del 7 de junio de 2022 el mencionado tribunal sancionó por desacato al señor Melquisedec Villareal Rosas en

calidad de Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima con multa de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes⁴¹.

6.2.13. Por memorial enviado vía correo electrónico el 7 de junio de 2022 con destino al trámite incidental, el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima allegó copia de la Resolución nro. 013 del 6 de junio de 2022 en la que dispuso⁴²:

"[...] PRIMERO: NOMBRAR en propiedad en este juzgado a FERNANDO EDUARDO ANDRÉS ARMEL GAYÓN (...) incluido en la lista de candidatos elegibles en tercer (3) lugar como Escribiente de Juzgado de Circuito y Equivalentes Grado Nominado, en acatamiento al fallo de tutela emitido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 9 de mayo de 2022; nombramiento que en caso de ser decretada la nulidad y/o revocada la decisión dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Armel Gayón, quedará sin ningún efecto [...]"

6.3. ANÁLISIS DE LA SALA

En el asunto bajo examen, el Juez Penal del Circuito del Guamo y la señora Diana María Barrios Murillo impugnaron el fallo de primera instancia y para ello solicitaron la nulidad de lo actuado por cuanto, si bien fueron notificados del auto que admitió la tutela, no se adjuntó el escrito de amparo presentado por el actor.

⁴¹ Visto en el índice 45 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

⁴² Visto en el índice 44 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

radicado
nro.



De otro lado, reprocharon que en este caso no está superado el requisito de subsidiariedad, dado que está pendiente de resolver el recurso de apelación que el accionante interpuso contra la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, y alegaron que la desvinculación de la señora Barrios Murillo desconoce la estabilidad reforzada de una mujer embarazada; además, que afecta su mínimo vital porque no tendría manera de sufragar los gastos que supone el nacimiento de una hija.

radicado
nro.



La Sala, de manera previa a estudiar los reparos formulados contra el fallo de primera instancia, se pronunciará respecto de las solicitudes de nulidad que elevaron el Juez Penal del Circuito del Guamo y la señora Diana María Barrios Murillo, que las fundamentaron en que, cuando les fue notificado el auto que admitió la tutela, no se anexó el escrito de amparo, por lo que estiman fueron notificados de forma irregular.

Para resolver, la Sala observa que el artículo 16 del Decreto Ley 2591 de 1991⁴³ dispone que *"las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz"*. Adicionalmente, para la fecha en la que fue notificado el acto que admitió la tutela, esto es, el 29 de abril de 2022, estaba vigente el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, que en el artículo 8 preveía que *"las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio"*.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 306 de 1992⁴⁴ prevé que en el trámite tutelar es posible aplicar los principios generales del Código General del Proceso⁴⁵, siempre que no sean contrarios al Decreto Ley 2591 de 1991⁴⁶.

⁴³ *"por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"*.

⁴⁴ *"Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991"*.

⁴⁵ *ARTÍCULO 4º- De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto 2591 de 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto."*

⁴⁶ *"Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"*.



Comoquiera que el Decreto 2591 de 1991 no regula el régimen de nulidades, se tiene que el Código General del Proceso estableció en el artículo 133, de forma taxativa, las causales de nulidad que se pueden presentar en el trámite de un proceso judicial. Al efecto, el numeral octavo dispuso:

"[...] ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado [...]".

A su vez, el numeral primero del artículo 136 *ibídem* estableció:

"[...] ARTÍCULO 136. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla [...]".

En este caso, está acreditado que, por auto del 29 de abril de 2022⁴⁷, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la tutela y ordenó vincular a la señora Diana María Barrios Murillo y al Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima; asimismo, dispuso que, *"por Secretaría, notifíquese de la presente acción de tutela a las accionadas, conforme el artículo 16 del Decreto Ley 2591 de 1991 (la notificación es por el medio más expedito*

⁴⁷ Visto en el índice 4 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 01.



y eficaz, la Secretaría confrontará la manera más expedita de notificar conforme el Decreto Ley 2591 de 1991 y la Ley 2080 de 2021)⁴⁸.

