

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 1**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 27 AGO 2019

REFERENCIAS

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE: CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA GAONA
ACCIONADO: MUNICIPIO DE RONDÓN
RADICACIÓN: 1500133331011201100046-01

=====

La Sala decide el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 10 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda. Al respecto, se confirmará la decisión recurrida.

I. ANTECEDENTES**I.1.- DEMANDA.** (Fls. 2-19)

1.1. Claudia Patricia Espinosa Gaona, por conducto de apoderado judicial, incoó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Rondón, a fin de obtener la nulidad del Decreto No. 044 de 27 de septiembre de 2010, por medio del cual se declaró terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Comisaria de Familia, Código 202 de dicho municipio.

Como consecuencia de lo anterior, pidió se condene al ente demandado a reintegrarla en un cargo igual o superior categoría al que ocupaba, declare que no existió solución de continuidad en

la prestación del servicio. Así mismo, solicitó que se ordene al accionado pagarle los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde su remoción hasta la fecha de su reintegro. Por último, solicitó se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 C.C.A. Y se condene en costas al Municipio de Rondón.

1.2. Fundamentos fácticos.

La situación fáctica en la que la demandante sustenta sus pretensiones, es la que a continuación se narra:

Señaló que fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Comisaria de Familia Código 202 del Municipio de Rondón, mediante Decreto 029 de 8 de septiembre de 2008 y posesionada el mismo día. Manifestó que siempre cumplió las funciones asignadas, nunca tuvo llamados de atención ni investigaciones disciplinarias.

Indicó que el entonces Alcalde del Municipio de Rondón-Boyacá expidió el Decreto No. 044 de 27 de septiembre de 2010, a través del cual resolvió declarar terminado su nombramiento en provisionalidad del cargo de Comisaria de Familia Código 202, por falta de requisitos para ejercer el cargo, de acuerdo con los artículos 80 y 85 de la Ley 1098 de 2006.

Arguyó que la Corte Constitucional en sentencia C-149 de 2009, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra las mencionadas disposiciones, declaró su exequibilidad condicionada, para ello amplió las áreas de posgrados afines con los estudios como el caso de las Ciencias Sociales para desempeñar el cargo de Comisario de Familia.

Precisó que a pesar de que no cuenta con especialización en Derecho Civil o de Familia, si tiene posgrado en Gobierno y Gerencia Territorial que trata del estudio de reorganización política y administrativa del país acompañado de un manejo eficiente de lo público, lo que evidentemente constituye el estudio de una de las áreas de las ciencias sociales.

1.2.- SENTENCIA APELADA. (Fls. 259-263)

Mediante sentencia de 10 de julio de 2015, el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja negó las pretensiones reclamadas.

Subrayó que al comparar el currículo o pensum del programa de posgrado en Gobierno y Gerencia Territorial de la Universidad Santo Tomas con las funciones asignadas a los defensores de familia, permite inferir que no se cumple con la titulación de posgrado que exige el No. 3 del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006.

Determinó que ninguna de las materias previstas en el plan de estudios para la referida especialización se relaciona directamente con las funciones del Defensor de Familia, por el contrario, advirtió que la misma se encuentra diseñada para personas interesadas en potenciar sus conocimientos en la vida municipal y regional, gobernabilidad democrática, técnicas modernas de la administración pública, mecanismos de participación ciudadana.

Dijo que si bien podían existir algunas coincidencias en ciertas asignaturas de la Especialización en Gobierno y Gerencia que tiene la demandante están más relacionadas a la administración municipal de la cual necesariamente hace parte el cargo de Comisario de Familia, la esencia de este empleo es distinta pues está enfocado con medidas de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes, permisos para salir del país, filiación, custodia y cuidado personal del niño, cuota alimentaria, entre otras.

Bajo ese entendido, concluyó que la especialización con que cuenta la demandante en Gobierno y Gerencia no sustituye o reemplaza el requisito de estudios especializados que se exige para ejercer el cargo de Comisario de Familia.

1.3.- RECURSO DE APELACIÓN. (Fls.265-279)

En desacuerdo con la decisión adoptada por el Juez de instancia, la parte demandante la apeló con sustento en los siguientes argumentos:

Resaltó que no hubo pronunciamiento de fondo por parte del A quo respecto a la falta de motivación del acto administrativo enjuiciado, pese a que la entidad accionada solo se limitó a indicar que la razón para terminar su nombramiento se debió a no cumplir con los requisitos para el ejercicio del cargo de Comisaria de Familia contemplados en los artículos 80 y 85 de la Ley 1098 de 2006, sin que el juzgador se refiriera por qué el título de especialización que acreditó no guarda relación directa o indirecta con los estudios de posgrados que la norma citada prevé y en

cambio se apartó de la posición jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional en Sentencia C-149 de 2009 para darle una interpretación distinta a dicha norma.

Manifestó que no encuentra una diferencia sustancial para que quien acredite un posgrado en derecho administrativo esté en posibilidad de ocupar un cargo de comisario de familia pero quien haya cursado una especialización en Gobierno y Gerencia Territorial no le sería posible. Puesto que al comparar el pensum de ambas especializaciones ofertadas en la Universidad Santo Tomas de Tunja resulta claro que existen notables coincidencias en las materias, y que no están dirigidas en esencia a atender necesidades o derechos de los niños y niñas, los adolescentes y las adolescentes, entre otros.

Cuestionó que el juez de primer grado debió determinar si existió motivación del acto acusado y no pretender suplir dicha falencia con la comparación entre las funciones del Defensor de Familia y las materias del pensum académico de la Especialización en Gobierno y Gerencia Territorial. Pues a su juicio, eso simplemente demuestra que el acto administrativo carece de motivación suficiente y por lo tanto debe ser declarado nulo.

