



203/10

Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

Cartagena de Indias, D. T. y C., seis (06) de julio de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>OBJECIONES ACUERDO MUNICIPAL</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2018-00098-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>ALCALDE MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS</b>
<b>Demandado</b>	<b>PROYECTO DE ACUERDO MUNICIPAL No. 073 "POR EL CUAL SE CREA UN CARGO TRANSITORIO DE PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 219, GRADO 20 EN LA PLANTA DE PERSONAL DE LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS EN CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA JUDICIAL", DEL CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA -BOLÍVAR</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver de fondo sobre las objeciones formuladas por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias (E), al proyecto de Acuerdo No. 073 "Por el cual se crea un cargo transitorio de Profesional Universitario código 219, grado 20 en la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias en cumplimiento de una sentencia judicial", aprobado por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias.

#### I. ANTECEDENTES.

##### 1. Las objeciones que se formulan:

El Alcalde Mayor de Cartagena de Indias (E), en uso de las atribuciones conferidas por artículo 78 de la Ley 136 de 1994, formuló objeciones por ilegalidad contra el proyecto de Acuerdo de la referencia expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias – Bolívar, las cuales fueron remitidas a este Tribunal a efectos de decidir sobre la validez del mismo.

Manifiesta el Alcalde Encargado de Cartagena de Indias, que el proyecto de Acuerdo No. 073 aprobado por el Concejo Distrital, viola los artículos 345 de la Constitución Política, 1, 19 y 21 de la Ley 909 de 2004, 71 del Decreto 111 de 1994, Decreto 019 de 2012 en su artículo 228 modificatorio del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, y artículo 2.2.12.1 del Decreto 1083 de 2015.

Expresa que artículo 228 del Decreto 019 de 2012 que modificó el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, exige para la creación de todo empleo, incluso los temporales, la obligatoriedad de acreditar los estudios técnicos que demuestren la necesidad del servicio, requisito no se aportó con el aludido proyecto de Acuerdo, así lo reitera el artículo 21 numeral 2 de la Ley 909 de 2004, que además de exigir la necesidad de una motivación técnica que fundamente la creación del empleo, la existencia de la respectiva disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones





Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

sociales receptivas, requisito que tampoco se acreditó en el mentado proyecto de Acuerdo.

Indica que las mencionadas disposiciones, no contemplan ninguna excepción frente al no cumplimiento de tales requisitos para la creación de empleos públicos, ni si quiera para el cumplimiento de sentencias judiciales, pues lo que se busca precisamente no es solo cumplir la decisión judicial, sino amparar de la legalidad las actuaciones estatales y cumplir con las finalidades del interés general implícitas en el ejercicio de la función pública.

Enfatiza que cuando el Juez de tutela le ordena al Concejo de Cartagena de Indias <sup>características</sup> **realice las gestiones necesarias para la creación de un cargo** de las mismas características y graduación que ocupó la actora CALDELARIA HERNANDEZ HERRERA antes de ser desvinculada de la Contraloría Distrital de Cartagena...", está obligándolo a adelantar las actuaciones dispuestas en el ordenamiento jurídico para la creación del cargo, esto es: 1) el estudio técnico que permita determinar no solo las funciones, sino también la competencias necesarias para su ejercicio, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, y 2) la aprobación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales, reiterándose que dicho requisito es un imperativo legal que debe cumplirse de conformidad con el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 y 21 numeral 2 de la Ley 909 de 2004.

Finalmente indica que, en el trámite del proyecto de acuerdo en cuestión, tampoco se efectuó la precisión debida en cuanto a los límites de gastos de funcionamiento de la entidad, en los términos señalados en la Ley 617 de 2000.

## 2. INTERVENCIONES

### 2.1 CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA<sup>1</sup>.

Dentro del término de fijación en lista, el Concejo Distrital de Cartagena, presentó escrito de intervención, solicitando sean declaradas infundadas las objeciones hechas por el Alcalde al Proyecto de Acuerdo 073.