La notificación del auto que admitió la tutela se surtió el 29 de abril de 2022⁴⁹, sin que esté acreditado que la Secretaría del Tribunal Administrativo del Tolima haya enviado vía correo electrónico el escrito de tutela interpuesto por el señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón. Al respecto, se observa lo siguiente⁵⁰:

De: Secretaria General Tribunal Administrativo - Tolima - Ibague <sgtadmintol@notificacionesrj.gov.co>
Enviado: viernes, 29 de abril de 2022 17:09
Para: Mario Fernando Rodriguez Reina <mrodriguezr@procuraduria.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>; ediearmel@gmail.com <ediearmel@gmail.com>; Juzgado 01 Penal Circuito - Tolima - Guamo <j01pctoguamo@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Consejo Seccional Judicatura - Tolima - Ibague <consectol@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Aplicativo Registro Nacional De Abogados - Bogota <regnal@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: Vivian Camila Guayara Garcia <vguayarg@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: NOTIFICACION AUTO ADMITE TUTELA RAD 2022-00181-00 MP JARV

Se notifica el auto que admite TUTELA de fecha abril 29 de dos mil veintidós (2022), conforme el artículo 16 del Decreto Ley 2591 de 1991 para tales efectos, se adjunta copia electrónica del auto Admisorio de la tutela.

Mónica Alejandra Urueña
Citadora Tribunal Administrativo del Tolima

Así mismo, debe tenerse en cuenta que, A partir del 1 de julio de 2020, los correos electrónicos para la recepción de los memoriales, solicitudes y escritos que se quieran hacer valer dentro de los procesos que cursan en esta Corporación, son los siguientes:

MAGISTRADO	CORREO
ANGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS	rdoc01tadmtol@cendoj.ramajudicial.gov.co
JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO	rdoc02tadmtol@cendoj.ramajudicial.gov.co
LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ	rdoc03tadmtol@cendoj.ramajudicial.gov.co

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Visto en el índice 6 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.

⁵⁰ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.



Pese a lo anterior, el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima rindió informe el 2 de mayo de 2022 vía correo electrónico⁵¹ y, en dicha oportunidad, no manifestó la inconformidad que ahora invoca en el escrito de impugnación, esto es, que se había notificado indebidamente el auto que admitió la tutela. Lo mismo ocurre en relación con la señora Diana

María Barrios Murillo, dado que, en la misma fecha, allegó informe a este proceso de tutela y no expuso lo que ahora alega en sede de impugnación. Cabe agregar que, en los informes rendidos, tampoco se puso de presente la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción por no conocer el escrito de amparo, tal como se manifestó en las correspondientes impugnaciones.

Así las cosas, la Sala rechazará la nulidad formulada por el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima y la señora Diana María Barrios Murillo, en la medida en que, aunque no se anexó en la notificación del auto que admitió la tutela el escrito de amparo presentado por el actor, se tiene que los interesados rindieron informe en oportunidad, sin manifestar la irregularidad que en sede de impugnación alegan, por lo que la pretendida nulidad quedó saneada, de acuerdo con lo establecido por el numeral 1 del artículo 136 del Código General del Proceso.

Superado lo anterior, la Sala analizará los reparos formulados contra el fallo de primera instancia, consistentes en que no está cumplido el requisito de subsidiariedad y que la desvinculación de la señora Barrios Murillo supone el desconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada.

Para resolver los reparos de los impugnantes, la Sala estima pertinente pronunciarse sobre: (i) el requisito de subsidiariedad respecto de los actos administrativos proferidos en el marco de un concurso de méritos; (ii) el derecho fundamental de acceso a cargos públicos y el derecho al trabajo;

⁵¹ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 73001 2333 000 2022 00181 00.



(iii) la protección constitucional a la mujer embarazada que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera en el que debe ser designado el primero de la lista de elegibles, y (iv) las conclusiones del caso concreto.