Alegó que no se tuvo en consideración que fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Comisaria de Familia del Municipio de Rondón, lo cual le otorgaba cierta estabilidad laboral para los eventos de desvinculación, por tanto el acto administrativo de retiro debe cumplir con el principio de "razón suficiente" que implica que expongan los motivos específicos y concretos de hecho y derecho que dieron lugar al mismo.

Por último, señaló que la sentencia de primera instancia vulneró el principio de congruencia, ya que declaró la prosperidad de la excepción de inexistencia de desviación de poder y, en consecuencia, negó las súplicas de la demanda, cuando en la parte motiva del fallo no refiere siquiera a las razones, argumentos y pretensiones aludidas en el escrito de demanda como en los alegatos de conclusión y menos a los medios exceptivos propuestos por la parte demandada.

I.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA. (Fls. 307-308).

La parte demandada sostuvo que de acuerdo con el posgrado en Gobierno y Gerencia Territorial que ostenta la demandante,

éste no es afín a los estudios especializados que exige la Ley 1098 de 2006 para ejercer el cargo de Comisario de Familia, la cual establece: *"siempre que se entienda que para el cumplimiento del requisito se pueden acreditar también otros títulos de posgrado que resulten afines con los citados y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al defensor de familia"*.

Destacó que teniendo en cuenta el rol del Comisario de Familia, el Estado debe propender porque la persona que ejerza tal cargo, tenga conocimientos específicos en áreas relacionadas con el Derecho de Familia, máxime si son los encargados de defender los intereses de los niños y las niñas, los adolescentes y las adolescentes, así como garantizar, proteger y restablecer sus derechos fundamentales.

Recordó que el artículo 79 de la Ley 1098 de 2006 consigna que las defensorías y comisarías de familia son dependencias de naturaleza multidisciplinaria, ello explica por que se permite la acreditación de otras áreas de especialización diferentes al derecho de familia, se sirve del derecho civil concebido como el tronco del cual deriva el derecho de familia, así mismo las funciones del comisario de familia se ejercen dentro del marco y de las reglas del derecho procesal, de igual manera tienen un carácter administrativo, y el núcleo de la protección de los menores se encuentra en relación con los derechos humanos y el derecho constitucional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la Sala abordará, en su orden: *i.* Lo que se debate y formulación del problema jurídico; *ii.* Las proposiciones sobre los hechos; *iii.* De la motivación de los actos administrativos que dispongan el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad; *iv.* De los requisitos legales para desempeñar el cargo de Comisario de Familia, para finalmente abordar el *v.* Estudio y solución del caso concreto.

II.1. LO DEBATIDO Y PROBLEMA JURÍDICO.

1.1. Tesis del juez de primera instancia.

Consideró que el título con que cuenta la demandante en Gobierno y Gerencia no sustituye o reemplaza el requisito de estudios de posgrado especializados que se exige la Ley 1098 de 2006 para ejercer el cargo de Comisaria de Familia.

1.2. Tesis de la parte recurrente (demandante).

Esgrimió que al haber ocupado en provisionalidad el cargo de Comisaria de Familia del Municipio de Rondón le asiste estabilidad laboral, y solo era posible su desvinculación siempre que el acto administrativo cumpliera con el principio de "razón suficiente" que implicaba necesariamente que la administración expusiera los motivos específicos y concretos de hecho y derecho que dieron lugar a su remoción.

Aseveró que el Decreto 044 de 2010 carece de motivación, aspecto que no fue analizado por el *A quo*, sumado a que no explicó por que el título de especialización que acreditó no guarda relación directa o indirecta con los estudios de posgrados que la norma citada prevé y en cambio se apartó de la posición jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional en Sentencia C-149 de 2009.

Añadió que la decisión de primera instancia transgrede el principio de congruencia.

1.3. Problema jurídico y tesis general de la Sala.

De acuerdo con las posturas argüidas, la Sala propone el siguiente cuestionamiento a resolver:

¿El acto administrativo reprochado-Decreto 044 de 27 de septiembre de 2010 que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el cargo de Comisaria de Familia del Municipio de Rondón, está viciado de nulidad por falta de motivación, que amerite su consecuente nulidad?

Para la Sala, el acto acusado sí cuenta con motivación jurídicamente válida, ya que en efecto, se pudo determinar que su desvinculación se debió a que no cumplía con los requisitos legales previstos para ejercer el cargo de Comisaria de Familia conforme lo consagra la Ley 1098 de 2006, relacionados con estudios de posgrado. De igual forma, se descartó que el título de especialista en Gobierno y Gerencia Territorial que ostenta la accionante sea afín con los posgrados establecidos por el legislador y las funciones asignadas para dicho empleo.

II.2. LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

En el expediente se encuentran probadas las afirmaciones sobre los siguientes hechos:

_Mediante Decreto No. 029 de 8 de septiembre de 2008, fue nombrada en provisionalidad Claudia Patricia Espinosa Gaona en el cargo de Comisaria de Familia, Código 202 del municipio de Rondón¹.

_Con Decreto No. 044 de 27 de septiembre de 2010, el Alcalde Municipal de Rondón da por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante, por falta de cumplimiento de los requisitos legales previstos para el cargo de Comisaria de Familia (Fls. 20-25).

_Así mismo, consta en el expediente que la señora Espinosa Gaona cuenta con el título de abogada otorgado por la Universidad de Boyacá (Fls. 31-32). De igual manera, se acredita que es especialista en Gobierno y Gerencia Territorial de la Universidad Santo Tomas de Tunja (Fol. 79).

_A través de Acuerdo No. 14 de 31 de mayo de 2010, expedido por el Concejo Municipal de Rondón, *"Por medio del cual se modifica la estructura organiza de la administración central del Municipio de Rondón, se da Cumplimiento al Acuerdo Municipal No. 002 del 18 de Febrero de 2009, y se crea la unidad de servicios públicos de Rondón"* (Fls. 228-232).

