



Cartagena de Indias, cuatro (04) de octubre dos mil veintiuno (2021)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-008-2020-00145-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>RUBYS MAGALYS REALES FERNÁNDEZ</b>
<b>Demandado</b>	<b>MUNICIPIO DE CALAMAR (BOL)</b>
<b>Tema</b>	<b>INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD</b>
<b>Sentencia No</b>	<b>0108</b>

## 1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por RUBYS MAGALYS REALES FERNÁNDEZ, a través de apoderado judicial, contra el municipio de CALAMAR (Bol).

### 1. ANTECEDENTES

#### - PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare la Nulidad de la Resolución N°026 de fecha 4 de febrero de 2020, emanada de la ALCALDIA MUNICIPAL DE CALAMAR BOLIVAR, mediante la cual se dispuso: ARTICULO PRIMERO. Declarar la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del (la) señor (a) RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ, Identificado (a) con cedula de ciudadanía N°22.843.485 de Calamar-Bolívar, del cargo de Inspector De Policía Rural de Hato Viejo, código (202) Grado (01) de la planta global de la Alcaldía Municipal de Calamar Bolívar adscrita a la Secretaria de Gobierno.”

SEGUNDA. Que a título de restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución N°026 de fecha 4 de febrero de 2020, se ordene a la ALCALDIA MUNICIPAL DE CALAMAR BOLIVAR, reintegrar a la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ al cargo que venía desempeñando u otro empleo de igual o superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio.

TERCERA: CONDENENSE a título de indemnización a la ALCALDIA DE CALAMAR BOLIVAR a pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir por la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ, desde la fecha de su desvinculación, esto es, el día 4 de febrero del año 2020, hasta que efectivamente sea reintegrado en el cargo que venía desempeñando.

CUARTA: Que la condena respectiva se actualice de conformidad a lo establecido en el Art.187 del C.P.A.C.A.



2020011-03





2020 justifica el retiro basado en expresiones abstractas y generales. Lo anterior significa que el acto sub examine no hace una descripción de los hechos concretos, detallados y precisos realizados por la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ en calidad de Comisaria de Familia, que probara que no cumplía con las funciones del cargo. Así mismo, no se indican pruebas como, por ejemplo, memoriales de llamado de atención por incumplimiento de funciones, proceso administrativo por incumplimiento de funciones, proceso de calificación insatisfactoria de sus funciones etc. Esta situación afecta la legalidad del acto enjuiciado porque de conformidad con el parágrafo 1º del Art.41 de la Ley 909 de 2004, la parte motiva debía contener la descripción del incumplimiento de la función y el nexa causal entre este y la afectación del servicio.

Así las cosas, se trata de un acto administrativo con un contenido material carente de elementos fácticos y probatorios, el cual no tiene la virtualidad de superar un juicio de validez porque desconoce de manera ostensible una formalidad sustancial que afecta el núcleo esencial del debido proceso de la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ, en la medida que fue privada de su derecho de conocer los hechos y las pruebas que eran necesarias para proferir una decisión que como la que hoy es objeto de debate. Esta situación, le impidió ejercer ante la autoridad administrativa su derecho de defensa y contradicción.

Por expuesto, se debe declarar la nulidad del acto demandado.

#### - **CONTESTACIÓN**

#### **MUNICIPIO DE CALAMAR (BOL)**

Se opone a las pretensiones de la demanda, y aduce la presunción de legalidad del acto administrativo, destacando que las actuaciones que le precedieron estuvieron apegadas a la ley, proponiendo la excepción de prescripción del derecho.

#### - **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 22 de octubre de 2020, siendo inicialmente inadmitida, mediante auto de fecha 09 de diciembre del mismo año se admitió la misma, siendo notificada al demandante por estado electrónico 099 de dicho año.

Asimismo, fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Mediante auto de fecha 13 de agosto de 2021 se decidió que era procedente emitir sentencia anticipada y se ordena la presentación de los alegatos finales por escrito dentro de los diez siguientes a la audiencia de pruebas, y se indicó que se dictaría sentencia dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del anterior término.