(i) El requisito de subsidiariedad respecto de los actos administrativos proferidos en el marco de un concurso de méritos

En este caso, uno de los reparos formulados por los impugnantes consiste en que la tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad por cuanto el actor interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022 expedida por el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima, el cual fue concedido ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué – Sala Penal, y afirmaron que aún no ha sido resuelto.

Para determinar si está cumplido el requisito de subsidiariedad, la Sala advierte lo siguiente:

(i) El hecho que el actor estima le está vulnerando sus derechos fundamentales se concreta en la expedición de la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima se abstuvo de nombrar en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito en la vacante existente en dicho despacho.

Está acreditado que el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del mencionado acto.

(ii) A través de la Resolución nro. 006 del 25 de marzo de 2022, el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima dispuso no reponer la decisión y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Sala Penal.

(iii) Aunque para la fecha en la que se presentaron los escritos de impugnación, no había sido resuelto el citado recurso de apelación, se tiene que, éste no era procedente y, además, se observa que fue resuelto



el 2 de junio de 2022 por la Sala Plena del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, así⁵²:

"[...] PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación incoado por el señor FERNANDO EDUARDO ANDRÉS ARMEL GAYÓN, contra la resolución número 004 del 8 de febrero de 2022, proferida por el señor Juez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, conforme a las consideraciones dadas en precedencia.

***SEGUNDO:** Contra esta decisión no procede recurso alguno [...]"*

El Tribunal manifestó que el recurso de apelación no era procedente con fundamento en lo siguiente:

"[...] 1.- Sea lo primero poner de presente que, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 20 numeral 5º, 171, 173 y numeral 2º del 175 de la Ley 270 de 1996, y artículos 4 y 29 del Acuerdo nro. PCSJA17- 10715 del 25 de julio de 201 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Plena de esta Corporación Judicial es competente por los factores funcional, objetivo y territorial, para conocer del recurso de alzada, respecto a los actos administrativos proferidos en un trámite disciplinario o de calificación de servicios.

2.- Visto lo anterior, y como lo que se cuestiona es la resolución número 004 del 8 de febrero de 2022 por medio de la cual el señor Juez Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento del Guamo Tolima, se abstuvo de nombrar en propiedad en el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador de ese Despacho al señor FERNANDO EDUARDO ANDRÉS ARMEL GAYÓN; decisión emanada del funcionario nominador en su condición de autoridad administrativa autónoma, que, legalmente carece de superior jerárquico administrativo que revise aquella determinación. Así las cosas, el recurso de opugnación no ha debido otorgarse.

3.- Corolario de lo argumentado, se declarará improcedente el recurso de apelación concedido, por cuanto no se está en presencia de un acto administrativo proferido en un trámite disciplinario o de calificación de servicios [...]"

⁵² Acorde con la información enviada por correo electrónico por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, después de consulta que hizo el despacho del magistrado ponente de la presente decisión.



En consecuencia, no le asiste razón a los impugnantes cuando argumentan que la tutela es improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad, dado que el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022 no era procedente tal como lo sostuvo la sala plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué; por lo que, dicho recurso no constituía un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales.

De otro lado, aunque no fue alegado por los impugnantes, la Sala reitera que el hecho que presuntamente le está vulnerando los derechos fundamentales al actor se circunscribe a la expedición de la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima se abstuvo de nombrarlo en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito en la vacante existente en dicho despacho, por lo que, en principio, el accionante podría controvertir la legalidad del acto a través de los medios de control previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo e incluso solicitar el decreto de las medidas cautelares que considere pertinentes.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en asuntos similares al aquí examinado, ha señalado que la tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales, así⁵³:

"[...] 3.3.4. Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual "procede de manera excepcional para

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T – 340 del 21 de agosto de 2020. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.



el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección". El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las

diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: "el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias" al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

"Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento (...)"



"Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que [,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico (...)"

"Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución (...)"

