



Consejo Superior  
de la Judicatura

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE TUNJA**

**JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ**

**Tunja, dieciocho (18) de Agosto de dos mil dieciséis (2016)**

**Radicación No. 15001-33-33-007-2014-00224-00**  
**Demandante: GERMÁN ANTONIO PIRANEQUE**  
**GAMBASICA**  
**Demandados: MUNICIPIO DE CIENEGA**  
**Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL**  
**DERECHO**

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

**I. SINTESIS DE LA DEMANDA**

**1. Pretensiones**

El ciudadano **GERMAN ANTONIO PRIRANEQUE GAMBASICA**, actuando por conducto de apoderada legalmente constituida para el efecto, acude ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra el **MUNICIPIO DE CIENEGA BOYACÁ**, en procura de obtener el examen de legalidad del Decreto 049 del 17 de junio de 2014, por medio del cual se dio por terminado su nombramiento en el cargo de Comisario de Familia de la entidad territorial.

Concretamente solicita la nulidad del acto administrativo demandado, y el consiguiente restablecimiento del derecho, que según se dice en la demanda, en el presente caso debe contraerse a ordenar a la entidad demandada lo siguiente: (i) reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando para el momento del retiro del servicio o a otro de mayor categoría declarando que no hubo solución de continuidad; (ii) reconocer y pagar los valores relativos a sueldos, reajustes, bonificaciones, primas, vacaciones, primas de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y demás prestaciones sociales y emolumentos dejados de percibir, desde la fecha del retiro del servicio, hasta el momento en que se verifique el reintegro al cargo, incluyendo los aportes en seguridad social; (iii) reconocer y pagar el equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES, por concepto de reparación de los daños y perjuicios morales causados con la desvinculación; (iv) dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.;

(v) reconocer y pagar los intereses moratorios causados desde el momento de la desvinculación, hasta la fecha en que se verifique el reintegro efectivo y (vi) asumir el pago de las costas procesales

## 2. Fundamentos Fácticos:

En orden a sustentar las pretensiones de la demanda, la mandataria judicial de la parte actora relató las circunstancias que se sintetizan a continuación:

- Que mediante Acuerdo No. 023 del 6 de Diciembre de 2007, el Consejo Municipal de Ciénega Boyacá dispuso la creación de la Comisaría de Familia de la entidad territorial, conforme a los parámetros establecidos en la Ley 1098 de 2006.

- Que posteriormente, a través del Decreto No. 019 del 13 de mayo de 2008, el Alcalde Municipal de Ciénega Boyacá, creó el cargo de Comisario de Familia Código 201 – Grado 03 en la planta de personal de la administración territorial.

- Que precisamente el demandante fue nombrado en provisionalidad como Comisario de Familia Código 201 – Grado 03, del Municipio de Ciénega Boyacá, mediante Decreto No. 030 del 4 de agosto de 2008.

- Que el 18 de febrero de 2009, el demandante fue encargado como Jefe de Control Interno Disciplinario del Municipio de Ciénega.

- Que mediante oficio No. 157 del 26 de agosto de 2013, la Personera Municipal de Ciénega Boyacá, le advirtió al mandatario de la localidad que el demandante no acreditaba el título de postgrado en Derecho de Familia, Civil, Administrativo, Constitucional, Derechos Humanos o en Ciencias Sociales, exigido para el desempeño del cargo de Comisario de Familia, sino que por el contrario, allegó el título de especialista en Derecho Comercial.

- Que como consecuencia de lo anterior, se expidió el acto demandado contenido en el Decreto 049 del 17 de Junio de 2014, mediante el cual se dio por terminado el nombramiento del demandante en el cargo de Comisario de Familia, al considerar que en efecto no había acreditado el título de postgrado en Derecho de Familia, Civil, Administrativo, Constitucional, Derechos Humanos o en Ciencias Sociales, exigido para el desempeño del empleo, sino que por el contrario, allegó el título de especialista en Derecho Comercial otorgado por la Universidad Libre de Colombia el 8 de mayo de 2013.