_Reposa copia del Decreto No. 12 de 30 de abril de 2004, proferido por el Alcalde Municipal de Rondón, por medio del cual establece la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio de Rondón, y se dictan otras disposiciones (Fls. 235-238).

_Se avizora que posteriormente, fue emitido el Decreto No. 021 de 20 de junio de 2008, por el Alcalde de la época del Municipio de Rondón, mediante el cual se modificó los Decretos Municipales Nros. 12 y 14 de 2004, adicionando a la planta de personal del municipio y al manual específico de funciones y competencias laborales, el cargo y funciones del empleo Comisario de Familia (Fls. 239-243).

¹ Tal como se consigna a folio 21 del expediente.

_Certificación expedida por el Tesorero Municipal de Rondón en la que consta los salarios devengados por la demandante Claudia Patricia Espinosa Gaona cuando se desempeñó en el cargo de Comisaria de Familia de dicha municipalidad entre el 8 de septiembre de 2008 y 30 de septiembre de 2010 (Fl. 244).

_Según oficio de 26 de febrero de 2015, suscrito por la Decana Académica de la Facultad Administración de Empresas de la Universidad Santo Tomas quien certificó las asignaturas que cursó la demandante en la especialización en Gobierno y Gerencia primer periodo académico de 2007 y finalizó en el primer periodo académico de 2008, a saber (Fol. 245-246):

2007-1

Organización Administrativa Territorial
Procesos de Control de Gestión
Seminario de Investigación I
Mecanismo de Participación Ciudadana

2007-2

Seminario de Investigación II
Hacienda Pública Territorial
Planeación y Ordenamiento Territorial

2007-3

Servicios Públicos Domiciliarios
Seminario de Investigación II
Contratación Estatal
Desarrollo del Talento Humano

2008-1

Gerencia Territorial
Seminario de Investigación IV
Proyectos de Desarrollo

_De acuerdo con la versión rendida por la señora Claudia Patricia Espinosa en audiencia de 17 de febrero de 2015, se puede extraer de interés al asunto de la referencia lo siguiente:

"PREGUNTA: Que estudios tiene señora ESPINOSA GAONA:

RESPONDIÓ: Soy abogada, administradora pública Municipal y Regional, con especialización en Gobierno y Gerencia Territorial. (...) **PREGUNTA:** Señora Espinosa Gaona indíqueme al Despacho cual fue su experiencia laboral anterior a desempeñarse como Comisaria de Familia del Municipio de Rondón. **RESPONDIO:**...había trabajado 4 años como

secretaria de hacienda del municipio de Ramiriqui, fui secretaria de gobierno del municipio de Ramiriqui, fui abogado litigante en dos etapas, había trabajado en el Hospital San Vicente de Ramiriqui, fui consultor contratista para diferentes proyectos, estuvo en el municipio de Ciénega con la elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial, trabaje en la empresa privada con la Empresa los Delfines, con otra empresa de transportes, trabaje como docente en la UPTC, esa fue esencialmente la experiencia. **PREGUNTA:** Señora Espinosa Gaona indíqueme al Despacho si lo recuerda el nombre del Alcalde del Municipio de Rondón para la época de los hechos: **RESPONDIÓ:** Jaime Armando Gómez Buitrago: **PREGUNTADO:** ¿COMO ERAN LAS RELACIONES PROFESIONALES CON EL CITADO ALCALDE MUNICIPAL? **RESPUESTA:** con él las relaciones eran buenas, eran muy cordiales, el inicialmente lo conocí porque él requería con carácter urgente darle cumplimiento a una disposición que él me estaba dando, que era hacer la interventoría de los contratos del régimen subsidiado, y yo lo apoye durante un periodo de tiempo y posteriormente para vincularme como comisaria de familia fue precisamente porque él no le estaba dando cumpliendo la ley, fue un exigencia que les habían hecho a todos los municipios, había tenido inconvenientes con la creación del cargo y él tuvo una reunión donde citaron todos los alcaldes, para era como un ultimátum que les hacían frente a la exigencia de creación de comisarías de familia y realmente el no tenía la persona ni había quien se le fuera para allá, digamos que no tenía los mecanismos y entonces el me pidió que le colaborara con la asistencia a la reunión y que le colaborara con el cargo, el realmente conocía mi hoja de vida, me conocía a mi porque ya le habían dado referencias y obviamente pues ya había hecho un trabajo con él, efectivamente, pues si el conoció mi trabajo aparte de eso conocía mi experiencia y siempre cualquier cosa él me pedía colaboración en lo que yo le pudiera aportar en cualquier actividad que el desarrollara, esencialmente fue eso, más bien de pronto ya el trasfondo de la decisión última que tomo ya tal vez tuvo otros orígenes que realmente no, fue como una decisión más apresurada de él, que ya vino como un último impulso que el dio frente a sus decisiones particulares como administrador del municipio.

Se tiene que la declaración de la accionante más allá de corroborar los estudios de educación superior con los que contaba, la vinculación laboral con el Municipio de Rondón en el cargo de Comisaria de Familia, su trayectoria laboral, no fue suficiente para demostrar su idoneidad para el cargo y la exigencia del conocimiento especializado que exigía el mismo.

II.3. DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DISPONGAN EL RETIRO DE UN EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD.

A partir de la expedición de la Ley 909 de 2004, se impuso el deber legal a las autoridades públicas de motivar los actos de remoción de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Es así, que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 contempla las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa así:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) **INEXEQUIBLE**. Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004. Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) **Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;**
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."

Por otro lado, en relación con el retiro del personal nombrado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, exige que el acto que así lo disponga deba estar imperiosamente motivado.