De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 *ibídem*<sup>1</sup>, los empleos de los organismos y entidades regulados por la misma ley, son de CARRERA ADMINISTRATIVA, excepto:

1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2.- Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

Ahora bien, sobre la provisionalidad en el decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004. *Vinculación a los empleos de carrera, provisión de empleos:*

***Artículo 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.”***

Los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden

<sup>1</sup> Conc. Art. 125 C.P.







Este Despacho, acoge la tesis del Consejo de Estado<sup>4</sup>, que en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento<sup>5</sup>, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

Con respecto a la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, tenemos que la fecha de la desvinculación del actor ocurrió en vigencia de la Ley 909 de 2004, es así pues, que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO<sup>6</sup>, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>7</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del

- 
- i) <Literal **CONDICIONALMENTE** exequible> 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 10 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.

**PARÁGRAFO 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."*

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

<sup>5</sup> Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

<sup>6</sup> De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

<sup>7</sup> La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.





nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

Por su parte el decreto 760 de 2005, mediante el cual se establece el procedimiento a seguir para retirar del servicio a empleados aforados, en su artículo 24, establece:

*“No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:*

*24.1. Cuando no superen el período de prueba.*

*24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.*

*24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito”. (Subrayas y negrillas del despacho)*

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien en sentencia C-1119 de 2005, manifestó lo siguiente:

*“En el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes. Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta*





*tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos". (Subrayas y negrillas del Despacho)*

Quiere decir lo anterior que no importa si el empleado goza de fuero sindical, pues en tratándose de proveer las vacantes ofertadas por aquellos concursantes que aprobaron el concurso de méritos y que se encuentran en lista de elegibles en firme, enviada por la comisión nacional de servicio civil; no es requisito *sine qua non* obtener autorización judicial para proceder a la desvinculación de aquel empleado aforado.

De otro lado, cuando la lista de elegibles está conformada por un número de aspirantes inferior al número de vacantes ofertadas en el concurso de méritos, se debe tener en cuenta para proveer dichos cargos si los empleados en provisionalidad gozan de protección especial. Es así como el parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012, establece que:

*"Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

1. *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
2. *Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
3. *Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".*

Así mismo, para acreditar la condición de madre cabeza de familia es menester probar dentro del proceso que se cumplen las exigencias esbozadas por la jurisprudencia constitucional, las cuales a saber son: (i) *que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar;* (ii) *cuya responsabilidad sea de carácter permanente;* (iii) *responsabilidad derivada no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;* o (iv) *cuya pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde, por algún motivo como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte;* y (v) *que no reciba ayuda alguna por parte de los demás miembros de la familia o, recibéndola, que exista una deficiencia sustancial entre lo requerido para satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo y lo recibido, siendo, en la práctica, el sustento del hogar una responsabilidad exclusiva de la madre.*

En cuanto a lo que implica la facultad nominadora, la contraloría emitió concepto Jurídico 50194 Septiembre 25 de 2006, en el cual aclaró que:





*“Para el cumplimiento de sus objetivos el Estado requiere la presencia y actividad de personas que realizan esas funciones dentro de un marco de organización administrativa. Esas personas, según el querer constituyente, deben tener unos atributos de mérito y calidad que el propio ordenamiento jurídico contempla. Para decidir y vincular al servicio público a las personas que cumplen los requisitos el Estado ha dotado de una especial confianza y capacidad jurídica a personas que tienen la facultad de nominar (elegir el nomen) a quienes van a engrosar las filas del servicio en el Estado. “La facultad nominadora es entonces entendida como la competencia que se le asigna al jefe o representante legal de una entidad para producir las decisiones de vinculación o retiro de empleados, trabajadores o funcionarios públicos”*”

Sobre la naturaleza jurídica de los funcionarios en calidad de provisionales, y el contenido de la motivación del acto administrativo mediante el cual se desvincula a empleados en cargos provisionales, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T-147/13, acotó lo siguiente:

#### **“NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FUNCIONARIOS EN CALIDAD DE PROVISIONALES**

**4.3.1.** *La Constitución Política establece en su artículo 125 que los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se realizará mediante concurso, con el propósito de incentivar el mérito para acceder a la función pública. El mismo artículo precisa que el retiro se efectuará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.*

**4.3.2.** *Como el procedimiento para proveer un cargo de carrera en forma definitiva no es expedito “el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad<sup>8</sup>, cuando la primera no pueda verificarse.”<sup>9</sup>*

**4.3.3.** *La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”<sup>10</sup>. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad<sup>11</sup>.*

<sup>8</sup> Ver, entre otros, Decreto-Ley 2400 de 1968, Artículo 5; Ley 61 de 1987, Artículo 4; Ley 27 de 1992, Artículo 10; Ley 443 de 1998, Artículo 8; y la Ley 909 de 2004.

<sup>9</sup> Cfr. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>10</sup> Cfr. Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería.

<sup>11</sup> Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





**4.3.4.** La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción.

**4.3.4.1.** Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera<sup>12</sup>. Sobre este punto, la Corte señaló en la Sentencia **T-251 de 2009**, que:

*“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”<sup>13</sup>.*

Posteriormente, en la **Sentencia SU-917 de 2010**<sup>14</sup>, se reiteró que para respetar y garantizar: **(i)** la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al principio de legalidad y se proscriben la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; **(ii)** el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y **(iii)** el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido<sup>15</sup>; **es necesario**

<sup>12</sup> Ibídem. SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>14</sup> Ver, entre muchas otras, las Sentencias: SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-884 del 17 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-610 del 24 de julio de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-597 del 15 de junio de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-031 del 21 de enero de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño, T-024 del 26 de enero de 2006. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-064 del 01 de febrero 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil, T-007 del 17 de enero de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-011 del 16 de enero de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla, SU-917 del 11 de noviembre 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>15</sup> Ídem.





**que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado.**

**4.3.4.2.** *En lo concerniente a los cargos de libre nombramiento y remoción debe recordarse que son una excepción dentro de la provisión de empleos, pues “no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”<sup>16</sup>.*

*Ahora bien, no existe una ley mediante la cual se asimilen los cargos provisionales a los cargos de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia los nominadores no pueden desvincular a quienes se desempeñan en cargo provisionales con la misma discrecionalidad que tienen frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, sin asumir la obligación de motivar sus actos<sup>17</sup>.*

**4.3.5.** *En conclusión, los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero **tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción**, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción<sup>18</sup>; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación<sup>19</sup>.”*

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

## - **CASO CONCRETO**

Adentrándonos en el caso particular, encontramos que la inconformidad de la demandante se origina por la actuación administrativa a través de la cual se da

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia C-514 del 16 de noviembre de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>17</sup> Sentencia T-800 del 14 de diciembre de 1998. MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>18</sup> Ibídem. Sentencias SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>19</sup> Ibídem. Sentencia SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Ibídem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





por terminado su vínculo laboral con el municipio de CALAMAR, destacando que la parte motiva de la Resolución N°026 de 4 de febrero de 2020 justifica el retiro basado en expresiones abstractas y generales, por lo que el acto sub examine no hace una descripción de los hechos concretos, detallados y precisos realizados por la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ en calidad de Comisaria de Familia, que probara que no cumplía con las funciones del cargo.

Así pues, teniendo en cuenta lo que se pretende, encuentra el Despacho dentro de la presente actuación que los elementos probatorios relevantes, son los siguientes:

1. Copia del Decreto N°112 de fecha 23 de agosto de 2018, mediante el cual se nombró en provisionalidad a la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ en el cargo Comisario de Familia.
2. Copia de la Resolución N°026 de fecha 4 de febrero de 2020, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad que venía desempeñando la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ en el cargo de Comisario de Familia.
3. Copia de la diligencia de notificación personal.
4. Copia del Manual de Funciones y competencias comportamentales correspondiente al cargo Comisario de Familia.
5. Certificado laboral - Cargo Comisario de Familia.
6. Hoja de vida de la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ.

