



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-010-2022-00017-01
Accionante	PAOLA ANDREA SERNA TOBIAS, MARINA DEL SOCORRO VILLAMIL CUELLO y RAFAEL EDUARDO JIMÉNEZ BAUTISTA
Accionado	DISTRITO DE CARTAGENA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
Tema	<i>Se confirma la sentencia de primera instancia, se evidencia vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes, por parte del Distrito de Cartagena – No se configura el fenómeno de cosa juzgada y de temeridad</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por los vinculados, Fredy Fontalvo, Cielo Patricia Otero y Juan Carlos Arellano¹, la Alcaldía Mayor de Cartagena² y la vinculada Betty Peña Marimon³ contra la sentencia de fecha nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022)⁴, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió amparar los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital de los accionantes.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones⁵.

En ejercicio de la acción de tutela, los accionantes, elevaron las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES:

Pedimos ordene al Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias, que por habernos desvinculado en cumplimiento de una sentencia de tutela revocada íntegramente en segunda instancia, en el término de 48 horas nos restablezca en los siguientes cargos: PAOLA SERNA TOBIAS Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43 de la Comuna No 13 (Ternerá); MARINA VILLAMIL CUELLO Inspector de Policía Urbano Código 233,

¹ Fols. 514 – 518 Exp. Digital.

² Fols. 555 - 556 Exp. Digital.

³ Fols. 559 – 572 Exp. Digital.

⁴ Fols. 476 – 497 Exp. Digital.

⁵ Fol. 1 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Grado 43 de la Comuna No 14 (Ciudadela 2000), RAFAEL JIMENEZ BAUTISTA Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43, en la Inspección de Policía No 1 Permanente.

Que por tener los accionantes gravemente afectado nuestro mínimo vital, en el mismo término de 48 horas nos pague los salarios y prestaciones sociales causados desde el momento en que nos desvinculó en cumplimiento de fallo de tutela de primera instancia revocado íntegramente en segunda instancia, hasta la fecha en la que nos restablezca en nuestros cargos."

3.2 Hechos⁶.

Como sustento de sus pretensiones, la parte accionante expone los siguientes argumentos:

Manifestaron que, fueron nombrados en el cargo de INSPECTORES DE POLICÍA urbano, código 233, grado 43. Que la única fuente de ingreso con la que cuentan es el salario recibido por el mencionado cargo.

Señalaron que, son sujetos de especial protección constitucional, ya que, en el caso de la señora Paola Serna, es madre cabeza de hogar, y tiene a su cargo a su hijo y a sus padres, estos últimos con avanzada edad y padecen de diversas enfermedades por lo que carecen de recursos propios para su subsistencia. En el caso de la señora Marina Villamil, es madre cabeza de hogar, quien tiene a su cargo a sus hijas, de 5 y 9 años de edad y a su madre, de 73 años y que carece de recursos propios para su subsistencia. Finalmente, el señor Rafael Jiménez, quien es padre cabeza de hogar, tiene a su cargo a su esposa, quien se encuentra en tratamiento Post-Covid y no percibe recursos propios para su subsistencia, asimismo, tiene a su cargo a su hija de 25 años y a su nieta de 4 años de edad.

Indicaron que, la señora Liry Múnera, promovió una acción de tutela, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Cartagena de Indias, en cuyo fallo se tutelaron los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al acceso al empleo público a través del mérito, de la misma forma, se ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que, en un término no superior a 8 días, desde la notificación del fallo, se proceda a autorizar la provisión de 4 vacantes correspondientes al cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233 Grado 43 de la Alcaldía de Cartagena, haciendo uso de la lista de elegibles y se ordenó a la esta última, que una vez cumplido lo anterior, en un término no mayor a 72 horas, se nombre a quienes se encuentran en turno en la lista de elegibles actualmente. Expusieron que, en cumplimiento de este fallo, fueron desvinculados de sus cargos por el Distrito, a través de los Decretos No. 0920, 0921 y 0923 del 23 de agosto de 2021.

⁶ Fols. 1 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Apuntaron que, la anterior sentencia fue impugnada, por lo que el Tribunal Superior de Cartagena – Sala Penal, mediante Acta de Aprobación No. 161 del 13 de septiembre de 2021, declaró la nulidad de todo lo actuado en primera instancia, en consecuencia, el 20 de septiembre de la misma anualidad, fueron nuevamente vinculados a sus cargos mediante los Decretos No. 1035, 1036 y 1037.

Explicaron que, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Cartagena de Indias, profirió sentencia de primera instancia, en los mismos términos de la sentencia anulada, razón por la cual, el Distrito los volvió a desvincular de sus cargos a través de los Decretos No. 1129, 1130 y 1131 del 12 de octubre de 2021. Posteriormente, el Tribunal Superior de Cartagena - Sala Penal, mediante sentencia judicial aprobada en el Acta No. 204 del 16 de noviembre de 2021, revocó la sentencia del 28 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado, que amparó los derechos fundamentales alegados por la señora Liry Múnera Cabrera.

Más adelante, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 30 de noviembre de 2021, aprobado mediante Acta No. 214, resolvió corregir el numeral primero del fallo de tutela proferido el 16 de noviembre de la misma anualidad, pues la sentencia de primera instancia fue proferida el 29 de septiembre de 2021; asimismo, negó la solicitud de nulidad de fallo presentada por el apoderado de las señoras Liry Luz Múnera Cabrera, Margarita Judith Pastrana Correa y Diana María Sumosa Ortega; negó la solicitud de adición presentada por las antes mencionadas y la solicitud de aclaración presentada por la señora Marina Villamil Cuello.

Los actores informaron que, debido a la revocatoria de la sentencia de primera instancia que los desvinculó de sus cargos, presentaron memorial ante la Oficina de Talento Humano del Distrito solicitando su reintegro, pero hasta la fecha de la presentación de esta acción, no se ha emitido acto administrativo restableciéndolos en sus cargos, por lo que se ve gravemente afectado su derecho fundamental al mínimo vital y el de las personas a su cargo, por lo que la acción de tutela es el único medio con que cuentan para la protección oportuna y efectiva de sus derechos.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL⁷

Mediante informe allegado el día 31 de enero de 2022, la entidad mencionada solicitó que se declarara la improcedencia de la acción debido a que no ha existido vulneración por parte de esta entidad, de los derechos fundamentales alegados por los accionantes.

⁷ Fols. 354 – 376 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Manifestó que, su competencia institucional se limita a la expedición y firmeza de listas de elegibles de conformidad con las etapas del proceso de selección, reguladas por los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 14 a 16 del Decreto Ley 760 de 2005, por lo que la presente acción es improcedente contra la Comisión Nacional del Servicio Civil ya que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia, no vulnera los derechos que reclaman los accionantes; lo anterior, al margen de que sea procedente frente a las demás autoridades implicadas.

Indicó que, la Corte Constitucional ha enfatizado sobre la garantía de la estabilidad laboral a favor de personas en condición de prepensión, madre o padre cabeza de familia o discapacitados, y que se encuentran ejerciendo mediante nombramiento provisional un empleo de carrera que ha sido ofertado en un concurso público de méritos. Mencionó que, este alto Tribunal, en sentencia T-373 de 2017, dispuso entre otras cosas que, frente a estas personas de especial protección se debe tener un trato preferencial, por lo que, antes de nombrar a quienes superaron el concurso de mérito, estos deben ser los últimos en ser removidos de sus cargos y de no ser posible, deben ser vinculados nuevamente de forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando. Asimismo, señaló que, es obligación de la administración evaluar cada caso en concreto, sus circunstancias particulares y normas aplicables para proteger los derechos del prepreñado, madre o padre cabeza de familia y discapacitado, así como garantizar el acceso al empleo público del elegible.

Advirtió que, por lo anterior, a esta entidad no le corresponde excluir de la convocatoria empleos o vacantes en los que se puedan encontrar sujetos de especial protección constitucional, debido a esto, se desvirtúa lo solicitado por los accionantes en la presente acción.

Sobre la legalidad del proceso de selección, informó que, los concursos mediante los cuales se proveen los empleos públicos serán abiertos para quienes acrediten los requisitos exigidos para su desempeño y la CNSC, se encarga de administrar la carrera administrativa y de adelantar los procesos de selección. Posteriormente, esbozó las etapas del proceso de planeación surtidas por la Alcaldía de Cartagena, alertando que, el mismo obedece al cumplimiento de etapas y reglas claras por lo que no es dable señalar la ilegalidad del proceso mediante afirmaciones sin prueba en contrario.

Expuso que, la CNSC expidió las Resoluciones por las cuales se conforman y adoptan las listas de Elegibles del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía, Proceso de Selección No. 771 de 2018, entre esas listas, fue expedida la No. 20202210102485 del 14 de octubre de 2020 que conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer 11 vacantes definitiva para el empleo de Inspector De Policía Urbano Categoría Especial Y 1ª



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Categoría, Código 233, Grado 37, la cual fue comunicada a la entidad para que emitiera el correspondiente nombramiento en periodo de prueba.

Frente a la vulneración del debido proceso, señaló que, tanto la CNSC y la Universidad Libre, han sido garantes del debido proceso administrativo de todos los participantes en el Proceso de Selección. En este aparte, explicó el estado de los tutelantes en la Convocatoria realizada y los puntajes obtenidos en las etapas de esta; con respecto a la señora Paola Serna y el señor Rafael Jiménez, resaltó que ambos, en su momento, hicieron uso de su derecho a presentar reclamación, por su parte, sobre la señora Marina Villamil, manifestó que, esta no se presentó en ninguno de los empleos ofertados. Por lo anterior, estimó que se les han garantizado los derechos de defensa y contradicción, además, enfatizó en que los tutelantes no han probado el perjuicio irremediable, pues han gozado de las mismas oportunidades que los demás participantes del proceso de selección, por lo que la presunta desvinculación del cargo que venían desempeñando en provisionalidad, no se puede considerar daño irremediable.