(...)

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria



de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019.

Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos, en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:

[...]”.

En otra oportunidad, la Corte Constitucional examinó el caso de un ciudadano que, aunque ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado por la Corte Suprema de Justicia; al respecto analizó lo siguiente que, por su importancia, se transcribe *in extenso*⁵⁴:

“[...] Procedencia de la acción. Reiteración de jurisprudencia

3.- Uno de los argumentos para denegar el amparo consiste en que el actor puede controvertir la decisión de la Corte Suprema de Justicia ante la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa. Y esta facultad, según el ad-quem, torna improcedente el amparo.

Pues bien, aún cuando esa apreciación parece acertada, lo cierto es que esta Corporación ha señalado en forma reiterada que la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo para exigir que quienes ocupan los primeros lugares en los concursos de méritos accedan a los cargos que aspiraron, todo ello en defensa del derecho a la igualdad. Así, en la sentencia T-624 de 2000 la Corte debió revisar el fallo proferido dentro de una acción de tutela interpuesta contra el Consejo Superior de la Judicatura y sobre este punto específico señaló:

“El apoderado de la coadyuvante manifiesta que la acción es improcedente, por cuanto los derechos reclamados por la actora son de carácter legal y pueden ser reivindicados a través de recursos ordinarios. Sin embargo, en repetidas providencias, la Corte Constitucional ha expresado que el

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU – 613 del 6 de agosto de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.



recurso de amparo es procedente - e incluso constituye la vía judicial principal - cuando se trata de exigir que en los nombramientos que realicen las entidades estatales para cargos de carrera administrativa se respeten los resultados de las oposiciones, de manera tal que las personas que ocupen los primeros lugares en los mencionados concursos de méritos sean las que reciban las designaciones, todo ello en desarrollo del principio de igualdad que debe regir estas materias”.

Así mismo la Sentencia SU-086 de 1999, en cuya oportunidad la Corte analizó varias solicitudes de tutela presentadas con fundamento en hechos similares a los que ahora ocupan la atención

de la Sala, precisó que ni la acción electoral ni la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son las herramientas adecuadas para garantizar la plena aplicación del artículo 125 de la Carta, ni la protección de los derechos al trabajo, la igualdad, el debido proceso y la posibilidad de acceder a cargos y funciones públicas. Dijo entonces la Corte:

(...)

Esta posición fue también reiterada en la sentencia T-451 de 2001, donde la Corte explicó que el perjuicio irremediable está dado por la imposibilidad permanente en que se mantiene la persona para decidir qué cargo prefiere y a cual puede vincularse.

4.- Por todo lo anterior, la Corte considera que existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos [...]”.

Sobre este punto, cabe recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que en los casos en que existen otros medios



de defensa judicial se presentan dos excepciones que hace procedente la acción de tutela⁵⁵:

"[...] 13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

*(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y,*

*(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

14. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto, sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

15. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: "[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado".

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T - 375 del 17 de septiembre de 2018. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.



16. *Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.*

De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos [...]". [Negrillas en la providencia]

De acuerdo con la jurisprudencia citada, la Sala concluye que, en este caso, la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior, debido a que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para este asunto, no resulta ser idóneo y eficaz para garantizar el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; en primer lugar, porque el señor Armel Gayón está de primero en la lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de oficial mayor o sustanciador en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, luego del desistimiento hecho por los ciudadanos que ocupaban el primer y segundo lugar, a lo que se acota que en la tutela ninguna de las partes o vinculados controversió el derecho del accionante a ocupar el cargo; lo que se discute es si el actor debe esperar a que la señora Barrios Murillo finalice la licencia de maternidad para ser nombrado en propiedad, asunto que, sin lugar a duda, no da espera.

Adicionalmente y en concordancia con lo dicho, la inconformidad del accionante, que estima vulnera los derechos fundamentales, radica en que no será nombrado hasta que finalice el período de licencia de maternidad de la señora Diana María Barrios Murillo, por lo que, una vez cumplida la licencia, no sería necesaria la protección que reclama por vía



de tutela. En otras palabras, cuando se resuelva la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la licencia de maternidad ya se habría cumplido.