En el asunto que nos ocupa, se encuentra probado que mediante Decreto N°112 de fecha 23 de agosto de 2018 expedido por el municipio de Calamar (Bol), se nombró en provisionalidad a la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ en el cargo Comisario de Familia, e igualmente que a través de la Resolución No. 026 de fecha 4 de febrero de 2020 se declaró su insubsistencia.

Seguidamente, se debe recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público, es decir el acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas.

Ahora, si bien en su contestación el extremo pasivo aduce que el motivo concreto por el cual se declara insubsistente a la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ, estriba no de un capricho del nuevo alcalde, sino de la observancia, no solo de los resultados del desempeño laboral de la señora RUBYS RELAES FERNANDEZ, como Comisaria de Familia, Código 202, grado 01, sino también en el incumplimiento de funciones inherentes a su cargo, tales como la rendición de cuentas periódicas de su gestión, y la ausencia de una correcta gestión documental.





Luego de una reposada lectura del acto administrativo demandado, no se vislumbra que de manera concreta se expongan las razones a que hace referencia la parte demandada en su contestación, o se haga referencia a la aptitud del funcionario en el ejercicio del cargo, pues en el cierre del mentado acto administrativo solo se dice:

*“Con la finalidad de lograr el cumplimiento de las funciones de administración del servicio de manera continua, eficiente, en aras de mejorar las garantías la protección, el restablecimiento y reparación de los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar. de igual manera, mejorar la atención y orientación a los niños, las niñas y los adolescentes y demás Miembros del grupo Familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos Basados en una política de calidad en el Municipio, así como el plan de gestión documental.”*

Dejando claro lo anterior que el acto de retiro se soporta en apreciaciones generales y abstractas, y no referencia en ninguno de sus apartes la aptitud del funcionario respecto al cargo ejercido, careciendo con ello de una verdadera motivación.

Paralelamente relievamos que el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico. En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

**“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)**

Claras las exigencias de nuestro ordenamiento respecto a la carga probatoria, teniendo en cuenta la naturaleza de la vinculación laboral, constatamos que en el libelo por parte del ente territorial no se trajo al plenario elementos probatorios que demeriten el rendimiento o ejercicio de la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ en el cargo de Comisaria de Familia, echando de menos calificación de servicios, requerimientos o llamados de atención, anotaciones en hoja de vida, quejas que den certeza en cuanto a que se haya desmejorado el servicio; de allí







## 5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones presentadas por parte de la demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 026 de fecha 4 de febrero de 2020 expedida por el municipio de Calamar (Bol), mediante el cual se declara insubsistente a la servidora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ, conforme lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la entidad demandada, municipio de CALAMAR (BOL), a reincorporar a la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, al mismo cargo que ocupaban al momento del retiro del servicio o a uno similar o equivalente teniendo en cuenta lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: ORDÉNESE** al municipio de CALAMAR (BOL), a pagarle a la señora RUBYS MAGALYS REALES FERNANDEZ los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde su desvinculación hasta la fecha en que se produzca el reintegro efectivo al cargo en las condiciones descritas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Niéguese las demás pretensiones.

**SEXTO:** Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 187, 189 y 195 CPACA.

**SEPTIMO:** Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.





**OCTAVO:** Ejecutoriada esta providencia devuélvase al interesado el remanente de la suma depositada para gastos ordinarios del proceso y archívese el expediente.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**Enrique Antonio Del Vecchio Dominguez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
Contencioso 008 Administrativa  
Cartagena - Bolivar**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**21fcd4b85208ea55ab99c43de31234dea779f3a4f145f6854c07de25fa25a38f**

Documento generado en 04/10/2021 09:52:29 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