Resaltó que, la CNSC no dispone de competencia en materia de administración de planta de personal, ni de nombramiento en periodo de prueba de los elegibles, su competencia solo se limita a las fases de convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas y conformación de listas de elegibles. En el caso de los empleados provisionales que se encuentren en situaciones especiales, enfatizó en que, independientemente de que estas se encuentren vinculadas, el ente nominador tiene la obligación de nombrar y posesionar a quien en merito obtuvo su derecho prevalente, sin embargo, el acto administrativo de desvinculación no puede ser arbitrario, debe estar debidamente motivado y de ser posible, la entidad debe emprender medidas afirmativas en favor del desvinculado que se encuentre en condiciones especiales.

Finalmente, adujo que, la acción de tutela es un medio residual y subsidiario, por lo que la presente resulta improcedente, toda vez que lo que pretenden los accionantes es intentar por un medio jurídico no idóneo, permanecer en sus empleos, además, abstenerse a la desvinculación o reintegro, iría en contra de lo establecido en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y del Acuerdo de Convocatoria, asimismo, obstruiría la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, como la provisión de los empleos públicos por mérito, violando de esta manera, el derecho constitucional al mérito de quienes están en posición de elegibilidad.



3.3.2. VINCULADA BETTY PEÑA MARIMÓN.⁸

Mediante informe allegado el 01 de febrero de 2022, la vinculada manifestó que, de acuerdo a los artículos 2.2.5.4.7 y 2.2.5.41 del Decreto 1083 de 2015, los empleados pueden ser encargados para asumir de forma parcial o total las funciones de otro empleo de carrera vacante de manera temporal o definitiva, desvinculándose o no de las funciones propias a su cargo.

Explicó que, en la planta de personal de la Alcaldía de Cartagena, habían 4 vacantes definitivas en el empleo de carrera de Inspector de Policía Urbano Grado 233 Código 43, los cuales debían ser provistos, por lo que debido a la revocatoria de la decisión judicial, emitida el 30 de noviembre de 2021, por la Sala Penal del Tribunal Superior, la Alcaldía estaba en la obligación de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa y en ese sentido, respetar los derechos de los empleados de carrera que cumplieron los requisitos para ocupar de manera temporal los empleos de Inspector de Policía Urbano Grado 233 Código 43, mientras se realiza el concurso de mérito, por esta razón, una vez surtidos todos los trámites pertinentes, el director Administrativo de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, efectuó encargo en el mencionado empleo a la señora Betty Peña Marimón.

3.3.3. ALCALDÍA DE CARTAGENA.⁹

Mediante contestación allegada el 02 de febrero de 2022, la entidad accionada solicitó que, se negara la presente acción de tutela por inexistencia de la vulneración del derecho a la petición reclamada por la parte accionante.

Manifestó que, por motivos de competencia funcional, la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Cartagena, trasladó el auto admisorio de la presente acción a la Dirección Administrativa de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, para que rindiera informe y se pronunciara frente a la situación que originó la presentación de esta tutela, es por esto que, mediante Oficio AMC-OFI-0008035-2022, informó lo siguiente:

Estimó que, la Alcaldía de Cartagena no ha vulnerado los derechos alegados por los accionantes, además, la presente acción resulta improcedente, toda vez que las actuaciones desplegadas por esta entidad se encuentran ajustadas a las reglas de la carrera administrativa, como se indicó en el derecho de petición presentado por la parte actora.

Expuso que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política y los artículos 23 y 24 de la Ley 909 de 2004, los empleos de carrera

⁸ Fols. 426 – 427 Exp. Digital.

⁹ Fols. 429 – 450 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

administrativa, en periodo de prueba o en ascenso, deben ser provistos con las personas que hayan sido seleccionadas mediante concurso de mérito, por esto, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos del manual específico de funciones y requisitos, que se encuentre adoptado por la entidad, podrán ser designados en empleos de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y del período de prueba, sin embargo, por necesidad del servicio, las entidades del Estado pueden proveer los empleos de carrera de manera transitoria, ya sea por nombramiento encargo o nombramiento en provisionalidad, este último procederá de manera excepcional cuando no haya personal de carrera con requisitos para ser encargado o cuando no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. Sostuvo también que, el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad, debe efectuarse mediante acto administrativo motivado.

Frente al caso de los accionantes, una vez resumida la situación que dio pie a la presentación de esta acción, señaló que, la terminación del nombramiento provisional de los señores Paola Serna, Marina Villamil y Rafael Jiménez, en el empleo de Inspector de Policía Urbano Grado 233 Código 43, no obedeció a un acto deliberado o carente de motivación por parte de la administración Distrital, sino que, este proceder se encuentra justificado en el cumplimiento de la orden judicial emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, en la tutela de Radicado No. : 13-001- 31-07-001-2021-00055-00, pues debía terminar el nombramiento de los tutelantes, a fin de nombrar para la provisión de las 4 vacantes con la lista de elegibles. Advirtió que, los hoy actores, fueron vinculados al trámite de tutela antes mencionado, donde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena – Sala Penal, en el fallo de tutela de segunda instancia proferido el 16 de noviembre de 2021 y la aclaración del 30 de noviembre de 2021, resolvió de manera desfavorable la solicitud de vinculación inmediata a la planta de personal de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, formulada por los señores Paola Serna , Marina Villamil y Rafael Jiménez, lo que le permite establecer que los mencionados, ya ventilaron las mismas pretensiones ante otro operador judicial por lo que no es dado concederé el amparo.

Consideró que, los accionantes no tienen derechos de carrera administrativa sobre los cargos Inspector de Policía Urbano Grado 233 Código 43, ni se encuentran amparados por ninguna decisión judicial, por lo que debido a la revocatoria de la decisión judicial proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, la Administración Distrital estaba obligada a respetar los derechos de los empleados de carrera administrativa que cumplieran con los requisitos para ocupar, de manera temporal mediante nombramiento encargo, los empleos antes mencionados mientras se surte el concurso de méritos. De la misma forma, informó que, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, se impone unas restricciones en la nómina de las entidades públicas con ocasión a las elecciones a la



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Presidencia, Vicepresidencia y Congreso de la República, por esta razón, no se pueden hacer nombramientos en vacantes definitivas dentro de las plantas de cargos, a menos de que se trate de vacantes originadas por renuncia o muerte, lo que no sucede en el presente caso, siendo imposible realizar los nombramientos en provisionalidad de los tutelantes. Resaltó que, la Ley de Garantías Electorales, sí permite la realización de encargos con empleados que tengan el derecho de acceder a esta prerrogativa.

Frente a las condiciones de protección alegadas por la parte actora, la Dirección Administrativa de Talento Humano explicó que, los reclamantes no cumplen con los presupuestos para ser considerados padres de familia, pues esta calidad no debe sujetarse solo en afirmaciones, sino en pruebas que sustenten la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia, una vez dicho lo anterior, la accionada pasó a realizar un análisis de acuerdo a lo probado dentro del presente trámite y las situaciones particulares del presente caso, observando que, se encuentran probados los vínculos familiares de los tres accionantes, pero no se encuentra probado la sustracción de los padres de los menores frente a sus obligaciones alimentarias, o que estos se encuentran en incapacidad física, sensorial, síquica o mental de su pareja y también padre de sus hijos y que no cuentan con apoyo de los miembros de su familia, por lo que no se encuentran acreditados los requisitos para la procedencia de la aplicación de la estabilidad solicitada. De la misma forma, anotó que, no se han transgredido las disposiciones legales y constitucionales que atenten contra los derechos de los actores ya que su vinculación en provisionalidad estaba sujeta a la provisión definitiva del cargo, a través del concurso de mérito, como sucedió en su momento, asimismo, adujo que, la parte accionante no se encuentra inmersa en ninguna de las situaciones legales dentro de las que puedan ser reintegrados o reubicados en otro cargo; apuntó también que, la Alcaldía es autónoma en la forma de manejar su planta de personal.

Finalmente, resaltó que, la presente acción es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, ya que esto puede ser controvertido mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista un perjuicio irremediable, situación en la que el mencionado medio no puede ofrecer una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados. Concluyó que, la terminación del nombramiento en provisionalidad se debió a una situación constitucional, que independientemente de su revocatoria, no obliga, ni le quita autonomía a la alcaldía de manejar su planta de personal.

Una vez, el Distrito de Cartagena informó la contestación enviada por la Dirección Administrativa de Talento Humano, esta entidad procedió a exponer sus consideraciones en los siguientes términos:



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Estimó que, el retiro del servicio de los accionantes, se produce en cumplimiento de un deber constitucional establecido en el artículo 125 superior, en igual sentido, señaló que, el nombramiento en provisionalidad de los solicitantes, solo les otorgaba una estabilidad laboral relativa que se encontraba sujeta a que no se presente una situación tal como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.