- Que posteriormente, la Administración Municipal decidió nombrar en el cargo de Comisario de Familia al señor ROGER ADOLFO MACARENO LÓPEZ, a través del Decreto No. 052 del 19 de junio de 2014, donde se indicó que para ese momento el empleo se encontraba vacante.

- Que en este último acto administrativo se hizo referencia al cargo de Comisario de Familia – Código 201 – Grado 02, perdiendo de vista que según el acta de posesión del demandante, se trataba del cargo de Comisario de Familia 202 - Grado 03.

- Que durante los 6 años que estuvo nombrado en provisionalidad, el demandante desempeñó las funciones propias del cargo de manera eficiente y responsable, bajo los parámetros fijados por la Ley.

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

- Que como consecuencia de su desvinculación, el demandante ha sufrido diversos perjuicios de orden moral y material, tales como: (i) el hecho de no percibir salario desde el 17 de junio de 2014 (ii) el verse afectado frente al monto de sus prestaciones sociales; (iii) el impacto psicológico y emocional de que fue víctima a raíz de la expedición del acto acusado, al saber que los gastos de su núcleo familiar se verían comprometidos como consecuencia del retiro del servicio.

Finalmente, debe precisarse que en el acápite de hechos se efectuaron diversas consideraciones relacionadas con la falsa motivación del acto acusado, así como con respecto a la desviación de poder y la violación de normas en que debía fundarse (hechos 9, 10, 13, 15 a 27, 30 a 37 y 39 a 72). Entonces, por considerar que se trata de razonamientos que constituyen ataques directos contra la actuación adelantada por la administración, el Despacho, en atención a las facultades otorgadas al juez para interpretar la demanda, los incorporará en los cargos de nulidad invocados, los cuales se concretarán a continuación.

### **3. Cargos de nulidad invocados:**

En la demanda se formularon los siguientes cargos de nulidad frente al acto enjuiciado:

#### **3.1. Violación de normas superiores en que debía fundarse la decisión:**

En el libelo introductorio se adujo que con la expedición del acto acusado se desconocieron las siguientes normas: Artículos 2, 13, 23, 25, 29, 53, 93, 121, 123, 124, 125, 122 (numeral 6), 123, 150 (numerales 2 y 10), 209 y 289 de la Constitución Política; Decreto 2737 de 1989; Ley 74 de 1968; artículos 1 (numerales 1 y 8), 8 (numerales 1 y 2) y 24 de la Ley 16 de 1927; artículos 7 y 50 del Decreto 1572 de 1989; Decreto 2504 de 1989, modificado por el artículo 4 del Decreto 1772; artículos 1, 2, y 3 de la Ley 82 de 1993; artículo 12 de la Ley 79 de 2002; artículo 72 del Código Civil; artículo 12 del Decreto 1790 de 2002; artículos 10 y 97 del Decreto 1227 de 2005; Ley 443 de 1998; artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011; artículos 2 (numeral 1), 12 (numerales 1, 2 y 3) y artículos.

El concepto de la violación puede sintetizarse bajo los siguientes puntos, cuyo análisis se abordará más adelante:

#### **a) Improcedencia de la aplicación de la Ley 1098 de 2006, en el caso del demandante:**

La mandataria judicial de la parte actora explica que a la luz del artículo 297 del Código del Menor, el cargo de Comisario de Familia inicialmente tenía naturaleza de libre nombramiento y remoción; sin embargo, precisa que dicha disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-406 de 1997, donde según su dicho, se dejó claro que se trataba de un empleo de carrera administrativa.

En este punto, refiere que el artículo 298 de la misma codificación, consagró básicamente dos requisitos para el ejercicio del empleo: Por una parte, ser abogado inscrito y, por otra, contar con especialización en derecho de familia o del menor, o contar con experiencia no inferior a un año sobre la materia.