Igualmente, el artículo 10 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, contiene la misma exigencia de que se motiven los actos

² "(...) Párrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.
La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

administrativos que declaren insubsistente los nombramientos en provisionalidad, al tenor literal establece: *"Art. 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."*

Sea la oportunidad de aclarar que de acuerdo con jurisprudencia pacífica y coincidente del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, solo hasta la expedición de la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, se exigió que los actos de retiro de un empleado vinculado en provisionalidad fueran debidamente motivados bajo las condiciones allí establecidas, pues en vigencia de la Ley 443 de 1998, el retiro del empleado en provisionalidad se asimilaba al retiro del empleado vinculado bajo nombramiento ordinario y, en consecuencia, la motivación del acto no era un parámetro de conducta para los funcionarios que adoptaban este tipo de decisiones.

Lo anterior significa que en vigencia de la Ley 909 de 2004, el retiro de los empleados de carrera debe ser motivado, independientemente de la forma de vinculación, así sea en provisionalidad.

Otro de los pronunciamientos copiosos sobre la exigencia de que los actos administrativos que decidan terminar el nombramiento en provisional en vigencia de la Ley 909 de 2004 deban ser motivados, se encuentra la sentencia de 12 de octubre de 2011 del Consejo de Estado³, en la que expresó:

"(...) Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año)...".

³ C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Rad. 0451-11.

Respecto a las razones de la motivación, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo⁴ ha manifestado que los actos que separan a un empleado nombrado en provisionalidad deben ser motivados, esto es, debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario, teniendo en cuenta sus responsabilidades, así:

"...Ahora bien, frente el **contenido de la motivación** correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia de indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

"(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivos, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto".⁵

En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política, por ello, la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó:

"Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero

⁴ Sección Segunda-Subsección A; C.P Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Exp. 2012-00378-00 (AC) y (2012-00610-00 (AC).

⁵ Sentencia SU 917 de 2010.

ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, debe ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados."

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencia genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional..."

De lo anterior se desprende que los motivos que soporten el retiro de un empleado vinculado en provisionalidad en un cargo escalafonado, no pueden responder a argumentos superficiales o vanos que carezcan de comprobación, en cambio debe tratarse de razones viables y posibles de constatarse o verificarse, es decir, que estén precedidas de soporte fáctico, para determinarse con ello que contienen motivos reales y válidos que ameriten la decisión de la administración de separar el funcionario nombrado en provisional en un empleo de carrera administrativa.

En la materia, la Corte Constitucional profirió sentencia de unificación SU-054 de 2015, que reiteró la obligación inexcusable del nominador de motivar el acto que disponga el retiro del cargo de un funcionario que lo ocupe de manera provisional. *In extenso* se transcribe el siguiente a parte de la providencia referida.

"5.19. Concluye la sentencia citada que, siempre el nominador tiene el deber de motivar el acto por medio del cual retira del cargo a su funcionario, haciendo hincapié en que tal deber es inexcusable, y las causas que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia deben corresponder a las del caso concreto y particular.

5.20. Sobre el contenido de la motivación, la misma sentencia ha sido clara en recalcar que el acto debe cumplir un mínimo de exigencias respecto de su contenido material, deben constar en él las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide prescindir de los servicios de un determinado funcionario, sin que se admitan razones indefinidas, generales y abstractas:

"b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de 'razón suficiente' en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado"⁶. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"⁷.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"⁸.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo,

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: "Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa".

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa⁹ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, 'la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados'¹⁰.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple 'cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular'¹¹, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario¹². Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias¹³. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen 'explícitas' en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración¹⁴, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos."

⁹ CP., Artículo 209: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

¹⁰ Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.162.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

¹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

¹³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

¹⁴ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación", al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, "Las razones del Derecho". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, "La Argumentación en el Derecho". Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, "Argumentación y sentencia". En: Revista DOXA 21, 1998.

En consecuencia, la motivación que use la entidad estatal nominadora para soportar la decisión de terminación o retiro de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera también debe ser clara, cierta y precisa, luego se prohíbe exponer razones genéricas o abstractas que impidan al afectado conocer su verdadero fundamento.

II.4.- DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE COMISARIO DE FAMILIA.

Previo a abordar en contexto los presupuestos que debe cumplir quien pretende ejercer el cargo de Comisario de Familia, es importante resaltar que mediante la derogada¹⁵ Ley 443 de 1998, artículo 5 parágrafo 2¹⁶, se había catalogado como un empleo de carrera administrativa¹⁷, que guardó o conservó su clasificación aun con la expedición de la Ley 909 de 2004, artículo 3, numeral 1, literal a)¹⁸ inciso final.

En ese sentido, vale mencionar que para acceder a cargos de carrera administrativa y el ascenso a los mismos, el artículo 125 Superior consagra que de manera previa deben cumplirse los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Es así, que a través de la Ley 1098 de 2006 "*Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*", el Legislador consignó expresamente en el artículo 85 *Ibídem*, que el Comisario de Familia tendría las mismas calidades del Defensor de Familia, contempladas en el artículo 80 ejusdem, las cuales consisten en:

"ARTÍCULO 80. CALIDADES PARA SER DEFENSOR DE FAMILIA.
Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.
2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

¹⁵ Por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004.

¹⁶ PARÁGRAFO 2º.- El empleo de Comisario de Familia es de carrera administrativa.

¹⁷ Concordantemente el parágrafo único del artículo 13 de la Ley 575 de 2000 y el Decreto 785 de 2005.

¹⁸ ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

(...)

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000.

3. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso **el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.**”(Resaltado de la Sala).