Planteó en esencia que, el proyecto de acuerdo presentado por la Contraloría Distrital de Cartagena y aprobado por el Concejo Distrital, obedece estrictamente a una orden impartida por un juez de tutela donde se ordena la creación del cargo de Profesional Universitario 2019 grado 20, con ocasión de la tutela interpuesta por la señora Cancelaria Hernández Herrera y no obedece al capricho de la Contraloría Distrital.

Precisa que, para la creación de un cargo por orden judicial de la aludida señora, no se requiere de una reestructuración de la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena y por consiguiente no es necesario

<sup>1</sup> Fl. 192-201.



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

La Sala, con antelación a resolver el fondo del asunto, resalta que frente al tema de las objeciones de derecho de los acuerdos municipales, los Tribunales deben, en los términos de la ley 136 de 1994, observar que se cumpla el siguiente trámite: i) se trate de objeciones de derecho, ii) tenga jurisdicción en el municipio, iii) que el concejo se haya pronunciado sobre ellas, y que no las haya acogido, iv) que el alcalde haya enviado dentro del término legal el proyecto, acompañado de una exposición de motivos de las objeciones.

En el caso concreto, se cumplen los anteriores presupuestos, en la medida en que a partir del auto que inadmitió la objeción que presentó el Alcalde del Distrito de Cartagena, se pudo comprobar que, en efecto, se trata de i) objeciones de derecho al proyecto de Acuerdo N°073 de 2017, ii) el Tribunal Administrativo de Bolívar tiene competencia para conocer del asunto en la jurisdicción del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, iii) el Concejo Distrital de Cartagena se pronunció sobre las objeciones presentadas por el Alcalde en sesión ordinaria de fecha 20 de enero de 2018<sup>4</sup> y no las acogió, y iv) el alcalde distrital envió dentro del término legal el proyecto, acompañado de una exposición de motivos de las objeciones. Frente a este último requisito, la Sala si bien no cuenta dentro del expediente con la prueba que acredite con certeza que el burgomaestre envió dentro del término legal las objeciones al proyecto de acuerdo, da por cumplido este requisito, con fundamento en los siguientes argumentos:

- a) Los Alcaldes para objetar los proyectos de acuerdo aprobados por los Concejos, por motivos de inconveniencia o por ser contrarios a la Constitución, que consten de menos de 20 artículos, disponen de un término de cinco (5) días, vencidos los cuales, de no devolver el proyecto objetado, deberán sancionarlo y promulgarlo.
- b) El proyecto de Acuerdo 073 de 2017 que se cuestiona, cuenta con menos de 20 artículos (Fl. 122-123). En ese orden, advierte la Sala que, tanto en el escrito de objeciones (Fl. 1), como en la respuesta a las mismas (Fl. 113), se relaciona como fecha de aprobación en segundo debate del Acuerdo 073, el día **22 de diciembre de 2017**, sin que se haya aportado al plenario documento alguno en el que conste la fecha en que efectivamente fue recibido en la Alcaldía para su sanción el mencionado proyecto, de manera que, no puede afirmarse que las objeciones se hubieran enviado al Concejo Distrital dentro del término.
- c) El Concejo Distrital de Cartagena dio respuesta a las objeciones del Alcalde, rechazando las mismas, sin que se alegara que fueron presentadas de manera extemporánea o que el Alcalde debió sancionar el proyecto de acuerdo.

<sup>4</sup> Folio 143-153



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

estudios técnicos ni otra justificación diferente a la ordenada por un juez de tutela, pues se trata de salvaguardar derechos fundamentales de una persona que ha adquirido la condición de pre-pensionada, indicando que, la Contraloría Distrital de Cartagena aportó con el proyecto de acuerdo el certificado de apropiación presupuestal, que respalda la disponibilidad de recursos para la cancelación de prestaciones sociales y todos los gastos que se genere con la creación del cargo.

Enfatiza que a la luz de la jurisprudencia constitucional, artículo 86 superior y disposiciones del Decreto 2591 de 1991, los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, debiendo las autoridades ser respetuosas de los mismos, pues su inobservancia o reticencia trae consecuencias directas a las autoridades encargadas de su cumplimiento.