Ahora bien, luego de referirse a las previsiones contenidas en el Decreto 785 de 2005 (por medio del cual se estableció el sistema de nomenclatura, clasificación, funciones y requisitos de los empleos de las entidades territoriales que se rigen por la Ley 909 de 2004), adujo que el cargo de Comisario de Familia identificado con el Código 202, se encuentra ubicado en el nivel profesional, para cuyo ejercicio puede exigirse como mínimo el título profesional y como máximo el título profesional acompañado del postgrado y experiencia, todo ello acorde con las equivalencias previstas en el artículo 21 ibídem. En este sentido, destaca que al expedir el referido Decreto 785 de 2005, el ejecutivo previó un plazo de 12 meses contados a partir de su entrada en vigencia para que las autoridades territoriales procedieran a modificar las plantas de personal, en procura de adecuar los empleos al nuevo sistema de nomenclatura y clasificación.

Por consiguiente, estima que en su mayoría los manuales de funciones realizaron los ajustes contemplados en el Decreto 785 de 2005, pero con las condiciones exigidas en el Código del Menor, de tal suerte que, en su sentir, aún no se han materializado las modificaciones consagradas en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, donde se exige como requisito indispensable el postgrado en Derecho de Familia, Civil, Administrativo, Constitucional, Derechos Humanos o en Ciencias Sociales.

Concluyendo, refiere que mientras el cargo de Comisario de Familia se encuentre clasificado como profesional, y no como profesional especializado, el despido resulta injusto al aplicar estas nuevas exigencias.

**b) Desconocimiento del alcance jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional frente al requisito de postgrado exigido en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006.**

La apoderada judicial de la parte actora resalta que aun cuando el demandante acreditó su condición de especialista en derecho comercial, la administración territorial, atendiendo al concepto de la personera municipal, decidió retirarlo del servicio por considerar que no cumplía el requisito de postgrado consagrado numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, donde precisamente se señala que para el ejercicio del Cargo de Comisario de Familia deben acreditarse estudios de postgrado en derecho de familia, civil, administrativo, constitucional, procesal, derechos humanos o ciencias sociales.

Desde esta perspectiva, aduce que con el acto acusado se desconoció flagrantemente el alcance fijado por la sentencia C-149 de 2009, mediante la cual, afirma, se declaró la exequibilidad de la norma bajo el entendido de que para el cumplimiento de dicha exigencia, bajo los parámetros de la libre escogencia de la profesión u oficio y el derecho a la igualdad, se pueden acreditar títulos de postgrados distintos a los señalados por el legislador, pero que resulten afines y que guarden relación directa clara e inequívoca con las funciones del empleo, como sería el caso de la especialización en derecho comercial acreditada por el demandante, la cual, según se insiste en la demanda, no fue tenida en cuenta por la administración territorial a pesar de ser a fin con el área civil enlistada en el precepto, disponiéndose finalmente el retiro del servicio por ausencia de dicha condición, atendiendo al concepto de la personera municipal, quien según su dicho, no tenía la competencia para el efecto.

**c) Incumplimiento de la Circular No. 003 de 2014, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil:**

En el libelo introductorio se indica que al disponer el retiro del servicio del demandante, se desconocieron las directrices impartidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de al Circular No. 003 de 2014, donde se indicó que como consecuencia de la suspensión transitoria del Decreto 4968 de 2007, no se otorgarían autorizaciones para la provisión de cargos de carrera administrativa mediante encargos o nombramientos en provisionalidad.

**d) Ausencia de permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Departamento Administrativo de la Función Pública**

Por último, se aduce que para proceder el retiro del servicio la entidad territorial debía solicitar permiso a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

**e) Inexistencia del concurso de méritos:**

En la demanda se aduce que resulta cuestionable el hecho de que se haya terminado el nombramiento del accionante, sin que se hubiese materializado el concurso de méritos para la provisión del cargo, lo cual se alega, resultaba indispensable por tratarse de un empleo de carrera administrativa.

**f) Desconocimiento de la idoneidad del demandante:**

La mandataria judicial considera que con el acto de desvinculación se desconoció la idoneidad y experiencia del demandante, así como su conducta ejemplar durante el desempeño del cargo.