De la misma forma, explicó que, la revocatoria del fallo de primera instancia, en el cual se amparaba el derecho fundamental a la señora Liry Munera, no se sustentaba en la desvinculación de los hoy tutelantes, sino en que la solicitud de uso de la lista de elegibles fue resuelta de manera negativa, siendo la autorización de la CNSC un requisito sine qua non para que el nombramiento sea procedente, además, destacó que, en ninguna parte del fallo de segunda instancia, el Tribunal Superior de Bolívar – Sala Penal, hace referencia la desvinculación de los reclamantes o a su reintegración, por lo que la Alcaldía no se encontraba obligada por los fallos a vincularlos nuevamente, ni mucho menos a pagar sumas de dinero que a su juicio dejaron de percibir.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹⁰

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del nueve (09) de febrero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“FALLA

“PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital de los señores Paola Andrea Serna Tobías, Marina del Socorro Villamil Cuello y Rafael Eduardo Jiménez Bautista.

SEGUNDO: ORDENAR al Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho **(i) REINTEGRE** a los señores Paola Andrea Serna Tobías, Marina del Socorro Villamil Cuello y Rafael Eduardo Jiménez Bautista, a los cargos que desempeñaban antes de ser desvinculados con ocasión de la sentencia de tutela de fecha 29 de septiembre de 2021, revocada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial con providencia del 16 de noviembre de 2021, siempre y cuando dichos cargos no hayan sido provistos por concurso de méritos; y **(ii) les PAGUE** los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena - Sala de Decisión Penal el 16 de noviembre de 2021.”

El A-quo informó que, se evidencia la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes por parte del Distrito de Cartagena, al mantener la desvinculación de estos, pese a que desaparecieron las razones jurídicas que dieron lugar a su retiro, pues lo que motivó la expedición de los Actos Administrativos que terminaron los nombramientos en provisionalidad, fue la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, en ese sentido, una vez revocada dicha decisión por el Tribunal Superior del

¹⁰ Fols., 476 – 497 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Distrito Judicial de Cartagena, esas razones desaparecieron, por lo que actualmente, esa decisión carece de motivación.

Consideró que, la presente acción es procedente, ya que, si bien los accionantes no agotaron la vía ordinaria establecida, debido a que la regla general es que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues esto puede ser solicitado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esta regla cuenta con una excepción y es que los Actos Administrativos de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad deben tener motivación. La acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger de forma oportuna los derechos que se vean vulnerados por la ausencia de razones claras para terminar la provisionalidad¹¹.

Señaló que, la entidad accionada vulneró el debido proceso de los actores, puesto que al ocupar cargos en provisionalidad, tienen derecho a que el acto administrativo de desvinculación cuente con razones de hecho y de derecho que lo justifiquen, es por esto que el motivo de “provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de mérito respectivo”, no es válido cuando el motivo real es el fallo de primera instancia emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, que fue revocado. Del mismo modo, advirtió que, lo anterior desconoce otras normas de superior jerarquía tales como el respeto al Estado, al principio democrático y al principio de publicidad, ya que se trata de una garantía mínima de control de la arbitrariedad de la administración. Aunado a lo anterior, sostuvo que, es evidente una afectación al mínimo vital ya que, según lo dicho por los reclamantes, su vinculación con la administración era su única fuente de ingresos.

Resaltó que, de acuerdo a la Corte Constitucional, los funcionarios nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, por lo que, aunque pueden ser desvinculados, el acto administrativo que lo haga debe estar motivado a fin de garantizar el goce de sus derechos fundamentales, poder controvertir las razones y acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en caso de estar en desacuerdo con la motivación. Por todo lo anterior, concluyó que, los tutelantes deben ser reintegrados, hasta que se realice el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones justificadas.

3.5. IMPUGNACIÓN

3.5.1 IMPUGNACIÓN VINCULADOS¹²

¹¹ SU – 917 de 2010

¹² Fols. 514 – 518 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Mediante impugnación allegada el lunes 14 de febrero de 2022, los vinculados Cielo Patricia Otero, Juan Carlos Arellano y Fredy Fontalvo, solicitaron revocar el fallo de primera instancia, señalando lo siguiente:

Manifestaron que, la presente acción es improcedente ya que, el nombramiento en los cargos que hoy ostentan, es el resultado de un estudio minucioso y serio realizado por la Directora de Talento Humano de la Alcaldía de Cartagena, en cumplimiento de la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019. Explicaron que, son funcionarios adscritos a carrera administrativa desde 1995, cuando por concurso de méritos iniciaron su vida laboral en la Alcaldía, en el cargo de Inspectores de policía urbanos. Indicaron que, previo al estudio técnico realizado, cumplían con los requisitos para acceder a estos encargos, cumpliendo el proceso a cabalidad, de acuerdo a las directrices de la Dirección de Talento Humano.

Luego de referenciar lo establecido en los artículos 125 de la Constitución, 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, y lo establecido en el artículo 4 del CPACA, apuntó que en el Criterio Unificado Provisión de Empleos Públicos mediante Encargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 13 de diciembre de 2018, se señala el procedimiento para determinar que empleados tienen el derecho preferente a ser encargados en los empleos vacantes, una vez cumplan los requisitos establecidos, por esta razón, una vez se emitió el fallo del Tribunal en segunda instancia, la Dirección de Talento Humano, les comunicó la iniciación de la correspondiente procedimiento, a fin de ejercer su derecho como empleados de carrera, que una vez finalizado, la Dirección procedió a expedir los decretos mediante los cuales los encargaba de los empleos de vacantes de Inspectores de Policía Urbanos Código 233, Grado 43 y posesionándolos en los mismos.

Advierten que, el fallo de primera instancia desconoce la autonomía otorgada a la Alcaldía mediante el fallo del 30 de noviembre de 2021, proferido por la Honorable Sala Penal del Tribunal Superior, en el cual no se obliga a la Dirección que reintegre a los tutelantes en los cargos que venían ocupando.

Resaltaron la labor de la Dirección, al realizar el estudio técnico para proveer las 4 vacantes con funcionarios de carrera que tenían derechos adquiridos desde hace 25 años y que han demostrado cumplir con los requisitos para ser encargados, por esto, una vez proferido el fallo de segunda instancia del Tribunal, la Alcaldía da cumplimiento a las normas de carrera, cumpliendo y respetando los derechos de los empleados de carrera administrativa, quienes cumplen con los requisitos para ocupar los encargos del empleo de Inspector de Policía Urbano Grado 233 Código 43, lo que cambiará una vez se surta el concurso de méritos.

Frente al mínimo vital, apuntaron que esta solicitud no cumple con los requisitos exigidos, debido a que ninguno ha probado tener las circunstancias especiales



13-001-33-33-010-2022-00017-01

que se exige para que se configure esta situación. Expusieron que, de acuerdo a la jurisprudencia, no toda mujer ostenta la calidad de madre cabeza de familia, esto aplica también para los hombres que aleguen esta condición, la cual no debe sujetarse solo en afirmaciones, sino en pruebas que demuestren la existencia de los requisitos exigidos por la Corte para pretender esta calidad.

3.5.2 IMPUGNACIÓN DE LA VINCULADA BETTY PEÑA MARIMON¹³

La vinculada, mediante informe allegado el 15 de febrero de 2022, sustentó su impugnación en los mismos términos de la contestación presentada por la Alcaldía de Cartagena y la Dirección de Talento Humano en primera instancia, añadiendo que, la presente acción de tutela no cumple con el requisito de procedibilidad de subsidiariedad, sino que el juez constitucional suplantó la competencia del juez contencioso administrativo, por lo anterior, solicitó que se revocara el fallo de la acción de tutela de primera instancia ya que, no se han vulnerado los derechos fundamentales de la parte accionante.

3.5.3 DEFENSA DE LOS ACCIONANTES FRENTE A LA IMPUGNACIÓN PROMOVIDA POR TERCERO INTERESADOS Y ACCIONADO.¹⁴

Mediante informe allegado el 01 de marzo de 2022, los accionantes solicitaron que se confirme el fallo impugnado, considerando lo siguiente:

Sustentaron que, el asunto que ocupa esta acción es sui generis y de especial relevancia constitucional, esto debido a que en reiteradas jurisprudencias, la Corte ha dejado claro que la acción de tutela es el mecanismo procedente para obtener el reintegro a cargos de carrera administrativa ocupados en provisionalidad cuando el acto administrativo de desvinculación del empleo no se encuentra motivado, lo que no hace necesario la demostración de un perjuicio irremediable, ni acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, incluso es procedente de forma directa aun cuando la persona desvinculada ha promovido la mencionada acción. De la misma forma, advirtieron que, el presente asunto es sui generis ya que, no existe acto administrativo, ni siquiera presunto, para demandar por la vía ordinaria

Indicó que, la jurisprudencia constitucional deja claro la procedencia de la acción de tutela para el caso de desvinculación de un empleado en provisionalidad con acto administrativo sin motivación, pero no se ha pronunciado sobre los casos en que no existe acto administrativo, por lo que, siguiendo el principio de que lo accesorio accede a lo principal, al no haber siquiera acto administrativo para demandar, es más que evidente la procedencia de la acción como único mecanismo para lograr el reintegro.

¹³ Fols. 559 – 572 Exp. Digital.

¹⁴ Archivo Digital No. 30.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Resaltaron que, el Distrito emitió unos actos administrativos desvinculándolos de sus cargos ya que, así lo ordenaba un fallo judicial, pero un vez este fue revocado, el motivo de desvinculación perdió validez y no resulta posible demandar por vía ordinaria un acto administrativo que no tiene validez. Apuntaron que, en los actos administrativos con los cuales el Distrito encargó a los empleados de carrera en los cargos que, antes de que la sentencia fuera revocada, ocupaban los tutelantes, en ningún momento hace mención a estos pues para la entidad, esos empleos estaban vacantes.