### **3. ACTUACION PROCESAL**

El escrito de objeciones se repartió al Despacho 003 y se admitió mediante auto con fecha de 26 de abril de 2017. En la providencia se dispuso fijar en lista el proceso por el término de diez (10) días según lo previsto en el artículo 121, numeral 1º del decreto 1333 de 1986<sup>2</sup>. El expediente se fijó en lista desde el día 16 de mayo de 2018 hasta el 29 de mayo de 2018<sup>3</sup>. Vencido dicho término, ingresó al despacho para dictar sentencia.

## **II. CONTROL DE LEGALIDAD**

No se advierten irregularidades sustanciales o procedimentales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado, al observarse el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986. Se resalta que en el presente asunto no fue necesario agotar la etapa de pruebas, toda vez que no se solicitó la práctica de las mismas, ni se estimó necesario decreto oficioso.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. ASUNTOS PREVIOS.**

#### **1.1 Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 numeral 6 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en única instancia de las objeciones que formulen los alcaldes a los proyectos de acuerdos municipales o distritales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico superior.

#### **1.2 Requisitos de las objeciones**

<sup>2</sup> Folios 134-136

<sup>3</sup> Folios 190-191.





Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

d) En cuanto al término con que contaba el Alcalde para presentar el escrito de objeciones ante el Tribunal, se evidencia que se hizo dentro del término de diez (10) días previsto en el artículo 80 de la Ley 136 de 1994, siguientes a la fecha del recibo de la comunicación del rechazo de las objeciones. A esa conclusión se llega, porque en autos consta que el **24 de enero de 2018** fue recibido por la Alcaldía de Cartagena la respuesta a las objeciones presentadas al proyecto de Acuerdo 073, dentro de los cuales figuran actas de sesiones extraordinaria y comisión accidental del Concejo Distrital de Cartagena en las que se decidió no acoger las objeciones en derecho presentadas por el Alcalde Mayor (e) (Fl. 113-126). De ahí que al haberse remitido a este Tribunal Administrativo el proyecto de acuerdo junto con la exposición de motivos de las objeciones el **día 6 de febrero de 2018** (Fl. 1), resultan oportunas.

Por lo precedente, la Sala procede a estudiar el fondo del asunto y a dictar sentencia, sin que se vislumbren causales que puedan invalidar lo actuado.

## 2. ASUNTO DE FONDO.

### 2.1 Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver se contrae a establecer si las objeciones de derecho formuladas por el Alcalde (E) Mayor Distrital de Cartagena – Bolívar, al proyecto de Acuerdo No. 073 *"Por el cual se crea un cargo transitorio de Profesional Universitario código 219, grado 20 en la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena de indias en cumplimiento de una sentencia judicial"*, aprobado por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, son fundadas por desconocer los artículos 345 de la Constitucional Política, 1, 19 y 21 de la Ley 909 de 2004, 71 del Decreto 111 de 1994, Decreto 019 de 2012 en su artículo 228 modificadorio del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, y artículo 2.2.12.1 del Decreto 1083 de 2015.

### 2.2 Tesis.

La Sala sostendrá que, las objeciones de derecho formuladas por el alcalde Distrital de Cartagena al mencionado proyecto de acuerdo, son infundadas, dado que las normas que se alegan incumplidas en el trámite del proyecto de acuerdo, sólo son aplicables a la *"Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial"*, supuestos normativos que no son aplicables en el presente caso, habiéndose acreditado además el respaldo presupuestal y financiero para la creación del cargo dispuesta en Proyecto de Acuerdo cuestionado, tal y como se explicará seguidamente.

### 2.3 Marco jurídico.



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

### **2.3.1 Modificación de las plantas de personal.**

El artículo 313-6 de la Constitución Política le asigna a los Concejos Municipales, la función de *"Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos"*, y a los alcaldes (art. 315-7 ibídem), la función de: *"crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes."*

En este orden de ideas, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional y el H. Consejo de Estado<sup>5</sup>, la conformación de las plantas de personal a nivel territorial es una labor que desarrollan, en cada una de sus jurisdicciones, los respectivos Gobernadores y Alcaldes, de acuerdo con lo estipulado previamente por las Asambleas y los Concejos correspondientes.