**3.2. Falsa Motivación - expedición irregular – desconocimiento del derecho de audiencia y defensa:**

En sentir de la parte actora, el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación, toda vez que, a su juicio, las razones expuestas por la administración para sustentar la desvinculación del demandante no corresponden a la realidad, sino que por el contrario obedecen a una errónea interpretación del numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006.

En este sentido, reitera que el requisito de postgrado establecido en la norma, no solo puede acreditarse con las especialidades allí establecidas, como pareció entenderlo mandatario local, sino que por el contrario, pueden allegarse otros títulos de postgrado que resulten afines y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones del empleo, como es el caso de la especialización en derecho comercial acreditada por el demandante, quien en consecuencia no podía ser retirado del servicio bajo tal argumento.

Bajo este panorama, advierte que la desvinculación no tuvo otro fundamento que la discrecionalidad del nominador, la cual alega, se encuentra proscrita para los servidores que desempeñan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, como ocurría con el accionante.

Finalmente, considera que con aquella decisión el Alcalde Municipal se arrogó facultades propias del legislador, al estructurar requisitos diferentes de los señalados en la ley para el ejercicio del empleo, sin que en modo alguno se otorgara al servidor la posibilidad de controvertir las razones de la desvinculación, de tal suerte que en su sentir, el acto de retiro no solamente se encuentra falsamente motivado, sino que además fue expedido de forma irregular y con violación del derecho de audiencia y defensa.

### **3.3. Desviación de poder:**

La libelista sostiene que el acto administrativo enjuiciado fue proferido con desviación de poder, dado que se trató de una decisión impulsada por el fuero interno del nominador, quien se distanció de los fines del servicio, al desconocer la idoneidad de la especialización acreditada por el demandante para el desempeño del cargo.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 8 de octubre de 2014 (fl. 45), luego de lo cual fue asignada a este Despacho mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl.201). Posteriormente, a través de proveído calendado el 9 de abril de 2015 (fl. 204 - 206), se dispuso su admisión, ordenando las notificaciones respectivas. Luego, una vez surtidos los traslados de ley, el Despacho, mediante auto proferido el 3 de diciembre de 2015 (fls. 243), convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial, que luego de haber sido reprogramada mediante auto del 3 de marzo de 2016 (fls. 248), se llevó a efecto el 11 de mayo de 2016 (fls. 252 - 257), decretándose las pruebas del proceso. Finalmente, en audiencia llevada a efecto el 5 de julio de 2016, previo el recaudo probatorio, se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito (fls.283 - 288).

## **III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Dentro del término establecido para el efecto, el Municipio de Ciénega Boyacá, presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

- La defensa señaló que el numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, donde se establece el requisito de postgrado para el ejercicio del cargo de Comisario de Familia, no puede interpretarse en el sentido de que cualquier especialización sirva como fundamento para cumplir con dicha exigencia, sino que por el contrario, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad, se requiere que el título respectivo resulte afín con los citados en la norma y que guarde íntima relación con las funciones del cargo.

- En tal sentido, señala que la especialización en derecho comercial invocada por el demandante, no reúne los requisitos de afinidad y relación previstos por la Jurisprudencia Constitucional, toda vez que hace referencia a un área jurídica aplicable exclusivamente a los comerciantes y a los actos mercantiles, los cuales, en su sentir, se desarrollan con ánimo de lucro, por lo que considera, se trata de asuntos que nada tienen que ver con el desempeño del cargo de Comisario de Familia.

- Desde esta perspectiva, infiere que los cargos de falsa motivación, expedición irregular y desviación de poder, relacionados con el cumplimiento de los requisitos legales por parte del actor, no se encuentran llamados a prosperar.

- En contraste, agrega que fue con el acto de nombramiento que se infringieron las normas sobre la materia, al no hallarse acreditadas en su totalidad las condiciones exigidas para el ejercicio del empleo.