En efecto, se puede afirmar que tanto el cargo de Defensor de Familia como Comisario de Familia se sirven de los mismos requisitos para ejercerse. Ahora, en cuanto al presupuesto 3, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-149 de 2009, declaró su exequibilidad condicionada bajo los siguientes lineamientos:

“...el que la norma exija título de posgrado para el cargo de defensor de familia, responde a la necesidad de que tales servidores cuenten con unas calidades especiales y estén provistos de un nivel alto de conocimiento para enfrentar con mayor responsabilidad y seguridad el ejercicio del cargo, encontrándose tal propósito acorde con la finalidad pretendida por el constituyente del 91 y por el Derecho Internacional Público, de garantizar la protección especial del menor.

(...)

Ahora bien, si el criterio utilizado por el legislador para exigir determinados títulos de posgrado, es el de la afinidad de éstos con las funciones asignadas al defensor de familia, considera la Corte que, para evitar la violación del principio de igualdad y el derecho a escoger profesión u oficio, debe entenderse que los descritos en el numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, lo son simplemente a título meramente enunciativo y no taxativo, pues es claro que existen otros posgrados que guardan íntima relación con la actividad de los defensores de familia y que no aparecen descritos en la norma, como puede ser el caso de los posgrados en derecho público y derecho penal, por citar tan solo algunos ejemplos

(...)

La Corte considera pertinente aclarar que una interpretación amplia de la norma impugnada **no lleva a entender que cualquier estudio de posgrado pueda hacerse valer como requisito para aspirar al cargo de defensor de familia.** Frente a la valoración de la exigencia de tener que acreditar título de posgrado en ciertas áreas, **al operador de la norma le asiste el deber de verificar que los programas curriculares tengan una relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas por la ley a los defensores de familia, pues sólo de esta manera se respeta el criterio de afinidad que tuvo en cuenta el legislador para regular la materia y que la Corte encuentra constitucionalmente admisible.**”(Destacado de la Sala).

De suerte que la citada sentencia declaró exequible la expresión *“Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en éste último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.”*, contenida en el numeral tercero (3º) del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, siempre que se entienda que para el cumplimiento del requisito se pueden acreditar también otros títulos de posgrado que resulten afines con los citados y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al defensor de familia, conforme a los artículos 81 y 82 de la misma ley.

La Sala resalta que para verificar el cumplimiento del requisito número 3 del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, la Corte Constitucional en la referida providencia señaló que el operador o aplicador de la norma debe cotejar que el programa curricular del posgrado (diferente a los allí expresamente enunciados), que acredite quien aspira al cargo de Defensor de Familia, tenga relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas a dichos empleos.

Del mismo modo, la Sala considera que tal apreciación hecha por el Máximo Tribunal Constitucional resulta aplicable para los cargos de Comisario de Familia, con la salvedad que se remite al artículo 86 de la Ley 1098 de 2006 que consagra las funciones atribuidas a dicho cargo, las cuales se circunscriben a:

“ARTÍCULO 86. FUNCIONES DEL COMISARIO DE FAMILIA.
Corresponde al comisario de familia:

1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.
2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.
3. Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes.
4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar.
5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.

6. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande.
7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.
8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.
9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales."

En ese orden, es claro que las calidades exigidas para ocupar el cargo de Comisario de Familia son las mismas que se contemplan para el empleo de Defensor de Familia, tales como¹⁹: i) Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente; ii) No tener antecedentes penales ni disciplinarios y iii) Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso **el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.**

Respecto al presupuesto tercero (3º), es importante indicar que para confrontar su cumplimiento debe recurrirse o acudir a lo previsto en la sentencia C-149 de 2009 que resolvió la demanda de constitucionalidad propuesta contra la disposición normativa en comento, para determinar que otros posgrados diferentes a los allí enlistados son afines a las funciones encomendadas al Comisario de Familia (Art. 86 Ley 1098 de 2006), pues no cualquier estudio de posgrado pueda hacerse valer como requisito para aspirar al cargo de comisario de familia.

II.5. ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

El recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la decisión de primera instancia se centra principalmente en la falta de motivación del acto administrativo enjuiciado, asunto que a su juicio no fue analizado por el Juez de instancia.

De manera previa, se precisa que como quiera que el acto acusado se expidió en vigencia de la Ley 909 de 2004, artículo 41 parágrafo 2, existe el deber inexcusable de la entidad accionada de motivar la decisión de prescindir de los servicios de la

¹⁹ Art. 80 de la Ley 1098 de 2006.

demandante como Comisaria de Familia del Municipio de Rondón-Boyacá quien lo ocupaba en provisionalidad.

Así pues, en el asunto de marras es importante traer a colación el contenido integral del acto administrativo a través del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante (Fls. 20-25):

**"DECRETO NUMERO 044
(27 DE SEPTIEMBRE DE 2010)**

**POR MEDIO DEL CUAL SE DA POR TERMINADO UN
NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD**

El alcalde del Municipio de Rondón en uso de sus facultades y atribuciones constitucionales y legales, y en especial las establecidas por el numeral sexto (6) del Art. 313 de la Constitución Política de Colombia, y la Ley 909 de 2004, en concordancia con la Ley 1098 de 2006 en sus artículos 80 y 85,

CONSIDERACIONES

(...)

5. Que por medio del decreto 029 del 8 de septiembre de 2008, se nombró a la Doctora **CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA**, identificada con C.C. No. 23.964.750 expedida en Ramiriquí, y Tarjeta Profesional No. 152.428 del C.S.J., en **PROVISIONALIDAD** para que desempeñara el cargo de Comisaria de Familia Código 202.

6. Que la Doctora **CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA GAONA**, identificada con C.C. No. 23.964.750 de Ramiriquí, tomo posesión del cargo para el cual fue nombrada el día 8 de septiembre del 2008.