Las plantas de personal permiten darle una estructura organizacional y funcional a las entidades públicas a través de la relación de los diferentes cargos o empleos públicos que la componen. A pesar de que ellas, en principio, tienen una vocación de permanencia a efectos de darle estabilidad y continuidad al desarrollo de la función pública que ejerce la respectiva entidad, estas son susceptibles de ser modificadas en aras de la satisfacción de los fines esenciales del Estado y del interés general, conclusión que tiene sustento en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política.

Una consecuencia de ello, es que la modificación de las plantas de personal tiene que estar fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración, con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, además de basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren. Esto evidencia que las reestructuraciones administrativas corresponden a una actuación reglada en la que la administración debe actuar dentro del marco legal establecido para el efecto, de manera que no pueden ser caprichosas o arbitrarias sino que han de estar debidamente justificadas.

En ese sentido, la Ley 909 de 2004, *«Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»*, dispone lo siguiente en su artículo 46, modificado por el 228 del Decreto Ley 019 de 2012:

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION B-  
Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE-Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011).-  
Radicación número: 27001-23-31-000-2007-00034-01(0622-09)-Actor: ELY GOMEZ ORTEGA-Demandado:  
DEPARTAMENTO DEL CHOCO.





Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

**"Artículo 46. Reformas de planta de personal.** Las reformas de plantas de personal de **empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial**, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública."

De la anterior disposición se desprende que las necesidades del servicio deben estar demostradas, para lo cual el legislador consagró que toda reestructuración administrativa tiene que fundamentarse en el estudio técnico respectivo, documento éste que contiene la aptitud técnica y legal del proceso, pues en él se debe ver reflejada la motivación que lleva a la modificación de la organización o entidad y que se erige como presupuesto *sine qua non* de la legalidad de la misma.

Tal estudio técnico debe ser elaborado por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, contener las causas que llevan a la modificación de su estructura y la metodología que se implementará para el correspondiente análisis, tal como lo prevén los artículos 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

Al respecto, el artículo 96 precisó que las modificaciones de las plantas de empleos deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general y estableció que se entiende que la modificación está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de las que se enuncian a continuación:

«96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.

96.2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.





Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

- 96.3. *Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
- 96.4. *Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
- 96.5. *Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*
- 96.6. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
- 96.7. *Introducción de cambios tecnológicos.*
- 96.8. *Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*
- 96.9. *Racionalización del gasto público.*
- 96.10. *Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas»*

Por último y según la causa que origine la necesidad de fusionar, suprimir o crear cargos o dependencias, dentro de la entidad, los estudios para las modificaciones de las plantas de empleos deben basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos: i) análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; ii) evaluación de la prestación de los servicios; y iii) evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos. (Art. 97 del Decreto 1227 de 2005)

Ahora bien, frente a los empleos temporales o transitorios como modalidad de empleo público, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, establece que ***“La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.”***

En efecto, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, establece que ***“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.”***

Finalmente, el Decreto 1083 de 2015 ***“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”***, en el Título 12, sobre reformas de la planta de empleos, estableció, en lo relevante, lo siguiente:



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

**"ARTÍCULO. 2.2.12.1 Reformas de las plantas de empleos.** Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren. (...) (negrillas y subrayas nuestras).

### 2.3.2 Sobre el deber de cumplimiento de los fallos de tutela<sup>6</sup>.

Cumplir con las providencias judiciales es un imperativo del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>7</sup>. El derecho a acceder a la justicia<sup>8</sup> implica, para ser real y efectivo, al menos tres obligaciones, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de **abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso;** (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de **adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho;** y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce<sup>9</sup>.

El acceso a la justicia no se agota en la posibilidad de acudir ante la administración de justicia para plantear un problema jurídico, ni en su resolución, sino que implica, también, que **"se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados"**<sup>10</sup>.