Frente al perjuicio irremediable por afectación al mínimo vital, expusieron que las pruebas aportadas al proceso por parte de los reclamantes, evidencia la afectación de este derecho; también enfatizaron que, en asuntos como el presente, no es necesario acreditar el perjuicio irremediable para la procedencia de la acción, sin embargo, sí fue acreditada la afectación del mínimo vital en cada uno de los casos y en consecuencia, la existencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, refirieron que el Distrito manifestó que la situación de los actores ya fue debatida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, quien resolvió no atender la solicitud de reintegro, sin embargo, precisaron que en dicho proceso ellos no eran accionantes y por ende los derechos fundamentales que fueron estudiados en esa acción, no fueron los de ellos.

3.5.4 ALCALDÍA DE CARTAGENA¹⁵

Mediante informe allegado el 04 de marzo de 2022, la entidad accionada sustentó su impugnación, no sin antes dejar claro que impugnó el fallo mediante Oficio AMC-ADT-001350-2022, del 14 de febrero de la presente anualidad, quedando solo pendiente la sustentación.

3.5.4.1 CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO DE LA ALCALDÍA.¹⁶

Manifestó que, la Dirección Administrativa de talento Humano, mediante Oficio AMC-OFI-0013105-2022 informó frente a la actuación temeraria que, dentro de la parte considerativa del fallo del 30 de noviembre de 2021, emitido por el Tribunal Superior de Cartagena de Indias, el despacho resolvió negar la vinculación de los hoy accionantes debido a que la Alcaldía de Cartagena cuenta con autonomía para determinar la forma en que maneja su planta de personal, aún más, cuando no se observa acción u omisión de derecho fundamental alguno que faculte al juez constitucional la potestad nominadora que solo radica en dicha entidad. Por esta razón, la Dirección estima que los

¹⁵ Archivo Digital No. 31.

¹⁶ Fols. 25 – 41 Archivo Digital No. 31



13-001-33-33-010-2022-00017-01

accionantes ya ventilaron las mismas pretensiones ante otro operador judicial, por lo que no es dado conceder el amparo. Asimismo, señaló que, la manifestación del Tribunal es suficiente para la no vinculación de los accionantes que venían ocupando los cargos en provisionalidad, además, para la Administración es obligación utilizar las normas de carrera administrativa, las cuales implican llenar las vacantes con servidores que se encuentren inscritos en la carrera administrativa. Apuntó que, la cosa juzgada y la temeridad, pretenden evitar la presentación sucesiva y múltiple de las acciones de tutela, estos dos conceptos presentan diferencias, pero esto no es impedimento de que confluyan, por lo que el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto bajo su competencia.

Frente a la ausencia del requisito de subsidiariedad, la Dirección anotó que, la acción de tutela instaurada por los accionantes, no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que no concurren los presupuestos para que proceda este mecanismo; insistió que, la terminación del nombramiento en provisionalidad, se debió a una situación constitucional, que, aun siendo revocada, no le quita la autonomía al Distrito para manejar su planta de personal, estando obligado a vincular mediante encargo, a los funcionarios de carrera administrativa en los empleos vacantes que no pudieron ser llenados con lista de elegibles.

Expuso que, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo de defensa idóneo y eficaz para garantizar los derechos de los servidores públicos desvinculados de las entidades públicas, de forma igual o superior que la acción de tutela, ya que está dotado de herramientas propicias con las que incluso se pueden suspender los efectos de los actos administrativos. Resaltó que, los actores deben acudir a la vía ordinaria para reclamar cualquier derecho, de no hacerlo, deben probar la existencia de un perjuicio irremediable, lo que no se encuentra probado dentro del expediente. Además, enfatizó que, la Alcaldía cuenta con autonomía para determinar la forma en que maneja su planta de personal y la carrera administrativa, tiene sus propias reglas de cómo llenar vacantes cuando no hay lista de elegibles.

Añadió que, la Corte ha establecido que los actos administrativos de vinculación de estos empleados, podían ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable y en el presente caso, esto no ocurre. Advirtió que, los accionantes tenían la posibilidad de interponer demanda laboral administrativa, siendo este un mecanismo adecuado para debatir la supuesta vulneración, por lo que no solo desconoció el principio de subsidiariedad, sino que pretende anular también la competencia de los jueces. En ese sentido, señaló que el juez constitucional, suplantó la competencia del juez contencioso administrativo.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Frente al perjuicio irremediable, destacó que, no se demuestra acreditado dentro del plenario el perjuicio irremediable, por lo que no se cuenta con los requisitos para la procedencia de la acción de tutela.

Frente a las reglas de la carrera administrativa, una vez esbozó como fueron los nombramientos en las 4 vacantes y lo que establecen los artículos 125 de la Constitución y los artículos 23 y 24 de la Ley 909 de 2004, procedió a reiterar que, como nominador, tenía como primera opción y obligación, nombrar en encargo a quienes cumplan los requisitos de la ley y los establecidos en el manual específico de funciones que adopte la entidad, los que podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera. Expresó que, el nombramiento provisional procede de manera excepcional, cuando no haya empleados de carrera con requisitos para ser encargados o no haya lista de elegibles vigente que se pueda utilizar, hacer lo contrario, violaría los derechos de los servidores de carrera administrativa de la Alcaldía. Sostuvo que de acuerdo a la sentencia T-326 de 2014, el retiro de empleados nombrados en provisionalidad, se debe efectuar mediante acto administrativo motivado. Por último, manifestó que, las actuaciones desplegadas por esa entidad, estaban ajustadas a las reglas de carrera, como se le indicó a los accionantes en respuesta a la petición elevada por estos, mediante oficio AMC-OFI-0161810-2021.

Sobre el retiro del servicio de los accionantes, señaló que, los actos administrativos expedidos por la Dirección terminando el vínculo de laboral de los actores, están sustentados, están revestidos de legalidad, cuentan con plenos efectos y validez y no cambiaron con la decisión del Tribunal Superior, ya que ahí se les negó la vinculación y se reconoció la autonomía de la Alcaldía; advirtió que, el A-quo no puede declarar un decaimiento de estos actos, ya que estaría desbordando la competencia del juez constitucional e incursionando en la órbita del juez ordinario, sostiene que, la expedición de estos actos se circunscribe a circunstancias futura y se consolidan una vez surten efectos, por lo tanto, un decaimiento de los actos por parte del fallador, operaría hacia el futuro y sería un fenómeno que no afectaría su validez, ni contraría su presunción de legalidad, pues esto solo lo puede controvertir el juez competente. Resaltó que solo el juez ordinario dentro de un procedimiento de su naturaleza, puede controvertir el decaimiento de los actos administrativos y sus efectos, y no mediante la acción de tutela. Indicó que, los efectos de la nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal, no era el reintegro a los cargos que venían ocupando, sino un efecto de un trámite dentro de la tutela donde eran parte, distinto y definitivo fue la decisión del Tribunal superior que dejó sin efectos la decisión, la cual constituye una situación jurídica consolidada.

Apuntó que, el artículo 38 de la Ley de Garantía Electorales, impone restricciones a la nómina de las entidades públicas con ocasión a las elección



13-001-33-33-010-2022-00017-01

de Presidencia, Vicepresidencia y Congreso de la República, por esto, no se pueden hacer nombramientos en provisionalidad en vacantes definitivas dentro de las plantas de cargos, a menos que se trate de vacantes originadas por renuncia o muerte, por lo que al no existir orden judicial que ampare los derechos de los accionantes, y al no ocurrir algunas de las mencionadas circunstancias que permitan el nombramiento, no era posible realizar los nombramientos en provisionalidad de los tutelantes, pero la referida Ley, si deja la posibilidad de hacer nombramientos en encargo.

Frente a la legalidad de los actos administrativos de encargo, refirió que, ante la revocatoria hecha por el Tribunal Superior, Sala Penal, la Administración estaba en la obligación de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa y en ese sentido, respetar los derechos de los empleados de carrera que cumplieran con los requisitos para ocupar de forma temporal mediante nombramiento en encargo los 4 empleos de Inspector de Policía Urbano que se encontraban vacantes, mientras se surtiera el respectivo concurso de méritos. Por esta razón, estimó que los afectados son los empleados de carrera de la administración porque son quienes, ante la providencia del Juez Administrativo, acceder a un encargo en las vacantes a pesar del mérito que tienen.

Frente a los presupuestos para ser considerados padres de familia consideró que, el juez de primera instancia concede el derecho fundamental al mínimo vital de los accionantes, sin tener en cuenta los presupuestos para ser padre cabeza de familia, ya que de acuerdo a la jurisprudencia, no toda mujer u hombre puede ostentar la calidad de madre o padre cabeza de familia; expresó que la condición de madre o padre cabeza de familia no se debe sujetar solo en afirmaciones, sino en pruebas que sustente la concurrencia de los requisitos establecidos por la Corte, lo cual no se acreditó en el presente trámite, pues aunque exista prueba de los vínculos familiares, no hay prueba de la sustracción de los padre de los menores frente sus obligaciones alimentarias, no prueban que sus parejas, también padres de sus hijos, se encuentran en incapacidad física, sensorial, síquica o mental y que no reciben ayuda de los miembros de su familia, por lo que es claro que los reclamantes no cuentan con la condición de padres cabeza de hogar alegada. Finalmente, la Dirección de Talento Humano advirtió que no ha transgredido las disposiciones legales y constitucionales que atenten contra los derechos de los accionantes.