- De otro lado, estima que el cumplimiento eficiente de las funciones propias del cargo, no le otorga ningún fuero de estabilidad al demandante, básicamente por tres razones, a saber: (i) en primer lugar porque el cumplimiento del contenido funcional es lo mínimo que se exige a cualquier servidor público; (ii) en segundo lugar, porque la deficiencia en el desempeño de las funciones atribuidas al demandante, en modo alguno sirvió como fundamento para sustentar su desvinculación y (iii) en tercer lugar, porque en todo caso la parte actora estaría obligada a demostrar que el demandante es el único capacitado para el desempeño del cargo.

-Finalmente, precisa que aun cuando el artículo 25 del Decreto 785 de 2005, prevé la posibilidad de establecer algunas equivalencias para sustituir con experiencia el título de postgrado, no puede perderse de vista que se trata de una alternativa potestativa de la administración, que como tal, puede o no hacerse efectiva al estructurar los manuales de funciones y requisitos de la entidad territorial correspondiente, advirtiendo finalmente que en el caso del Municipio de Ciénega, no se acogió dicha posibilidad.

**VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**4.1. De la parte actora:**

La mandataria judicial de la parte actora sostuvo que el retiro del servicio del demandante no obedeció al incumplimiento de los requisitos legales como se adujo en el acto acusado, sino que por el contrario, se trató de una decisión proferida como consecuencia de las quejas de orden laboral y disciplinario instauradas por el demandante contra el Alcalde Municipal.

En esta medida, insiste en que se trata de una decisión contraria a los postulados del buen servicio, mediante la cual se desconoció la idoneidad y experiencia del demandante para el desempeño del cargo de Comisario de Familia, evidenciándose según su dicho, la existencia de falsa motivación y desviación de poder alegadas en la demanda.

Finalmente, indicó: (i) Que la administración omitió solicitar la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para proceder a nombrar el remplazo del demandante; (ii) que el establecimiento de los requisitos para el ejercicio del Cargo de Comisario de Familia corresponde al legislador y no al mandatario local; (iii) que por tratarse de un cargo de carrera administrativa, la entidad territorial ha debido convocar a concurso de méritos para la provisión del cargo y así poder terminar el nombramiento provisional del demandante; (iv) que el cargo de Comisario de Familia no se encuentra ajustado a las previsiones contenidas en la Ley 1098 de 2006, por lo que pueden atenderse las equivalencias de requisitos contenidas en el Decreto 1785 de 2005; (v) que en todo caso la especialización en derecho comercial acreditada por el accionante, cumple con los requisitos de afinidad y relación señalados por la Corte

Constitucional al declarar la exequibilidad de la norma y; (vi) que como consecuencia de lo anterior, puede decirse que se encuentran las causales de nulidad alegadas en el libelo introductorio, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

#### **4.2. De la parte demandada:**

El apoderado de la entidad territorial demandada sostuvo que una vez examinado el contenido de la especialización invocada en la demanda, se puede inferir sin mayor esfuerzo interpretativo que no tiene ninguna relación con las Funciones del Cargo de Comisario de Familia, por lo que, a su juicio, no puede entenderse acreditado el requisito de post grado de que trata el numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 1998.

Bajo este panorama, insiste en que la vinculación del demandante se encontraba viciado desde el mismo momento del nombramiento como Comisario de Familia, toda vez que no cumplía el requisito de postgrado exigido en el acuerdo de creación, donde precisamente se señaló la necesidad de acreditar título de postgrado en derecho de familia, civil, administrativo, constitucional, procesal, derechos humanos o ciencias sociales, o cualquier otro título de postgrado a fin con los citados y que guarde íntima relación con las funciones del cargo, situación que reitera, no puede predicarse de la Especialización de Derecho Comercial invocada en la demanda.

Finalmente, precisa que el testimonio del señor HÉCTOR JAIME LÒPEZ ÁVILA, no puede ser valorado debido que según su propia manifestación, fue objeto de persecuciones por parte del Alcalde Municipal de Ciénega, quien en su condición de nominador, fue quien profirió el acto de desvinculación que hoy se debate.