Además de afectar el acceso a la justicia, incumplir las providencias judiciales desconoce la prevalencia del orden constitucional y la realización de los fines del Estado, vulnera los principios de confianza legítima, de buena fe, de seguridad jurídica y de cosa juzgada, porque da al traste con la convicción legítima y justificada de una persona que, al acudir ante la administración de justicia, espera una decisión conforme al derecho que sea acatada por las autoridades o por los particulares a quienes les corresponda hacerlo.

El incumplir una providencia judicial puede comprometer la responsabilidad de la persona a quien le es imputable esta conducta y puede tener

<sup>6</sup> Al respecto ver Sentencia C-367/14

<sup>7</sup> Cfr. Sentencias T-1686 de 2000 y C-1006 de 2008.

<sup>8</sup> Cfr. Sentencias C-426 de 2002 y T-443 de 2013.

<sup>9</sup> Estas obligaciones están previstas, también, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2).

<sup>10</sup> Cfr. Sentencias T-553 de 1995, T-406 y T-1051 de 2002, T-096-08.



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

consecuencias en diversos ámbitos. Y puede comprometerla, porque si bien el incumplimiento obedece a una situación objetiva, dada por los hechos y sólo por los hechos, la conducta de incumplir obedece a una situación subjetiva, en la cual es relevante la culpabilidad de su autor.

En algunos casos excepcionales, la conducta de incumplir no obedece a la voluntad de la persona llamada a cumplir con la providencia judicial, sino que responde a una situación de imposibilidad física y jurídica. **No se trata de una imposibilidad formal o enunciada, sino de una imposibilidad real y probada, de manera eficiente, clara y definitiva**, de tal suerte que, en estos eventos, para la satisfacción material del derecho involucrado "es procedente acudir a otros medios que permitan equiparar la protección del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia o que mitiguen los daños causados a la persona afectada", valga decir, se puede prever formas alternas de cumplimiento del fallo<sup>11</sup>.

Ahora bien, si incumplir una providencia judicial es, como se vio, una conducta grave que puede comprometer la responsabilidad de la persona involucrada en diversos ámbitos, **incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad**, porque (i) **prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado** y (ii) **constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia**<sup>12</sup>

Ante la orden impartida en un fallo de tutela su destinatario tiene dos opciones: una, que es la regla, cumplirla de manera inmediata y adecuada (art. 86 CP) y, dos, que es la excepción, **probar de manera inmediata, eficiente, clara y definitiva la imposibilidad de cumplirla**. La impugnación del fallo o la selección para su eventual revisión por este tribunal no suspende el cumplimiento del fallo de tutela (art. 86, inc. 2). Por lo tanto, **en ningún evento el destinatario de la orden puede prolongar en el tiempo la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales**, simplemente porque así lo tiene a bien, o porque esa es su voluntad, o por haber impugnado la decisión del juez de primera instancia, o por estar pendiente la posible selección de las decisiones judiciales para su eventual revisión por la Corte Constitucional.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha sostenido que, de acuerdo con el régimen jurídico del recurso de amparo constitucional, "es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los

<sup>11</sup> Cfr. Sentencias T-587 de 2008, T-001 de 2010 y T-263-2013

<sup>12</sup> Cfr. Sentencias T-329 de 1994 y C-1003 de 2008.



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. El incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta. Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1º y 2º). Y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho (arts. 29, 86 y 230)"<sup>13</sup>.

Conforme lo expuesto, y sentadas las premisas normativas bajo las cuales ha de resolverse el estudio de validez demandado, procederá la Sala a revisar lo probado en el caso concreto.