7. Que la Ley 1098 de 2006 en sus Artículos 83, 84 y 85 establece la conformación, las funciones y en especial las calidades para ser Comisario de Familia haciendo especial énfasis en el Art 85 que prevé: "**para ser Comisario de Familia se requieren las mismas calidades que para ser Defensor de Familia**", vale decir, tener posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular.

8. Que el Alcalde Municipal solicito a todos y cada uno de los funcionarios de la planta de personal del municipio la actualización de las hijas de vida, conforme lo ordena el Departamento de la Función Pública, en la leyes 190 de 1995 443 de 1998 y demás normas concordantes.

9. Dentro del término permitido para la actualización de la hoja de vida, la Doctora **CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA GAONA**, presento nuevamente su hoja de vida anexando entre otros su perfil profesional, copia del acta de grado y el diploma que la acreditan como Especialista en Gobierno y Gerencia Territorial, allegando además otros documentos que certifican cursos y Diplomados.

10. Una vez realizado el estudio detallado de los documentos allegados, se observa que la única especialización con la que cuenta la doctora **CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA GAONA**, no corresponde a aquellas que se exigen el numeral tercero del Art 80 de la Ley 1098 de 2006, hecho este que permite inferir que la profesional en derecho no cumple con los requisitos de carácter obligatorio que exige la norma citada, para desempeñar el cargo de Comisario de Familia.

11. Que el Art 80 de la Ley 1098 de 2006, establece que si el profesional que desea ejercer el cargo de Comisario de Familia, demuestra que ha adelantado estudios de Especialización en Ciencias Sociales y siempre y cuando es estudio de la familia sea un componente curricular del programa, cumplirá a cabalidad con los requisitos y calidades que se exigen para desempeñarse como Comisario de Familia.

12. Que una vez revisado el programa curricular ofrecido por la Universidad Santo Tomas de Tunja frente a la especialización que ostenta la doctora CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA GAONA, se observa que dicho posgrado no tiene dentro de su programa ningún contenido que abarque el estudio de la familia o sus afines, como lo permite la norma anteriormente citada.

13. Que como resultado de lo anterior, la doctora CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA GAONA, no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la Ley, al tenor de lo dispuesto en el Art 85 y 80 de la Ley 1098 de 2006, de manera que no podrá continuar ejerciendo el cargo de Comisaria de Familia.

Que en mérito de lo expuesto, el suscrito Alcalde Municipal de Rondón,

DECRETA

ARTICULO PRIMERO. Declárese terminado el nombramiento en provisionalidad de la doctora **CLAUDIA PATRICIA ESPINOSA GAONA**, identificada con C.C. No. 23.964.750 de Ramiriquí, y T.P. 152.428 del C.S.J. al cargo de COMISARIO DE FAMILIA Código 202 del Municipio de Rondón, nombrada mediante Decreto 029 del 8 de septiembre de 2008, Por no cumplir los requisitos en (sic) los artículos 80 y 85 de la Ley 1098 de 2006.

(...)” (Destacado de la Sala)

Según los argumentos esgrimidos por la entidad demandada para soportar el retiro de la demandante del cargo que ocupaba en provisionalidad, encuentra la Sala que se trata de una razón válida jurídicamente, como lo es no cumplir las calidades legales exigidas para el ejercicio del cargo de Comisaria de Familia, puesto que el artículo 125 inciso 3 Superior impone que de manera previa la persona que ingrese a ocupar un cargo de carrera administrativa y pretenda ascender, cumpla los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

No en vano el legislador contempló calidades específicas y condiciones cualitativas que debe acreditar quien desee acceder a un cargo estatal, pues es importante demostrar la idoneidad para ocupar un empleo que ostenta determinadas características para su desempeño. En ese sentir, y dada la labor que ejerce un Comisario de Familia, es indispensable que cuente con los conocimientos especiales para afrontar con responsabilidad y seguridad el cargo, máxime si su más importante función es la protección de los niños, niñas, las adolescente y los adolescentes.

Por otro lado, con asombro la Sala advierte que el nombramiento de la señora Espinosa Gaona como Comisaria de Familia a través de Decreto No. 029 de 8 de septiembre de 2008, fue abiertamente ilegal, ya que para ese entonces no acreditaba los requisitos legales exigidos para el cargo por la Ley 1098 de 2006 y el Decreto Municipal No. 021 de 20 de junio de 2008 (Fls. 239-243), menos cuando el título de posgrado que pretende le sea tenido como equivalente, lo obtuvo el 18 de junio de 2010 (Fol. 79), esto es, mucho tiempo después de que se encontrara ejerciendo el cargo.

Es decir, que ni siquiera para el momento en que fue nombrada la demandante en el empleo de Comisaria de Familia del Municipio de Rondón contaba con la calidad profesional especializada requerida, con lo cual habría estado incurso en el desconocimiento de un deber legal contenido en el artículo 34 numeral 9 de la Ley 734 de 2002 que consiste en: *"Son deberes de todo servidor público: 9. Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo"*. Lo anterior, a la luz del Código Único Disciplinario constituye una falta disciplinaria sancionable, que por el paso del tiempo se encuentra lastimosamente prescrita.

Esa misma actuación contraria a la Ley, también trae implicaciones para quien -Alcalde- nombró a la accionante sin el lleno de los requisitos legales previstos para el cargo, tanto

disciplinaria como penalmente, por incurrir presuntamente en el delito de prevaricato por acción, por ende, se compulsará copias ante la Fiscalía General de la Nación-Seccional Tunja para que se investigue al ex Alcalde del Municipio de Rondón, el señor Jaime Armando Gómez Buitrago por los hechos que aquí se anotan.