3.5.4.2 CONSIDERACIONES DEL DISTRITO.¹⁷

Reiteró que la acción es improcedente ya que existe cosa juzgada y se trata de una actuación temeraria, pues los accionantes ventilaron las mismas pretensiones ante otro operador judicial desconociendo los principios de cosa Juzgada, de seguridad jurídica y debido proceso. Enfatizó en que, también es

¹⁷ Fols. 42 – 51 Archivo Digital No. 31



13-001-33-33-010-2022-00017-01

improcedente pues, no se cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, los actos administrativos que deciden separarlos de sus los mismos pueden controvertirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo que se evidencie la ocurrencia de un perjuicio irremediable, lo cual no se demuestra en el presente asunto, por lo que estimó que, el A-quo se extralimitó en sus facultades como juez constitucional, desconociendo el principio de juez natural.

Señaló que, los accionantes no cumplen con los requisitos para ser considerados padres cabeza de familia; alegó que, la documentación aportada, no acredita que ostenten una calidad de especial protección constitucional que lo exima de agotar el mecanismo ordinario ante el juez natural, tales como una enfermedad catastrófica, ser padre o madre cabeza de hogar, presentar alguna discapacidad física o sensorial no incompatible con el cargo o estar amparado bajo el retén social.

En el caso de la señora Paola Serna, resaltó que, el señor Andrés Eduardo Avena Rodríguez, padre del hijo de la accionante, se encuentra afiliado al SGSS, en estado activo como cotizante en el régimen contributivo; además, la señora Mayra Tobías, madre de la actora, se encuentra afiliada de igual forma, al SGSS en estado activo como cotizante en el régimen contributivo. Lo anterior permite concluir que la señora Mayra Tobías no depende económicamente de la señora Paola Serna, ni se demuestra que el señor Andrés Avena se haya sustraído de sus obligaciones como padre, pues se demostró que tiene ingresos, lo que desvirtúa la afirmación de que la reclamante es madre cabeza de familia.

En el caso de la señora Marina Villamil, encontró que, el señor Cristian de la Rosa Zuleta, padre de los hijos de la tutelante, se encuentra afiliado al SGSS en estado activo como cotizante en el régimen contributivo, lo que deja claro que los menores no están desprotegidos en sus derechos mínimos de seguridad social, además, no se encuentra probado que el señor Cristian de la Rosa se haya sustraído de sus obligaciones de proveer alimentos a sus hijos, ni se demuestra que la actora se encuentre separada de este.

En el caso del señor Rafael Jiménez, advierte que, de las pruebas allegadas por este, no se puede inferir que los padres padezcan de alguna discapacidad que les impida laborar, de la misma forma, expuso que los derechos de la menor no se verán afectados ya que, las personas sin capacidad económica tienen garantizado de manera automática el derecho a la salud mediante el régimen subsidiado.

Indicó que, la condición de los actores no solo debe limitarse a afirmaciones, sino en pruebas que demuestren que los obligados a suministrar alimentos ya sea a sus hijos o progenitores, se hayan sustraído de esta obligación, por esta



13-001-33-33-010-2022-00017-01

razón, lo aportado por los accionantes no es demostrativo de una situación que active la competencia del juez constitucional y desligue a los tutelantes de acudir al juez natural. Expresó que quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión. Por lo anterior, solicitaron que el fallo de primera instancia sea revocado y se declare la improcedencia de la acción ya que los actores no acudieron al mecanismo ordinario, ni demostraron de manera eficiente por qué no acudieron a este.

Frente a la autonomía de la administración para manejar su planta de personal, esta entidad, apuntó que, esta autonomía no es absoluta, sino que debe seguir lineamientos legales del derecho de mérito, el cual se consagra en el artículo 125 de la Constitución. Luego de exponer sobre el principio de la carrera administrativa y sus elementos, expresó que, en caso de que en la entidad se presente una vacancia temporal o definitiva que, por necesidad del servicio, debe ser llenada de manera temporal, por lo que la Administración puede nombrar a un empleado de manera provisional, siempre y cuando no exista lista de elegibles vigente y no fuese posible proveerlo mediante encargo con servidores de carrera. Sostuvo que, para el caso de los accionantes, que se encontraban ocupando el cargo en provisionalidad, hasta que se proveyera el cargo, gozaban de estabilidad laboral relativa.

Relató la situación por la cual fueron desvinculados los accionantes y la cual dio pie a la presentación de la presente acción y destacó que, la terminación del nombramiento provisional de estos no obedeció a un acto deliberado o carente de motivación objetiva por parte de la administración, sino que se encuentra justificado en el cumplimiento de la orden judicial proferida por el Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, en trámite de tutela de Radicado No. 13-00131-07-001-2021-00055-00.

Mencionó que, en todas estas situaciones administrativas en las que se ha visto envuelta la Administración debido a que se da una orden y luego se revoca, esta entidad se ha visto en la necesidad de acudir a las normas de carrera administrativa para no caer en error en su actuar, reiteró que, estas normas obligan a la Administración a proveer las vacantes mediante encargo a servidores públicos de carrera administrativa, por lo que el A-quo no podía ordenar el reintegro, ni el pago de salarios, cuando el actuar del Distrito obedece al cumplimiento de las ordenes de los jueces de tutela, por todo lo anterior, solicitó que el fallo de primera instancia sea revocado.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022)¹⁸, proferido por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, se

¹⁸ Fols. 597 – 598 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

concedió la impugnación interpuesta los vinculados Juan Carlos Arellano, Fredy Fontalvo, Cielo Otero, Betty Peña y el Distrito de Cartagena de Indias, contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la misma fecha¹⁹, por lo que se dispuso su admisión por proveído del dieciocho (18) de febrero de dos mil veintidós (2022)²⁰

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de empleados que se encontraban en cargos en provisionalidad y que fueron desvinculados mediante acto administrativo carente de motivación?

¿En el presente caso, existe cosa juzgada y temeridad por parte de los accionantes?

¿El Distrito de Cartagena vulneró los derechos fundamentales de los accionantes, al no ordenar el reintegro de los mismos una vez fue revocado el fallo de primera instancia que dio pie a la desvinculación de los cargos que venían desempeñando en provisionalidad?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia, toda vez que, en primer lugar, la acción es procedente debido a que los actos administrativos que

¹⁹ Fol. 611 Exp. Digital.

²⁰ Fol. 612 – 613 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

desvincularon a los accionantes de sus cargos en provisionalidad, carecen de motivación suficiente, por lo que de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional, la acción de tutela se torna el medio idóneo y eficaz para proteger los derechos de estos. De la misma forma, encuentra la Sala que no se evidencia la configuración de la cosa juzgada y la temeridad, debido a que no se observa identidad de partes, de objeto, ni de causa, con la acción adelantada ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias.

Por otro lado, observa esta Judicatura que, se encuentran vulnerados los derechos de los accionantes, considerando que, la desvinculación de los accionantes se dio en cumplimiento del fallo del 29 de septiembre de 2021, por lo que al ser revocado, desaparecían los motivos que dieron origen a que los tutelantes fueran apartados de los cargos que ostentaban en provisionalidad.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia de la acción de tutela, cuando se busque proteger los derechos fundamentales del empleado que fue desvinculado del cargo en provisionalidad mediante acto administrativo carente de motivación; (iii) Cosa Juzgada y temeridad (v) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista



13-001-33-33-010-2022-00017-01

un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2. Procedencia de la acción de tutela.

Principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución Política, implica que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte Constitucional ha señalado que "permite reconocer la validez y fiabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, cómo dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos". Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, cómo 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 excepciones que justifican su procedibilidad, dentro de las que se encuentra, que el medio judicial dispuesto por la ley no sea idóneo y eficaz, esto debido a que en ciertas ocasiones los mecanismos ordinarios se reflejan como desproporcionados para quien debe incoarlos, teniendo en cuenta la duración promedio de los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa, es por esto que la vía



13-001-33-33-010-2022-00017-01

ordinaria no resulta idónea para garantizar de forma inmediata la efectividad de los derechos constitucionales que se anuncian como vulnerados.

En los casos donde lo que se reclama es la nulidad de un acto y en consecuencia se ordene un reintegro, existe, en principio, el mecanismo de defensa del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, en los casos como el que nos ocupa, donde los actos administrativos de retiro de cargos que venían siendo ocupados en provisionalidad no cuenta con la debida motivación, la Corte ha estimado que es procedente acudir directamente a la acción de tutela como mecanismo idóneo y eficaz. Al respecto, el Alto Tribunal en sentencia SU-917 de 2010, expuso lo siguiente:

“Sin embargo, como la presencia de otros mecanismos judiciales de defensa debe valorarse en cada caso concreto, atendiendo con su eficacia material y las circunstancias especiales de quien invoca el amparo, la Sala considera que, tratándose de la omisión al deber de motivación de los actos de retiro de cargos ocupados en provisionalidad, es procedente acudir a la acción de tutela por constituir éste el mecanismo idóneo y materialmente eficaz para asegurar la protección oportuna de los derechos fundamentales. (...)”

(...) resultaría inequitativo y desproporcionado exigir al ciudadano la activación y agotamiento del mecanismo judicial ordinario, puesto que frente al acto inmotivado de insubsistencia se halla impedido para controvertir ante el juez administrativo, con la plena garantía del debido proceso, las razones que llevaron al nominador a su desvinculación, en tanto que no las conoce al momento de iniciar la respectiva acción ordinaria. En tal medida, no dispone de todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para ejercer una plena defensa de sus derechos, precisamente ante la ausencia de motivación del acto de retiro.