Por último, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la controversia aquí planteada es de naturaleza constitucional, comoquiera que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública, razón por la que se requiere una decisión pronta y eficaz que garantice no solo los derechos fundamentales del actor, sino también de la señora Diana María Barrios Murillo, quien ocupa el cargo de oficial mayor en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo en provisionalidad y se encuentra en embarazo.

No sobra advertir que, los impugnantes alegan que el actor no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela; sin embargo, la Sala considera que no les asiste razón, por cuanto como quedó visto, en este caso, la tutela procede como un mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales al constatar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es idóneo ni eficaz. Además, se recuerda que acorde con la jurisprudencia constitucional citada en precedencia, el perjuicio irremediable debe acreditarse en los eventos en los que el amparo procede de manera transitoria, lo que no ocurre en esta acción.

Examinado el requisito de subsidiariedad, la Sala estudiará de fondo el reparo de los impugnantes consistente en que la desvinculación de la señora Barrios Murillo desconoce la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y para ello se detendrá, como se anunció, en el derecho fundamental de acceso a cargos públicos y el derecho al trabajo; luego, en la protección constitucional a la mujer embarazada que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera en el que debe ser designado el primero de la lista de elegibles, para finalmente abordar las conclusiones del caso concreto.



(ii) El derecho fundamental de acceso a cargos públicos y el derecho al trabajo

El artículo 125 de la Constitución Política establece el régimen de carrera administrativa para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, salvo algunas excepciones como los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajos oficiales, y los demás que determine la ley⁵⁶.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que el propósito de esta norma *"es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan al mérito, conforme a criterios reglados y no a la discrecionalidad del nominador. De acuerdo con esta disposición, la Corte ha sostenido que la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos, adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, el cual puede ser exigible frente a la Administración como a los funcionarios públicos que se encuentran desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad"*⁵⁷.

A su turno, el derecho de acceso a cargos públicos está previsto en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política y desde sus inicios la jurisprudencia constitucional le reconoció el carácter de fundamental⁵⁸. Asimismo, ha explicado que el alcance de este derecho *"debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser*

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-464 del 8 de octubre de 2019. M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-464 del 8 de octubre de 2019. M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia T - 003 del 11 de mayo de 1992. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.



desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”⁵⁹.

Sobre el ámbito de protección del derecho fundamental de acceso a cargos públicos, en la sentencia SU – 339 de 2019, la Corte Constitucional señaló⁶⁰:

“[...] La Corte Constitucional ha hecho referencia a sus distintas dimensiones, así ha señalado que frente al nivel abstracto -propio de los juicios de control de constitucionalidad-, interesa determinar si las restricciones, limitaciones o condiciones de acceso a los cargos públicos son proporcionados. Por su parte, en sede de tutela corresponde en principio, establecer si en el caso concreto, a una persona le ha sido desconocido un derecho subjetivo de acceso a un cargo público determinado. En tales juicios, prima facie no resulta suficiente la norma constitucional, sino que ésta ha de ser completada por disposiciones legales relativas al cumplimiento de condiciones para el acceso al cargo y su permanencia.

Igualmente la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público [...]”.

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que *“cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público, se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental. No obstante, en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de*

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU – 544 del 24 de mayo de 2001. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁰ M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.



*que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley*⁶¹.

También ha sostenido que, para el ejercicio efectivo del derecho de acceso a cargos públicos, es necesario *"la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y*

*la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades*⁶².

Por último, frente a la relación que existe entre el derecho al trabajo y el acceso a los cargos públicos, la Corte Constitucional ha señalado⁶³:

"[...] 2.3.2. Respecto del derecho al trabajo en relación con el acceso a los cargos públicos, ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho de ser nombrado; en este sentido, a la posibilidad de acceder a un empleo se suma la garantía del deber estatal de impedir que terceros restrinjan dicha opción. Al tratar esta materia en sentencia T-625 de 2000, el Tribunal Constitucional indicó:

"La vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima".