Y en gracias de discusión, abundando en argumentos, al revisar las especificaciones concretas del cargo (Comisario de Familia Código 202) se tiene lo siguiente:

FACTORES	SUBFACTORES	ESPECIFICACIONES
CONOCIMIENTOS	ESTUDIOS	_Abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.
		_No tener antecedentes penales ni disciplinarios.
		_Título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.
HABILIDADES	EXPERIENCIA	Un año de experiencia profesional específica o dos años de experiencia relacionada.
	CAPACITACIÓN	No requiere

Con Decreto No. 021 de 20 de junio de 2008, el Alcalde Municipal de Rondón adicionó a la planta de personal del citado municipio y al manual específico de funciones y competencias laborales, el cargo y funciones del empleo de Comisario de Familia, en el numeral Tercero, bajo los siguientes términos (Fls. 239-243):

COMISARIO DE FAMILIA	
I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel:	PROFESIONAL
Denominación del Empleo:	COMISARIA(O) DE FAMILIA
Código:	202
No. de cargos:	1
Dependencia:	COMISARIA DE FAMILIA
Cargo del Jefe Inmediato:	SECRETARIA DE GOBIERNO
II. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y cumplir las demás funciones establecidas por la ley.	
III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES	
1.	Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados

por situaciones de violencia intrafamiliar.	
2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.	
3. Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes.	
4. Recibir denuncia y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar.	
5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.	
6. Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescentes, cuando la urgencia del caso lo demande.	
7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.	
8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.	
9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales.	
10. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.	
IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (Criterios de Desempeño).	
1. El trámite para la recepción de denuncias donde resulte involucrado un menor, responde a las disposiciones establecidas la (sic) ley, permitiendo cumplir de manera ágil y eficiente el cometido de la protección de los niños niñas y adolescentes.	
2. Todas las actuaciones desplegadas por el Comisario de Familia contribuyen a la protección de los derechos de los miembros de la familia en situaciones de violencia intrafamiliar.	
3. Se brinda en la Comisaria de Familia atención y orientación a los niños, niñas y adolescentes y demás miembros de la familia para el logro del restablecimiento de sus derechos.	
4. Se toma decisiones y se ordenan medidas de protección de manera suficiente y oportuna logrando conjurar la situación de violencia intrafamiliar.	
5. Las actuaciones relacionadas con la custodia, cuidado y alimentos de los menores se llevan a cabo de acuerdo a las disposiciones legales y cuidando siempre la protección del menor y la integridad de la familia.	
6. Las comisiones de las autoridades jurisdiccionales y administrativas de familia y el menor, se cumplen a cabalidad dentro de los términos legales y de acuerdo al procedimiento fijado en la ley.	
7. Los allanamientos y demás actuaciones para conjurar las situaciones peligro, se hacen de manera oportuna logrando de manera efectiva la protección del menor.	
8. Los planes, programas y proyectos presentados y los ejecutados tienden al mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad en especial de la familia y el menor.	
9. Los servicios que presta la Comisaria de Familia se difunden y promueven de tal forma que la comunidad los conoce y accede a ellos de manera permanente e incondicional.	
(...)	
VI. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA	
Estudios	Experiencia
1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.	Un año de experiencia profesional específica o dos años de experiencia relacionada.
2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.	
3. Acreditar título de postgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.	

En ese sentido, obran en el expediente los documentos que corroboran que la señora Espinosa Gaona cumple el requisito de abogada (Fls. 31-32), con Tarjeta Profesional No. 152.428 del C. S. de la J., vigente para esa época (Fol. 77). Así mismo, no se

advierte del material probatorio allegado que tuviera antecedentes penales ni disciplinarios para ese entonces.

Sin embargo, en cuanto al requisito No. 3 previsto para el cargo de Comisario(a) de Familia, el único posgrado que acreditó la demandante de manera posterior a su nombramiento, fue en Gobierno y Gerencia Territorial de la Universidad de Santo Tomas, el cual consiguió el 18 de junio de 2010 (Fol. 79).

Conforme el título de especialización y dado que no se ubica dentro de ninguno de los pregrados enlistados o enunciados en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2008, es necesario comparar el pensum académico de dicha especialización según certificación expedida por la Decana Académica de la Facultad de Administración de Empresas con las funciones asignadas al Comisario de Familia, a efectos de determinar si la demandante cumple con el factor de estudios especializados para ejercer dicho cargo. Para ello, se consigna la respectiva información en el siguiente cuadro explicativo:

Funciones según Ley 1098 de 2008. Art. 86.	Manual de funciones Decreto No. 021 de 20 de junio de 2008, expedido por el Alcalde de Rondón.	Plan de Estudios de la Especialización en Gobierno y Gerencia Territorial. (Fol. 246)
1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar. 2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos. 3. Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes. 4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. 5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar. 6. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Practicar rescates para	1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar. 2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos. 3. Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes. 4. Recibir denuncia y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar. 5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar. 6. Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o	2007-1 Organización Administrativa Territorial Procesos de Control de Gestión Seminario de Investigación I Mecanismo de Participación Ciudadana 2007-2 Seminario de Investigación II Hacienda Pública Territorial Planeación y Ordenamiento Territorial 2007-3 Servicios Públicos Domiciliarios Seminario de Investigación II Contratación Estatal Desarrollo del Talento Humano 2008-1 Gerencia Territorial Seminario de Investigación IV Proyectos de Desarrollo

conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande. 7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales. 8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito. 9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales.	adolescentes, cuando la urgencia del caso lo demande. 7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales. 8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito. 9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales. 10. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.	
--	--	--

Tal como acertadamente lo concluyó el juez de instancia, ninguna de las asignaciones contempladas para el plan de estudios de la Especialización en Gobierno y Gerencia Territorial tiene relación directo o indirecta con las funciones atribuidas al cargo de Comisario de Familia, menos tiene como eje o componente central el estudio de la familia, a pesar de que la demandante alega que dicho posgrado analiza el comportamiento humano, por el contrario, la Sala infiere que dicho currículo está orientado a la administración pública y organización de los entes territoriales, por ende, no se puede tener como equivalente.