### 3. CASO CONCRETO

#### 3.1 Hechos probados.

En autos figuran pruebas documentales que dan cuenta de los siguientes hechos relevantes probados:

**3.1.1** Mediante oficio CDC-277 del 19 de septiembre de 2017, la Contralora Distrital de Cartagena de Indias presentó al Concejo de esta ciudad, Proyecto de Acuerdo, "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA EL CARGO DE PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 219, GRADO 20 EN LA PLANTA DE PERSONAL DE CONTRALORIA DIASTRITAL EN CUMPLIMIENTO DE UNA DECISION JUDICIAL", junto con la exposición de motivos correspondiente (Fl. 15-17). Dentro de la motivación respectiva, se indicó que la señora CANDELARIA HERNÁNDEZ HERRERA instauró acción de tutela contra la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, con el fin de solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo y al mínimo vital por tener la calidad de prepensionada, en lo relativo a la declaratoria de insubsistencia mediante Resolución No. 356 del 24 de octubre de 2016, frente al empleo que ostentaba de Profesional Universitario, Código 219 Grado 20. Que dicha acción de tutela fue decidida mediante fallo de segunda instancia de fecha 7 de septiembre de 2017, emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, que resolvió tutelar los derechos fundamentales de la accionante, y:

"SEGUNDO: a) **ORDENAR al CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA** que dentro del término de 48 horas contados a partir de la notificación del presente proveído, **realice las gestiones necesarias para la creación de un cargo, de**

<sup>13</sup> Sentencia T-512 de 2011.



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

**las mismas características y graduación que ocupó la actora CANDELARIA HERNANDEZ HERRERA antes de ser desvinculada de la Contraloría Distrital de Cartagena, para hacerse efectiva su reincorporación.**

b) Ordenar a la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA **una vez creado el cargo proceda en forma inmediata a reincorporar a la señora CANDELARIA HERNANDEZ HERRERA** a la planta de personal de la entidad en el cargo creado." (Negrillas nuestras).

Según el mentado oficio, al proyecto se anexó certificado de apropiación presupuestal nómina funcionarios de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias vigencia 2017, suscrito por el Director Administrativo y Financiero de esta entidad, y copia de los fallos de primera y segunda instancia.

**3.1.2** El aludido proyecto Acuerdo 073 fue aprobado por el Concejo de Cartagena en primer debate de Comisión del día 5 de diciembre de 2017 y segundo debate de Plenaria los días 15 y 22 de diciembre de 2017, quedando su texto, así (Fl. 122-123):

**"...ACUERDA**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Créese un cargo transitorio de Profesional Universitario Código 219, grado 20 dentro de la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, en cumplimiento de una sentencia judicial que ordena al Concejo Distrital de Cartagena de Indias a realizar las gestiones necesarias para la creación del cargo, de las mismas características y graduación que ocupó la actora CANDELARIA HERNANDEZ HERRERA antes de ser desvinculada de la Contraloría Distrital de Cartagena, para hacerse efectiva su reincorporación.

**ARTICULO SEGUNDO:** De conformidad con lo certificado por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, las funciones del Cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 20 son las siguientes:  
(...)

**3.1.3** En fecha 3 de enero de 2018, se radican ante el Concejo Distrital de Cartagena las objeciones de derecho que elevó el Alcalde (E) al proyecto de acuerdo citado (Fl. 124-126), exponiendo en esencia que en el proyecto de Acuerdo 073 de 2017, enviado para sanción, no se observa el estudio técnico de que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 y artículo 2.2.12.1 del Decreto 1083 de 2015, ni la disponibilidad de los recursos para cancelar las prestaciones sociales y demás gastos que puede generar la creación del cargo. Mediante Decreto 0015 del 11 de enero de 2018, se convocó a sesiones extraordinarias para el estudio de esas objeciones (Fl. 113).

**3.1.4** En sesión extraordinaria del día 19 de enero de 2018, se leyeron las objeciones propuesta por el Alcalde, y de designó una Comisión Accidental para el estudio de las mismas y posteriormente presentar un informe a la



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

Plenaria (Fl. 113-121), y posteriormente el 20 de enero de 2018 la Comisión Accidental presentó informe sobre las objeciones por el Alcalde, en la cual solicita no acogen las mismas, infirme que se sometió a estudio y aprobación de la Plenaria, la cual decidió no acoger las mismas (Fl. 113).