De lo anterior se vislumbra que la persona que supera las pruebas del concurso público de méritos se convierte en el titular del derecho al trabajo, y, por ende, tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, pues sólo en este momento el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del ganador.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia T – 257 del 29 de marzo de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T – 257 del 29 de marzo de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T – 257 del 29 de marzo de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



En síntesis, el derecho de acceder a cargos públicos está ligado a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de presentarse a concursar una vez haya cumplido los requisitos previstos en la respectiva convocatoria. Por su parte, el derecho al trabajo, en las situaciones de acceso a cargos públicos se materializa cuando se crea en el titular el nacimiento del derecho subjetivo, es decir, cuando en virtud del mérito y la capacidad del aspirante obtiene el mejor puntaje, de lo cual se sigue o deviene su nombramiento y posesión [...]”.

(iii) Protección constitucional a la mujer embarazada que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera en el que debe ser designado el primero de la lista de elegibles

En la sentencia SU – 070 del 13 de febrero de 2013⁶⁴, la Corte Constitucional explicó el alcance de la protección reforzada a la maternidad en los eventos en los que la mujer embarazada ocupa en provisionalidad un cargo de carrera en el que debe ser designado el primero de la lista de elegibles, tal como ocurre en este caso, así:

"[...] 7. Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia [...]”.

Lo anterior, debido a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que, frente a los ciudadanos nombrados en provisionalidad en

⁶⁴ M.P.: Alexei Julio Estrada.



cargos de carrera, prevalece los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos⁶⁵:

"[...] Los nombramientos en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo, no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho.

Sin embargo, en relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad, nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las

condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial.

No es posible entonces, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, crear un privilegio que le permite a los empleados públicos nombrados en provisionalidad permanecer en sus empleos de manera indefinida, disfrutando de las prerrogativas de los funcionarios de carrera que no le son reconocidas a otros empleados y ciudadanos que aspiran a vincularse con la administración pública. Mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozan indefinidamente de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito [...]"

En ese sentido, se tiene que, frente a este tipo de asuntos, debe nombrarse en propiedad a los ciudadanos que hayan superado satisfactoriamente un concurso de méritos, pero no puede pasarse por alto que la mujer embarazada que ocupa el cargo en provisionalidad es sujeto de especial protección y, por tanto, para garantizar los derechos

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 640 de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa.



de la mujer, la Corte Constitucional, en la referida sentencia SU – 070 de 2013, indicó que era procedente *"pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad"*.

Por último, cabe anotar que en la sentencia T – 353 de 2016⁶⁶ se indicó en qué eventos no es procedente ordenar el reintegro de la mujer embarazada:

"[...] 3.9. Así que una de las medidas de protección del fuero de maternidad es el reintegro o renovación del contrato. No obstante, en el evento de que dichas medidas se tornen imposibles desde el punto de vista fáctico, es procedente la medida de protección sustitutiva, es decir, "el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento en que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad". Por esto la Corte ha establecido ciertos casos en que la medida de reintegro no procede:

- 1) *Cuando la empresa se ha liquidado o está en proceso de extinción la persona jurídica que la sustenta.*
- 2) *Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba, ha sido provisto por concurso de méritos.*
- 3) *Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión y,*
- 4) *Cuando la existencia de la relación laboral entre la mujer gestante y empleador dependía íntimamente de la subsistencia de un contrato previo celebrado por el empleador" [...]"*. [Se destaca]

(iv) Conclusiones del caso concreto

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional señalada en precedencia, cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar

⁶⁶ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.



un cargo público, es posible considerar que existe una amenaza al derecho fundamental de acceso a cargos públicos. Lo anterior, si se tiene en cuenta que quien supera satisfactoriamente las etapas de un concurso de méritos adquiere el derecho subjetivo de ser nombrado en el cargo para el cual participó; además, como quedó visto, el ámbito de protección del derecho fundamental de acceso a cargos públicos comprende la posesión de las personas que han cumplido los requisitos para acceder al empleo público y también se indicó que la Corte Constitucional ha reconocido que el ejercicio efectivo de este derecho supone la concurrencia del acto de nombramiento y posesión.