#### **4.3. Del Ministerio Público:**

La señora Representante del Ministerio Público, Guardó Silencio dentro de esta etapa procesal.

### **V. CONSIDERACIONES**

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, resulta procedente proferir la decisión que en derecho corresponda.

Con tal propósito y para efectos metodológicos, el Despacho procederá a establecer en primer lugar el problema jurídico de conformidad con las tesis expuestas por las partes, para posteriormente analizar los cargos de nulidad propuestos.

#### **1. PROBLEMA JURÍDICO:**

El presente asunto se contrae a examinar la legalidad del acto acusado en orden a establecer si el Municipio de Ciénega Boyacá, obró o no en debida forma al dar por terminado el nombramiento del señor GERMÁN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA, en el cargo de Comisario de Familia, para lo cual habrán de examinarse uno a uno los cargos de nulidad invocados en la demanda.

## **2. Examen de los cargos de nulidad invocados en la demanda:**

A continuación procede el Despacho a examinar la procedencia de los cargos de nulidad invocados en la demanda, así:

### **2.1. Improcedencia de la aplicación de la Ley 1098 de 2006, en el caso del demandante:**

Como se indicó en líneas anteriores, la mandataria judicial de la parte actora, luego de establecer que el Cargo de Comisario de Familia es de Carrera Administrativa y pertenece al nivel profesional, adujo que en su mayoría los manuales de funciones realizaron los ajustes contemplados en el Decreto 785 de 2005 (por medio del cual se estableció el sistema de nomenclatura, clasificación, funciones y requisitos de los empleos de las entidades territoriales que se rigen por la Ley 909 de 2004), pero en concordancia con las condiciones exigidas en el Código del Menor, de tal suerte que, en su sentir, aún no se han materializado las modificaciones consagradas en el artículo la 80 de la Ley 1098 de 2006, donde se exige como requisito indispensable el postgrado en Derecho de Familia, Civil, Administrativo, Constitucional, Derechos Humanos o en Ciencias Sociales.

De otro lado, refiere que mientras el cargo de Comisario de Familia se encuentre clasificado como profesional, y no como profesional especializado, el despido resulta injusto al aplicar estas nuevas exigencias.

Al respecto, lo primero que ha de señalarse es que el Cargo de Comisario de Familia fue creado por el Código del Menor contenido en el Decreto Ley 2737 de 1989, proferido por el ejecutivo en su condición de legislador extraordinario, según las facultades otorgadas por el Congreso de la República, mediante la Ley 56 de 1988.

En el artículo 297 de dicha codificación del menor, que se reitera es de orden legal, se indicó que el cargo de Comisario de Familia ostentaba el carácter de libre nombramiento y remoción, condición que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-497 de 1997, entendiéndose así que el empleo ostentaba la naturaleza de carrera administrativa, situación que posteriormente fue reafirmada por el artículo 13 de la Ley 575 de 2000<sup>1</sup>, y la Leyes 443<sup>2</sup> de 1998 y 909 de 2004<sup>3</sup>.

En vigencia del Código en cita, los requisitos de orden legal para ejercer el cargo de comisario de familia eran los siguientes: (i) ser ciudadano en ejercicio; (ii) ser abogado inscrito; (iii) acreditar especialización en Derecho de Familia o de Menores, o contar con experiencia no inferior a un (1) año en la materia, (iv)

<sup>1</sup> Ley 575 de 2002, por medio de la cual se reformó parcialmente la Ley 294 de 1996, que a su vez desarrolló el artículo 42 de la Constitución Política y estableció algunas disposiciones para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. El Artículo parágrafo 13 de esta normativa señaló textualmente que los cargos de comisario de familia serían de carrera administrativa.

<sup>2</sup> Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron normas sobre carrera administrativa y se dictaron otras disposiciones. El artículo 5º de esta normativa señala que por regla general los empleos públicos son de carrera administrativa, salvo los expresamente señalados por el legislador en la misma disposición, dentro de los cuales valga señalar no se encuentra el de comisario de familia, que por ende se reitera, ostenta la naturaleza de carrera administrativa a la luz de tales previsiones.