Por lo anterior, la Sala estima que si bien el ciudadano tiene a su disposición la acción contencioso administrativa y puede hacer uso legítimo de ella, éste mecanismo judicial no resulta materialmente eficaz para la protección de sus derechos, lo que hace posible acudir al amparo constitucional como instrumento idóneo para asegurar la defensa de sus derechos por vía de tutela. En efecto, el administrado tiene derecho a conocer de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron esa decisión, como garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al Estado de derecho, al principio democrático y al principio de publicidad, por tratarse de una garantía mínima de control de la arbitrariedad de la administración.”

5.4.3. Cosa Juzgada y temeridad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido que, las acciones de tutela también están sometidas a los parámetros de la cosa juzgada, puesto que ello garantiza que controversias que ya han sido decididas de manera definitiva por las autoridades judiciales competentes para ello no sean reabiertas y, por lo tanto, evitar que se afecte el principio de seguridad jurídica.

En efecto, un fallo de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional (i) cuando es seleccionada para revisión por parte de la Honorable Corte



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Constitucional y fallado en la respectiva Sala o, (ii) cuando, surtido el trámite de selección, sin que ésta haya sido escogida para revisión, vence la oportunidad para que se insista en su selección.

Con fundamento en las sentencias T-019/16 y T-427/17, se han precisado tres características que permiten identificar cuándo, en el marco de una acción de tutela, se ha vulnerado el principio de la cosa juzgada:

“(i) que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia; (ii) que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes; (iii) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones; (iv) que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos.”

Mediante sentencia T-219 de 2018, y de conformidad con la sentencia C774 de 2001, se abordó el alcance de cada uno de los elementos descritos con anterioridad, de la siguiente manera:

“La identidad de objeto implica que ambas demandas deben versar sobre las mismas pretensiones, en otras palabras “cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”.

La identidad de causa implica que, tanto el proceso que ya hizo tránsito a cosa juzgada, como la nueva demanda, deben contener los mismos fundamentos fácticos sustentando la pretensión. Lo anterior implica que cuando el segundo proceso tiene nuevos hechos o elementos, el juez puede pronunciarse únicamente respecto de estos últimos.

Por último, la identidad de partes, hace referencia a que “al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.”

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que de presentarse algunas variaciones en las partes, los hechos o las pretensiones entre el proceso que hizo tránsito a cosa juzgada y la nueva acción, no necesariamente conducen a concluir que no existe cosa juzgada, sino que se torna necesario, efectuar un análisis más profundo, que exceda el estudio de la coincidencia formal, fijando la atención en la coincidencia o equivalencia material entre los dos procesos, a pesar de las pequeñas diferencias.

La Corte Constitucional, en la referida sentencia T-219 de 2018, se pronuncia en estas líneas:

“Que existe cosa juzgada en el asunto, no necesariamente lleva a sostener que existe temeridad en el accionante, ya que la cosa juzgada es un juicio objetivo, mientras que la temeridad, como reproche, es subjetivo. Esta Corte ha considerado que para que se configure la temeridad, es necesario, además de verificar la triple identidad de partes,



13-001-33-33-010-2022-00017-01

causa y de objeto antes reseñada, que no exista justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe del accionante, actuaciones no cobijadas por el derecho de acceso a la administración de justicia, al tratarse de una forma de abuso del derecho.

Precisamente, en desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha considerado que una actuación es temeraria cuando: "(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia"

CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Declaración extrajudicial de la señora Paola Serna, donde declara bajo juramento que es madre cabeza de familia y tiene a su cargo a su hijo y a sus padres.²¹
- Decreto 0920 de 2021, mediante el cual se nombra a la señora Liry Luz Munera Cabrera en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43 y se desvincula a la señora Paola Serna del mencionado cargo.²²
- Decreto 1035 del 20 de septiembre de 2021, mediante el cual se deja sin efecto el Decreto 0920 del 2021 y por tanto, se desvincula a la señora Liry Munera Cabrera y se vincula nuevamente a la señora Paola Serna en provisionalidad en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43.²³
- Decreto 1129 del 12 de octubre de 2021, mediante el cual se vincula nuevamente a la señora Liry Munera del cargo antes mencionado y se desvincula a la señora Paola Serna²⁴.
- Copia del registro civil del hijo de la señora Paola Serna Tobías, copia del registro civil de la accionante y copia de la cedula de sus padres²⁵.
- Declaraciones extrajudiciales de los padres de la señora Paola Serna, donde declaran bajo juramento que no perciben ningún ingreso y que depende 100% de su hija.²⁶
- Copia de apartes de la historia clínica los padres de la señora Paola Serna Tobías²⁷

²¹ Fols. 9 – 10 Exp. Digital.

²² Fols. 22 – 24 Exp. Digital.

²³ Fols. 25 – 26 Exp. Digital.

²⁴ Fols. 27 – 30 Exp. Digital.

²⁵ Fols. 32 – 38 Exp. Digital.

²⁶ Fols. 39 – 40 Exp. Digital.

²⁷ Fols. 42 - 52 Exp. Digital



13-001-33-33-010-2022-00017-01

- Decreto 0921 de 2021, mediante el cual se nombra a la señora Diana María Sumosa en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43 y se desvincula a la señora Marina Villamil del mencionado cargo²⁸.
- Declaración extrajudicial de la señora Marina Villamil, donde declara bajo juramento que es madre cabeza de familia, madre soltera y tiene a su cargo a sus hijas y a su madre, quienes depende en un 100% de ella.²⁹
- Copia de los registros civiles de los hijos de la señora Marina Villamil³⁰.
- Declaración extrajudicial de la madre de la señora Marina Villamil, donde declara bajo juramento que no percibe ningún ingreso y que depende 100% de su hija³¹

- Decreto 0923 de 2021, mediante el cual se nombra a la señora Margarita Pastrana en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43 y se desvincula a al señor Rafael Jiménez Bautista del mencionado cargo³².
- Decreto 1131 del 12 de octubre de 2021, mediante el cual se vincula nuevamente a la señora Margarita Pastrana en el cargo antes mencionado y se desvincula al señor Rafael Jiménez, del mismo³³
- Declaración extrajudicial del señor Rafael Jiménez, donde declara bajo juramento que tiene a su cargo a su compañera permanente y a su nieta³⁴.
- Copia de los registros civiles de la nieta del señor Rafael Jiménez³⁵ y de la señora Génesis Daniela Jiménez González madre de la menor anterior e hija del señor Jiménez³⁶.
- Historia clínica de la señora Anamary González Carrillo, esposa del señor Rafael Jiménez³⁷
- Sentencia del 28 de julio del 2021, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Cartagena de Indias³⁸.
- Auto del 13 de septiembre de 2021, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Penal, que declara la nulidad del fallo del 28 de julio de 2021³⁹.
- Sentencia del 29 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Cartagena de Indias⁴⁰

²⁸ Fols. 66 – 68 Exp. Digital.

²⁹ Fol. 70 Exp. Digital.

³⁰ Fols. 31 – 32 Exp. Digital

³¹ Fol. 74 Exp. Digital.

³² Fols. 112 – 114 Exp. Digital.

³³ Fols. 115 – 118 Exp. Digital.

³⁴ Fols 120 – 122 Exp. Digital.

³⁵ Fols 124 Exp. Digital

³⁶ Fol. 143 Exp. Digital

³⁷ Fols 127-130 Exp. Digital

³⁸ Fols. 148 – 173 Exp. Digital.

³⁹ Fols. 174 – 187 Exp. Digital.

⁴⁰ Fols. 188 – 237 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

- Sentencia del 16 de noviembre de 2021, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Penal, que revoca el fallo del 29 de septiembre de 2021⁴¹
- Pronunciamiento del 30 de noviembre de 2021, mediante el cual el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Penal, corrige el fallo del 16 de noviembre de 2021⁴².
- Solicitud elevada a la Directora de Talento Humano, por los accionantes el 22 de noviembre de 2021, donde solicitan que se les reintegre a sus cargos, por el fallo del 16 de noviembre de 2021, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena⁴³.
- Respuesta a la petición anterior, donde se les manifiesta que no van a ser nombrados, toda vez que con Decretos 1364, 1366, 1356 y 1357 de diciembre de 2021, fueron provistos por encargo⁴⁴.
- Decreto 1035 del 20 de septiembre de 2021, por medio del cual se deja sin efectos el Decreto 0920 del 2021 y por tanto, se desvincula a la señora Liry Luz Munera Cabrera y se vincula nuevamente a la señora Paola Andrea Serna Tobías en provisionalidad en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43⁴⁵.
- Decreto 1036 del 20 de septiembre de 2021, mediante el cual se deja sin efecto el Decreto 0921 del 2021 y por tanto, se desvincula a la señora Diana Sumoza y se vincula nuevamente a la señora Marina Villamil en provisionalidad en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43⁴⁶.
- Decreto 1037 del 20 de septiembre de 2021, mediante el cual se deja sin efecto el Decreto 0923 del 2021 y por tanto, se desvincula a la señora Margarita Pastrana y se vincula nuevamente al señor Rafael Jiménez en provisionalidad en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233, Grado 43⁴⁷.
- Decreto 1130 del 12 de octubre de 2021, mediante el cual se vincula nuevamente a la señora Diana Sumosa en el cargo antes mencionado y se desvincula a la señora Marina Villamil⁴⁸.

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso objeto de estudio, los señores Paola Andrea Serna Tobías, Marina del Socorro Villamil Puello y Rafael Eduardo Jiménez Bautista, interpusieron acción de tutela a fin de obtener el amparo a sus derechos fundamentales al mínimo

⁴¹. Fols. 238 – 268 Exp. Digital.