Bajo dicho contexto, se advierte que, en este caso, no se debate si al señor Armel Gayón le asiste o no el derecho a ser nombrado en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, sino si su nombramiento se debe o no postergar hasta que se cumpla la licencia de maternidad de la señora Barrios Murillo.

Frente a este tipo de asuntos, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en indicar que, cuando una mujer embarazada ocupa un cargo en provisionalidad, debe efectuarse el nombramiento en propiedad con la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles y, como medida de protección a la maternidad, es procedente ordenar el pago de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

Por lo expuesto, la Sala modificará el numeral primero del fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el que dispuso el amparo del derecho fundamental al debido proceso del actor, para, en su lugar, amparar el derecho fundamental de acceso a cargos públicos, dado que fue éste el derecho que resultó comprometido con la decisión del Juez Penal del Circuito del Guamo de postergar el nombramiento en propiedad hasta que finalice la licencia de maternidad de la señora Barrios Murillo.



En consecuencia de lo anterior, la Sala confirmará el numeral segundo del fallo de tutela, en el que se ordenó al *"titular del Juzgado Penal del Circuito del Guamo (Tolima), en su condición de nominador, que dentro de los dos días siguientes a la notificación de esta sentencia proceda a efectuar el nombramiento del señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón, en el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador de Juzgado de Circuito que se encuentra vacante en su juzgado"*, puesto que se trata de la medida de protección que garantiza y protege el derecho fundamental de acceso a cargos públicos.

Por último, la Sala confirmará el numeral tercero del fallo de tutela, que ordenó *"a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Tolima, que, una vez producida la desvinculación del cargo, de la señora Diana María Barrios Murillo, reconozca y pague a su favor, de manera ininterrumpida los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondientes al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, y hasta tres meses después del parto, con el fin de que el sistema le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad, así como la prestación integral del servicio de salud que requiera tanto ella como su hijo que está por nacer"*, toda vez que le garantiza a la señora Barrios Murillo el pago de la licencia de maternidad, lo que se acompasa con la regla fijada en la sentencia SU – 070 del 13 de febrero de 2013⁶⁷ de la Corte Constitucional y se observa que el *a quo* fundamentó esta orden en el fallo de tutela proferido el 1 de junio de 2017 por la Sección Quinta de Consejo de Estado, por lo demás, se advierte que esta orden no fue impugnada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Tolima.

De otro lado, se advierte que no es procedente acceder a la solicitud de la señora Barrios Murillo consistente en que se le reconozcan los salarios y las prestaciones sociales *"dejados de percibir desde el momento de la desvinculación del cargo de oficial mayor del despacho judicial accionado,*

⁶⁷ M.P.: Alexei Julio Estrada.



y tres meses más”, por cuanto la regla jurisprudencial fijada para estos casos por la Corte Constitucional es que se ordene el pago de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad.

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

F A L L A

PRIMERO: RECHAZAR las solicitudes de nulidad formuladas por el Juez Penal del Circuito del Guamo y de la señora Diana María Barrios Murillo, de acuerdo con lo señalado en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero del fallo proferido el 9 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima, el cual quedará así:

"[...] PRIMERO: AMPARAR, el derecho fundamental de acceso a cargos públicos del señor Fernando Eduardo Andrés Armel Gayón, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima, acorde con lo explicado.

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

QUINTO: ORDENAR a la Secretaría, que envíe el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término legal.



Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
LÓPEZ**

Presidente
Estado
Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO

Consejero de

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
SÁNCHEZ**

de Estado

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ

Consejero

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.