**3.1.5 El 24 de enero de 2018**, se recibe en la administración el proyecto de acuerdo, junto con sus anexos soportes de que el concejo no acogió las objeciones (Fl. 113).

**3.1.6** Según certificación expedida por el Director Administrativo y Financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena, de fecha 20 de septiembre de 2017, en el rubro presupuestal identificado con el código 21010101 **“Sueldo Personal Nómina y Prestaciones Sociales”**, existe un saldo a la fecha por un valor de **\$1.388.377.388**, para atender los sueldos de los funcionarios de la Contraloría Distrital de Cartagena correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2017 (Fl. 197); Tal documento que fue allegado por el Concejo de Cartagena, en su escrito de intervención.

**3.1.7** Según certificación expedida por el Director Administrativo y Financiero (E) de la Contraloría de Cartagena, de fecha 17 de enero de 2018, en el rubro presupuestal identificado con el código 21010101 **“Sueldo Personal Nómina y Prestaciones Sociales”**, existen los recursos para asumir el nuevo cargo que se crea (Fl. 198); en dicha certificación, se precisa que los recursos asignación para la vigencia presupuestal 2018, son suficientes para atender los salarios y prestaciones sociales de los funcionarios de la Contraloría Distrital de Cartagena; incluyendo el cargo nuevo creado por el H. Concejo Distrital de Cartagena y que será sancionado por el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias. Tal documento que fue allegado por el Concejo de Cartagena, en su escrito de intervención.

**3.1.8** Mediante oficio del 18 de enero de 2018 (Fl. 119-201), dirigido al Concejo Distrital del Cartagena, la Directora Financiera de la Contraloría Distrital de Cartagena, certificó que esa entidad cuenta con los Recursos de Apropiación de Ingresos y liquidación del Gasto en los rubros y códigos presupuestales señalados en dicha certificación, para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2018, precisando los gastos de funcionamiento (gastos de personal y gastos generales).

**3.2 Análisis crítico de los hechos relevantes probados de cara a las objeciones al proyecto de acuerdo cuestionado.**

Así las cosas, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado en esta providencia, encontrando que las objeciones formulada por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, al Proyecto de Acuerdo 073 de 2017, se circunscriben, en esencia, a: **i)** la inexistencia del estudio técnico, según lo exigen los artículo 21 y 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Decreto





Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

019 de 2012, y Decreto 1083 de 2015, en su artículo 2.2.12.1, frente a la creación el cargo, al entenderlo como una reforma a la planta de personal, y ii) ausencia de certificación o disponibilidad financiera que permita respaldar los recursos para cancelar las prestaciones sociales y demás gastos que se pueden generar con la creación del cargo, conforme lo exige el artículo 71 del Decreto 111 de 1996

Al respecto, y una vez valoradas las aludidas objeciones a la luz del marco jurídico citado, advierte esta Sala de Decisión que las mismas no están llamadas a prosperar, pues en primer lugar y en lo relativo al estudio técnico que exige el burgomaestre, debe indicarse que las referida Ley 909 de 2004 y Decreto 1083 de 2015, sólo son aplicables a la "Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial", teniéndose que en el presente caso nos encontramos frente una reforma de planta de empleos, ni mucho menos frente a una entidad que pertenezca a la Rama ejecutiva ni del orden nacional ni territorial, sino frente a ente autónomo de control, como lo es, la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA.

En efecto, para la Sala no resulta constitucionalmente valido ni razonable, pretender la realización de un estudio técnico propio de las reformas de plantas de empleos, para la creación de un cargo transitorio que viene precedida por una orden de un Juez constitucional de tutela, pues evidentemente no nos entramos frente a supuestos que consagra la norma (Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.12.2 Motivación de la modificación de una planta de empleos), para que sea viable la una reestructuración administrativa de una planta de empleos, esto es, relacionadas con las necesidades del servicio o la modernización de la entidad, y que básicamente tiene como causas: "1. Fusión, supresión o escisión de entidades. 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad. 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro. 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones. 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios. 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo. 7. Introducción de cambios tecnológicos. 8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad. 9. Racionalización del gasto público. 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas."