⁴² Fols. 273 – 284 Exp. Digital

⁴³ Fols. 286 - 287 Exp. Digital.

⁴⁴ Fols. 302 - 303 Exp. Digital

⁴⁵ Fols. 304 – 305 Exp. Digital.

⁴⁶ Fols. 304 – 305 Exp. Digital.

⁴⁷ Fols. 306 – 307 Exp. Digital.

⁴⁸ Fols. 312 – 315 Exp. Digital.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

vital, a la estabilidad en el trabajo, al debido proceso y al derecho de defensa, presuntamente vulnerados por la Alcaldía de Cartagena.

La entidad accionada, así como los vinculados al presente proceso, mediante informes rendidos, expusieron los correspondientes argumentos y consideraciones en su defensa. Una vez estudiado lo anterior, el A-quo, procedió emitir sentencia amparando los derechos fundamentales de los accionantes como se referenció en apartes anteriores.

Posteriormente, el Distrito de Cartagena de Indias, así como los vinculados, procedieron a impugnar el fallo, expresando los argumentos por los cuales la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena debía ser revocada.

Una vez esbozado lo anterior, la Sala procederá a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados anteriormente:

(i) Procedencia de la acción de tutela.

Frente a este punto, esta Corporación encuentra que si bien es cierto, de acuerdo a la regla general, la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de los empleados públicos, pues en la vía ordinaria se encuentran otros mecanismos de defensa judicial, tales como, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante la cual, los accionantes podían controvertir los actos administrativos que ordenaban su desvinculación del cargo que venían ocupando en provisionalidad, también es cierto que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, estos mecanismos resultan desproporcionados para quien debe incoarlos, debido a la duración promedio de los procesos en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, por lo que no resultan idóneos para garantizar la protección de los derechos vulnerados.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido una excepción a la mencionada regla general, la cual se da, en los casos en los que el acto administrativo mediante el cual se desvincule a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad, carezca de motivación. Sobre esto, la Corte en sentencia SU-917 de 2010, expresó que, al no existir motivación en los actos de retiro de cargos ocupados en provisionalidad, es procedente acudir a la acción de tutela por constituir éste el mecanismo idóneo y materialmente eficaz para asegurar la protección oportuna de los derechos fundamentales.

En el caso en comento, se tiene que los actores fueron desvinculados en virtud al fallo inicialmente proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, de fecha 28 de julio de 2021, situación que



13-001-33-33-010-2022-00017-01

aconteció con la expedición de los Decretos 920, 921 y 923 del 23 de agosto de 2021⁴⁹. Posteriormente, luego de haber sido anulado dicho fallo por el auto del 13 de septiembre de 2021, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, se retrotrajo la actuación surtida, por lo que nuevamente los accionantes fueron reintegrados a sus cargos a través de los Decretos 1035, 1036 y 1037⁵⁰ del 20 de septiembre de 2021, mediante los cuales se dejan sin efectos los Decretos 920, 921 y 923 del 23 de agosto de 2021.

Luego de ello, los accionantes fueron desvinculados de sus cargos, nuevamente, en virtud de la decisión de tutela emitida en primera instancia, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, el 29 de septiembre de 2021, la cual se ejecutó a través de los Decretos 1129, 1130 y 1131 del 12 de octubre de 2021; no obstante, la orden de tutela antes mencionada fue revocada en su integralidad por el Tribunal Superior de Cartagena - Sala Penal – el 16 de noviembre de 2021, por lo que los actos de ejecución antes mencionados quedaron sin fundamento alguno.

Ahora bien, el Distrito de Cartagena en vez de volver las cosas al estado anterior de la decisión judicial de 29 de septiembre de 2021, profirió nuevos actos administrativos en los que ordenó encargar a terceras personas de los empleos aquí mencionados sin emitir una razón concreta sobre los motivos de la desvinculación de los actores, teniendo en cuenta que el supuesto de hecho para su separación del cargo había sido revocado por el Tribunal Superior de Cartagena - Sala Penal.

Debe tenerse en cuenta en este punto que, los accionantes en esta tutela no fueron retirados del cargo por una voluntad autónoma de la administración, sino que su retiro se dio en cumplimiento de una orden judicial que luego fue revocada; en ese sentido, no existen los motivos que dieron lugar a su desvinculación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, si se pretende que los hoy tutelantes demanden un acto administrativo para su reintegro ante la justicia contencioso administrativa, surge la pregunta sobre cuál es el acto que se debe demandar, puesto que los Decretos 1129, 1130 y 1131 del 12 de octubre de 2021 son meros actos de ejecución de una decisión judicial que fue revocada, y la respuesta a la petición elevada por los actores en la que se solicitaba el reintegro, es una mera comunicación en la que se les indica que sus cargos fueron provistos por encargo⁵¹; de igual forma surge la pregunta de cuál es la motivación para el no reintegro de los tutelantes teniendo en cuenta que la decisión judicial en virtud de la cual se les retiró del cargo ya no existe porque fue revocada.

⁴⁹ Ver folio 22-24; 66-68 y 112-114 exp. digital

⁵⁰ Folios 27-30; 304-305 y 306-307 Exp. digital

⁵¹ Fols. 302 - 303 Exp. Digital



En ese orden de ideas, se tiene reitera que, la Corte Constitucional, en sentencia SU-917 de 2010 indicó que, *“resultaría inequitativo y desproporcionado exigir al ciudadano la activación y agotamiento del mecanismo judicial ordinario, puesto que frente al acto inmotivado de insubsistencia se halla impedido para controvertir ante el juez administrativo, con la plena garantía del debido proceso, las razones que llevaron al nominador a su desvinculación, en tanto que no las conoce al momento de iniciar la respectiva acción ordinaria. En tal medida, no dispone de todos los elementos de juicio necesarios y suficientes para ejercer una plena defensa de sus derechos, precisamente ante la ausencia de motivación del acto de retiro”*.

Resalta la Sala que, la Corte hace referencia al caso en el cual no se motiva el acto, pero en este caso, ni siquiera existe un acto administrativo propiamente dicho; por lo que, a juicio de este Tribunal, da lugar a la procedencia de la acción de tutela en comento, toda vez que los mecanismos ordinarios no resultan idóneos ni eficaces para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los accionante.

Frente a la afectación del mínimo vital, encontramos que, no se encuentra desvirtuado que los accionantes cuenten con alguna fuente de ingresos distinta a lo que percibían en razón del cargo que ostentaban. Además, se evidencia dentro del material probatorio aportado al proceso que los accionantes presentan declaraciones bajo juramento, manifestando su calidad de padres cabeza de hogar que no reciben apoyo de otros familiares. Si bien, en los casos de las señoras Paola Serna y Marina Villamil, el Distrito logró demostrar que los padres de los hijos de las mencionadas se encuentran afiliados al Sistema General de Seguridad Social, en estado activo como cotizantes del régimen contributivo, esto no demuestra que los mismos cumplan con sus obligaciones alimentarias respecto a sus hijos o que brinden algún tipo de apoyo económico a las accionantes. En cuanto al señor Rafael Jiménez Bautista, el Distrito no demuestra que la señora Anamary González Carrillo, su esposa, este laborando; solo se centraron en la relación con la nieta, en consecuencia, demuestra la condición de sujeto de especial protección, por lo que también es procedente este medio.

Sobre los otros aspectos de las leyes y decretos que regulan la condición de padre o madre cabeza de familia, eso es lo que debió tener en cuenta el Distrito, antes de expedir, los Decretos de encargo No. 1364, 1366 y 1356 y 1357 de diciembre de 2021 y no es este medio, que solo examina si hay vulneración de los derechos fundamentales, el adecuado para examinar situaciones que corresponden a la justicia ordinaria.

(ii) Cosa juzgada y temeridad.



13-001-33-33-010-2022-00017-01

Observa esta Judicatura que, la Dirección de Talento Humano de la Alcaldía, sostuvo en su escrito de impugnación que, se está ante la existencia del fenómeno de cosa juzgada en materia de tutela y una posible actuación temeraria, ya que, según indicó, los hoy accionantes ya ventilaron las mismas pretensiones ante otro operador judicial, a saber, el Tribunal Superior de Cartagena de Indias.