Por otro lado, tampoco es apropiado que la demandante desmerite o le reste valor a la especialización de derecho administrativo como una de las opciones de título de posgrado que puede ser acreditado para el cargo de Comisario de Familia, pues a su criterio nada tiene que ver con la función del empleo. Para la Sala es una apreciación errada, ya que el Comisario de Familia en ejercicio de funciones debe dictar y emitir decisiones administrativas o actos administrativos, asunto que es propio del programa académico de derecho administrativo.

Sobra señalar que a pesar de que se acepta la acreditación de otras áreas de especialización diferentes al derecho de familia para fungir como comisario de familia, no es plausible admitir que cualquier estudio de posgrado pueda hacerse valer como requisito para aspirar al mentado cargo, puesto que en esencia debe estar ligada de alguna forma siquiera con el estudio de la familia, de acuerdo con los parámetros fijados por la Corte Constitucional en sentencia C-149 de 2009 al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 86 de la Ley 1098 de 2006.

La Sala observa, prima facie, que el acto administrativo acusado no carece de motivación, y que las razones de hecho y derecho expuestas por el representante legal del Municipio de Rondón para terminar el nombramiento en provisionalidad de la demandante son ciertas, claras, precisas y demostrables, esto es, no contar con las calidades legales para desempeñar el cargo de Comisaria de Familia, ni siquiera desde el momento de su nombramiento provisional en el referido cargo, el 8 de septiembre de 2008 a través del Decreto No. 029, conforme la Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006 que entró en vigencia 6 meses después de su promulgación (art. 216 Ibídem).

Adicional a ello, es evidente que en el transcurso del tiempo en que la señora Espinosa Gaona ejerció el cargo de Comisaria de Familia del Municipio de Rondón -del 8 de septiembre de 2008 al 27 de septiembre de 2010- tampoco logró acreditar que cumplía con el requisito del título o conocimiento especializado que se le exigía para el mentado empleo, según Decreto Municipal No. 021 de 20 de junio de 2008 (Fls. 239-243) expedido por el Alcalde de Rondón y que incluyó en la planta de personal del Municipio el cargo y las funciones de comisario de familia.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que no prosperó ningún argumento de apelación propuesto por la parte demandante, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.

DE LA CONDENA EN COSTAS.

Sobre este tópico, la Sala encuentra que hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte vencida, puesto que la demandante, a sabiendas de que se posesionó en el cargo de Comisaria de Familia del Municipio de Rondón sin cumplir los requisitos legales, asume un actuar temerario y arbitrario al desgastar innecesariamente la administración de justicia a fin de cuestionar la legalidad del acto administrativo que dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en el empleo mencionado, a pesar de que se trató desde su inicio de un nombramiento ilegal e irregular.

Lo anterior, con arreglo al pronunciamiento sentado por la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 2004, en la que enfatizó lo siguiente:

"El caso presente no sólo existe una Sentencia del Consejo de Estado que recoge la interpretación que el más alto Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa le ha dado a la norma aquí acusada, sino una larga tradición de pronunciamientos que aplican dicha exégesis de la norma²⁰. Por eso la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, **sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal**. Esta aplicación razonable de la norma implica que **solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia**, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal."(Destacado de la Sala).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia y en nombre de la República,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 10 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- COMPULSAR copias ante la Fiscalía General de la Nación-Seccional Tunja para que investigue al señor Jaime Armando Gómez Buitrago-ex Alcalde de Rondón por haber incurrido presuntamente en el Delito de Prevaricato por Acción conforme los hechos advertidos en la parte motiva de esta providencia.

²⁰ Ver, entre otras las siguientes sentencias del Consejo de Estado: 1. Sección Primera, Sentencia de 19 de mayo de 2002, Radicación número 5347, C.P Juan Alberto Polo Fiqueroa. 2. Sección Primera, Sentencia de ocho de marzo de 2001, Radicación número 4911-01(4911), C. P Olqa Inés Navarrete Barrero. 3. Sentencia 17 de octubre de 2000, Radicación número S-247, C. P Daniel Manrique Guzmán.

TERCERO.- Reconocer como abogada sustituta a PAULA JIMENA RESTREPO GUÍO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.057.596.943 de Tunja y Portadora de la Tarjeta Profesional No. 305.043 del C.S. de la J. de la parte demandante, según memorial suscrito por el apoderado principal visible a folio 316 del expediente.

CUARTO.- Reconocer al abogado ERNESTO FELIPE VARGAS MÁRQUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.221.136 de Ramiriqui y portador de la T.P. No. 132.569 del C. S de la J, como apoderado del Municipio de Rondón en los términos y para los fines del memorial poder obrante a folio 309 del expediente.

QUINTO.- Aceptar la renuncia al poder conferido a la abogada DIANA DEL PILAR PÁEZ PÁEZ como apoderad de la parte demandante y por cumplir con los requisitos del artículo 76 del C.G.P. (Fls. 312-313)

SEXTO.- Negar la renuncia al poder presentada por el abogado del Municipio de Rondón, doctor ERNESTO FELIPE VARGAS MÁRQUEZ, por cuanto, no cumple con las exigencias previstas en el artículo 76 del C.G.P. (Fol. 315).

SÉPTIMO- CONDENAR en costas a la parte demandante. Monto que deberá ser liquidado por el Juez de instancia.

OCTAVO.- Devuélvase por Secretaría el expediente de la referencia al Juzgado de origen, no sin antes dejar las anotaciones del caso.

Esta Providencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA **CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ**
Magistrado Magistrada

MDM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA

NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 142 de hoy, 12 8 AGO 2019

EL SECRETARIO