En ese sentido, esta Sala de Decisión comparte el criterio expuesto por el Concejo Distrital de Cartagena en su escrito de intervención, pues claramente el proyecto de acuerdo presentado por la Contraria Distrital de Cartagena y aprobado por esa corporación edilicia, obedeció



Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

estrictamente a una orden impartida por un juez de tutela, el cual ordenó al CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA la creación del cargo de Profesional Universitario 2019 grado 20, con ocasión de la tutela interpuesta por la señora Cancelaria Hernández Herrera, dada su condición de prepensionada y al amparo de sus derechos fundamentales, situación que evidentemente no requiere una reestructuración de la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena y por consiguiente, del aludido estudio técnico.

Para la Sala y conforme al marco jurídico expuesto en esta providencia, la objeción que en dicho aspecto expuso el burgomaestre al Proyecto de Acuerdo No. 073 de 2017, sólo representa una prolongación de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la señora CANDELARIA HERNÁNDEZ HERRERA, y que ya habían sido tutelados por el Juez constitucional, lo que constituye en el sentir de esta Sala un nuevo agravio frente a sus derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia real y efectivo a la administración de justicia.

Lo anterior, en tanto que el destinatario de un fallo de tutela de manera inmediata y adecuada (art. 86 CP), tal y como lo dispuso el Concejo de Cartagena de Indias, sin que el Alcalde haya probado que se encuentra en imposibilidad de cumplir dicha orden, máxime cuando en el trámite del proyecto de Acuerdo en cuestión se acreditó que el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 20 de la Contraloría Distrital creado de manera transitoria, no definitiva, cuenta con la disponibilidad presupuestal y financiera de las vigencias 2017 y 2018 (Fl. 118 y 197-198), que garantizan en pago de los salarios y prestaciones sociales propias de dicho cargo, que se reitera es temporal o transitorio, descartando en ese sentido el segundo aspecto de las objeciones planteadas al por Alcalde Mayor de Cartagena al Proyecto de Acuerdo 073 de 2017.

En efecto, esta Corporación considera que el Proyecto de Acuerdo 073 de 2017, sí cumplió con los mandamientos del artículo 71 del Decreto 111 de 1996, esto es, contar con certificados de disponibilidad previos que garantizaran la existencia de apropiación suficiente para atender dicho gasto, descartando en ese sentido el argumento expuesto por el Alcalde Distrital.

En consonancia con lo anterior, tampoco se encuentra válida la objeción relativa a la violación a los límites de gastos de funcionamiento de la Contraloría Distrital de Cartagena en los términos de la Ley 617 de 2000, pues según lo certificó dicha entidad ante el Concejo de Cartagena (Fl. 199-201), cuenta con recurso de apropiación de ingresos y liquidación los gastos de funcionamiento para la vigencia correspondiente del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018, en la suma de \$6.662.998.150.





Rad. 13001-23-33-000-2018-00098-00

Así las cosas, y dado que en el presente caso no se demostró que el destinatario de la orden de tutela se encuentra en imposibilidad material, ni jurídica de cumplirla y que no resulta válido desde los principios de fundación al estado social de derecho prolongar en el tiempo la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la señora CANDELARIA HERNÁNDEZ HERRERA, este Tribunal declarará infundadas las objeciones formuladas por el Alcalde Distrital de Cartagena de Indias, al proyecto de acuerdo N° 073 de 2017, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias,

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO:** DECLARAR INFUNDADAS las objeciones formuladas por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias (E), al proyecto de Acuerdo No. 073 "Por el cual se crea un cargo transitorio de Profesional Universitario código 219, grado 20 en la planta de personal de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias en cumplimiento de una sentencia judicial", aprobado por el Concejo Distrital de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COMUNÍQUESE** esta determinación al señor Alcalde Distrital de Cartagena y al Presidente del Concejo Distrital de dicha localidad.

**TERCERO: ARCHÍVESE** el expediente, una vez ejecutoriada esta providencia, previa las desanotaciones de rigor.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Constancia: El proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS,**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**