Pues bien, de acuerdo a la normatividad vigente y a la jurisprudencia, se tiene que para que se presente el fenómeno de cosa juzgada en un proceso de tutela, es necesario que se presente identidad de causa, objeto y parte. Por lo que, para declarar la existencia de esta figura en el presente proceso, se debe constatar el cumplimiento de los mencionados requisitos:

Requisito	Tutela ante: Juzgado Primero Penal del circuito Especializado de Cartagena de Indias Radicado: 13001-31-07-001-2021-00055-00	Tutela ante: Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena. Radicado: 13001-33-33-010-2022-00017-00
Las partes	<ul style="list-style-type: none"> • Accionante: Liry Luz Munera Cabrera. • Accionado: Alcaldía Mayor de Cartagena y Comisión Nacional del Servicio Civil. • Vinculados: Marina Villamil Cuello, Rafael Jiménez Bautista, Paola Serna Tobías, Renzo Orozco Ribon • Coadyuvantes: Margarita Judith Pastrana Correa, Richard Alberto Herazo Medina, Diana María Sumosa Ortega y Rafael Enrique Torres Díaz. • Vinculados: integrantes del registro de elegibles para el cargo inspector de policía urbano en la ciudad de Cartagena de Indias, identificado con la OPEC 73517 en la convocatoria territorial norte proceso de selección n° 771 del 2018 y demás participantes de la convocatoria. 	<ul style="list-style-type: none"> • Accionantes: Paola Serna Tobías, Marina del Socorro Villamil Cuello, Rafael Eduardo Jiménez Bautista. • Accionados: Distrito de Cartagena, Comisión Nacional del Servicio Civil. • Vinculados: Cielo Patricia Otero Oyola, Betty Peña Marimón, Juan Carlos Arellano Ortiz y Freddy Fontalvo Rivera.
El objeto	<ul style="list-style-type: none"> • Que le sean tutelados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al acceso al empleo público a través del mérito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Que le sean tutelados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad en el trabajo, al debido proceso y a la defensa.
La causa	<p>La accionante se presentó al concurso de mérito realizado por la CNSC, a través de la Convocatoria Territorial Norte proceso de selección N° 771 del 2018 en la OPEC 73517, en el cargo de Inspector de Policía Urbano Código 233 Grado 37. Mediante Resolución N° 10248 de 2020 de la CNSC, fue ubicada en la posición No. 15 de la lista de elegibles para suplir los cargos de la vacante Inspector de Policía Urbano Código 233 Grado 37 de la OPEC 73517,</p>	<p>Los accionante, se encontraban nombrados en provisionalidad en los cargos de Inspector de Policía Código 233 Grado 43, pero fueron desvinculados de estos, por el fallo de tutela emitido el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Primero Penal del circuito Especializado de Cartagena de Indias. El tribunal Superior de Cartagena, Sala penal, declaró la nulidad de la mencionada providencia, mediante sentencia del 13 de septiembre de</p>



13-001-33-33-010-2022-00017-01

	<p>en el cargo que aspiró fueron nombrados los 11 primeros de la mencionada lista. Posteriormente, mediante Decreto 0651 de 2019 fueron creadas, entre otras, 4 plazas para el cargo de Inspector de Policía Urbano, por lo que solicitó que se ordenara a la CNSC, que autorizara el uso de la lista de elegibles para la provisión de estas vacantes y en consecuencia, la alcaldía haga efectivo su nombramiento en el cargo de Inspector de Policía Urbano.</p>	<p>2021, por lo que los actores volvieron a ser vinculados a sus cargos; posteriormente, se volvió a dictar sentencia de primera instancia el 29 de septiembre de 2021, en los mismos términos de la anterior, por lo que fueron nuevamente desvinculados. A través de la sentencia emitida el 16 de noviembre de 2021, el Tribunal revocó la decisión del 29 de septiembre, pero los tutelantes no fueron reintegrados nuevamente en sus cargos.</p>
--	---	---

Una vez analizado lo anterior, encontramos que:

- No hay identidad de partes, ya que si bien en ambos procesos concurren los señores Paola Serna Tobías, Marina del Socorro Villamil Cuello y Rafael Eduardo Jiménez Bautista, en el proceso adelantado ante el Juzgado Primero Penal del circuito Especializado de Cartagena de Indias, estos no eran accionantes, sino vinculados.
- No hay identidad de objeto, debido a que, en el proceso llevado a cabo ante el Juzgado Primero penal del circuito Especializado de Cartagena de Indias, la accionante pretendía el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al acceso al empleo público a través del mérito; mientras que los derechos fundamentales objeto de estudio de la presente acción son el mínimo vital, a la estabilidad en el trabajo, al debido proceso y a la defensa.
- No hay identidad de Causa, ya que los fundamentos o hechos que sustentan ambas demandas son distintos.

Se advierte entonces que, en el presente asunto no se configuran los requisitos de identidad de partes, objeto y causa, necesarios para declarar la existencia del fenómeno de cosa juzgada y de temeridad.

(iii) Vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes.

En este punto, es importante resaltar que los empleados que ostentan cargos en provisionalidad, cuentan con una estabilidad laboral relativa, la cual se manifiesta en que, el acto administrativo de retiro de los funcionarios que, en provisionalidad, ocupen cargos de carrera, debe estar motivado de forma completa y suficiente, a fin de garantizar la protección efectiva de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, entre otros.

Sobre esto, la Corte Constitucional en sentencia SU-054 de 2015, manifestó lo siguiente:



“En otras palabras, la estabilidad laboral de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza mediante el deber impuesto a la administración de motivar el acto de desvinculación, con lo que se satisface la garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso.”

5.16. En este orden, lo que se busca con la motivación, no es nada distinto a que el servidor tenga la posibilidad de defenderse en juicio, si así lo considera, y poder contradecir las razones por las cuales lo declararon insubsistente en el cargo, de lo contrario, se vería transgredido su derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, pues es indispensable para el control de los actos administrativos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”

Una vez dejado claro lo anterior, en el presente asunto encontramos que, en cumplimiento del fallo judicial del 28 de julio de 2021, la Dirección de Talento Humano de la Alcaldía de Cartagena, expidió los Decreto 0920, 0921 y 0923 del 23 de agosto de 2021, mediante los cuales desvincula a los hoy tutelantes de sus cargos en provisionalidad, para efectuar el nombramiento en periodo de prueba de las señoras Liry Munera Cabrera, Diana Sumosa y Margarita Pastrana.

Posteriormente, el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, Sala Penal, el 13 de septiembre de 2021, declaró la nulidad de todo lo actuado en primera instancia, por esta razón la Dirección expidió los Decretos 1035, 1036 y 1037, del 20 de septiembre de 2021, a través de los cuales dejó sin efectos los Decretos 0920, 0921 y 0923 de 2021, en atención a la sentencia del tribunal, en consecuencia, vinculó nuevamente a los reclamantes a sus cargos en provisionalidad.

Luego de esto, el Juzgado volvió a proferir sentencia el 29 de septiembre de 2021, en los mismos términos de la anterior, por lo que la Administración emitió los Decretos 1129, 1130 y 1131, mediante los cuales volvió a desvincular a los accionantes de sus cargos, en cumplimiento de la mencionada providencia.

Finalmente, el Tribunal Superior del distrito de Cartagena, Sala Penal, a través de providencia del 16 de noviembre de 2021, que luego fue aclarada mediante pronunciamiento del 30 de noviembre de la misma anualidad, revocó la sentencia del 29 de septiembre de 2021.

Advierte esta Corporación que, luego de revocada la sentencia de primera instancia, los accionantes no fueron reintegrados a su cargo, como se había hecho anteriormente, sino que el Distrito procedió a nombrar mediante encargo a otros empleados.

Encuentra entonces esta Judicatura, que la Alcaldía de Cartagena, vulneró los derechos fundamentales alegados por los accionantes, toda vez que, los actos administrativos mediante los cuales los tutelantes fueron separados de sus



13-001-33-33-010-2022-00017-01

cargos, actualmente carecen de motivación suficiente que justifique su desvinculación, esto debido a que, como se observa en la parte motiva de los Decretos 1129, 1130 y 1131, la desvinculación se dio en cumplimiento a la orden judicial emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, el 29 de septiembre de 2021, y así mismo lo afirmó la Dirección de Talento Humano de la Alcaldía en su escrito de impugnación.

Pues bien, una vez revocada esta orden judicial, automáticamente desaparecen los motivos que justifican la desvinculación, por lo que quedarían sin efecto los Decretos 1129, 1130 y 1131 de 2021, en consecuencia, los tutelantes debían ser reintegrados en sus cargos en provisionalidad. Llama la atención del Tribunal que, lo dicho anteriormente, fue lo que hizo el Distrito cuando se declaró la nulidad de todo lo actuado en primera instancia, por tal motivo, no se encuentra explicación que justifique el cambio de postura de la Administración frente al caso de la revocatoria.

En ese sentido, tal como lo dijo el Juez de primera instancia, el fallo de la Sala Penal del 30 de noviembre que se utiliza aquí, en el argumento de impugnación como razón para no reintegrar a los accionantes, establece en el punto 4.4.4.4.12, lo que establece el Tribunal Superior es que el Juez constitucional no es el llamado a ordenar vinculaciones de personas que no se estudiaron sus derechos fundamentales, se refería a los aquí actores, ya que lo que estudió fueron los derechos de Liry Luz Munera, Margarita Pastrana, Richard Herazo y Diana Sumosa Ortega, por lo tanto no tenía por qué realizar pronunciamiento alguno, por lo tanto no realiza pronunciamiento sobre los derechos de los hoy tutelantes; sin embargo, ello no desconoce que esos derechos existan, por ello no hay cosa juzgada ni se puede aceptar la figura de que esta es la motivación de la decisión de la administración para no reintegrar a los cargos a los actores.

Dicho en otras palabras, si el motivo de la desvinculación es un fallo de tutela, al desaparecer este, la consecuencia es el reintegro al cargo que se venía desempeñando en las mismas condiciones en las que estaba antes de la tutela mencionada; y si se va a hacer uso de la terminación de la provisionalidad, debe haber un acto administrativo que lo dé por terminado por las razones que el Distrito considere pertinente, con apego a la ley o por provisión por lista de elegible, que le permita a los actores controvertir las circunstancias, hecho que aquí no sucedió.

Por todo lo anteriormente expuesto, encuentra esta Corporación que se evidencia la vulneración de la Alcaldía a los derechos fundamentales alegados por los accionantes, por esta razón, procede la Sala a confirmar la sentencia proferida en primera instancia.



VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

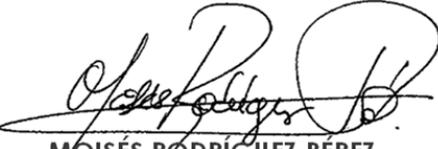
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 018 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