<sup>3</sup> Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictaron otras disposiciones. Al igual que la Ley 443 de 1998, el artículo 5º de esta normativa previo que por regla general los empleos públicos son de carrera administrativa, salvo los expresamente señalados por el legislador en la misma disposición, dentro de los cuales valga señalar no se encuentra el de comisario de familia, que por ende continuo ostentando naturaleza de carrera administrativa a la luz de tales previsiones.

demostrar una intachable conducta moral, social y familiar y (iv) no reportar antecedentes penales o disciplinarios (artículo 298).

Ahora bien, en desarrollo de la Ley 443 de 1998, se expidió el Decreto R 1569 de 1998, por el cual se estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales, de donde se resaltan las siguientes directrices:

- En primer lugar, se señaló que según la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos serían clasificados en los niveles Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico, Administrativo y Operativo (artículo 3º).

- En cargo de comisario de familia, identificado con el código 350, fue incluido dentro del nivel profesional (artículo 11).

- Este nivel, es decir el nivel profesional, agrupa aquellos empleos a los cuales corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley (artículo 4º).

- Para desempeñar los empleos correspondientes al nivel profesional se advirtió que debían tenerse en cuenta los siguientes requisitos generales, que a su vez servirán como base para establecer los manuales específicos de cada una de las entidades territoriales: Por una parte, debía exigirse el título universitario en el caso de los cargos profesionales, y en el caso de los profesionales especializados, debía exigirse además el respectivo título de especialización. De otro lado, se determinó que la experiencia profesional y laboral sería determinada de acuerdo con el perfil del empleo (artículo 5º).

- Finalmente, se determinó que los requisitos señalados no podrían ser disminuidos; sin embargo, se aclaró que las autoridades competentes para adoptar las respectivas plantas de empleos, al fijar las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio, de acuerdo con las funciones y las responsabilidades de cada uno de ellos, podrían prever la aplicación de las siguientes equivalencias en el nivel profesional:

Requisito	Equivalencia
1. Título de formación avanzada o de postgrado y su correspondiente formación académica	Este requisito podría ser homologado por cualquiera de los siguientes: - Tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada y viceversa, siempre que se acredite el título universitario; o - Título universitario adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo; o - Terminación y aprobación de estudios universitarios adicional al título universitario exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional específica o relacionada.
2. Título universitario adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo	Por tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada.
3. Título universitario	Por el grado de oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, a partir del grado de Capitán o Teniente de Navío.

Como puede verse, en este Decreto lo único que se hizo frente al Cargo de Comisario de Familia, fue asignarle el código 350, regulando su ubicación en el nivel profesional que incluye los empleos de profesionales propiamente dichos, así como a los profesionales especializados.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que a pesar de que se trató el tema de los requisitos para el acceso a los cargos incluidos en tal nivel, lo cierto es que tan solo se estableció un mínimo de exigencias, permitiendo a las administraciones territoriales el establecimiento de otras condiciones y equivalencias de acuerdo al perfil del empleo, que en todo caso no resultarían aplicables a los Comisarios de Familia, en la medida que sus requisitos se hallaban consagrados concretamente en el Código del Menor, que en modo alguno fue derogado por las normas en comento, tal como lo señaló el Honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha 4 de agosto de 2011, proferida por la Sección Segunda Subsección B, con ponencia de la Doctora BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, dentro del proceso con radicado interno (1843-10), donde, luego de analizar la normatividad aplicable, arribo textualmente a las siguientes conclusiones:

“

1. *Es competencia del Congreso de la República, establecer el régimen de requisitos y calidades que deben reunir los empleados públicos.*
2. *Dicha facultad no puede delegarse a otro órgano estatal diferente del Presidente de la República de manera transitoria y siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 150-10 de la Constitución Política.*
3. *El artículo 298 del Decreto 2737 de 1989 no viola el artículo 125 de la Constitución Política y para la fecha de expedición del acto acusado (7 de diciembre de 2001) se encontraba vigente.*
4. *La Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios no derogaron en forma expresa, ni tacita el Decreto Ley 2737 de 1989.*
5. *El Alcalde Municipal de Medellín carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el Decreto Ley 2737 de 1989, para acceder al cargo de Comisario de Familia”.*

Luego, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se expidió el Decreto 785 de 2005, por medio del cual, además de derogarse el Decreto 1569 de 1998, se estableció el sistema de nomenclatura, clasificación, funciones y requisitos de los empleos de las entidades territoriales, donde se adoptaron los siguientes parámetros:

- Como primera medida, se estableció que según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasificarían en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial, de manera que desaparecieron los niveles administrativo y operativo previstos en el Decreto 1569 de 1998 (artículo 3º).

- El cargo de comisario de familia, que inicialmente estaba identificado con el Código 350, fue incluido en el nivel profesional bajo el código 202 (artículo 18).

- En este nivel, es decir, en el nivel profesional, se agrupan los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales (Artículo 4).

- De acuerdo con la categorización establecida para los Departamentos, Distritos y Municipios y de conformidad con el reglamento expedido por el Gobierno Nacional, las autoridades territoriales debían fijar en los respectivos manuales específicos las competencias laborales y los requisitos, teniendo en cuenta que en el nivel profesional es exigible como mínimo el título profesional respectivo y como máximo el título profesional, junto con título de posgrado y experiencia (artículo 13).

- Las autoridades territoriales competentes, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, no podrían disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia, ni exceder los máximos señalados para cada nivel jerárquico; sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias frente a la especialización en el nivel profesional:

Requisito	Equivalencia
1. El título de posgrado en la modalidad de especialización por	Dos (2) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional, o  Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, o  Terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional.

- En todo caso, se determinó que para el ejercicio de los empleos correspondientes a los diferentes niveles jerárquicos, que tuviesen requisitos establecidos en la Constitución Política o en la ley, debían acreditarse los allí señalados.

Obsérvese que al igual que ocurrió con el Decreto 1569 de 1998, esta nueva normativa, esto es, la contenida en el Decreto 785 de 2005, lo único que hizo frente al cargo de Comisario de Familia fue incluirlo en el nivel profesional que abarca tanto a los profesionales propiamente dichos como a los profesionales especializados, variando su código que inicialmente correspondía al 350, para identificarlo finalmente con el número 202.

Específicamente en el tema de requisitos, se establecieron unas directrices mínimas y máximas que debían tener en cuenta las administraciones territoriales para el momento de establecer las exigencias de acceso a los cargos públicos, salvo en el caso de los empleos cuyas condiciones de ejercicio se encontrasen contempladas en la Constitución o en la ley, como ocurría con los Comisarios de Familia, que como se ha dicho insistentemente, se encontraban previstas en el Código del Menor.

Desde esta perspectiva, puede decirse que para este momento los requisitos del cargo, no habían variado; sin embargo, no puede perderse de vista que con posterioridad se expidió la Ley 1098 de 2006, por la cual se adoptó el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuyo artículo 80 se determinaron las calidades para ser Defensor de Familia, que según el artículo 85 ejusdem, son las mismas que se exigen para el desempeño del cargo de Comisario de Familia, señalando como tales las siguientes: (i) Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente; (ii) no tener antecedentes penales, ni disciplinarios; y 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.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-149 de 2009, bajo el entendido que para el cumplimiento del último de los requisitos citados, se pueden acreditar también otros títulos de postgrado que resulten afines con los citados y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al cargo.

Adviértase que este nuevo contexto normativo, por ser de orden legal, si tenía la virtualidad para modificar los requisitos establecidos en el Código del Menor, con independencia de las disposiciones establecidas en los Decretos 1569 de 1998 y 785 de 2005, luego es claro que actualmente se encuentran vigentes las últimas condiciones previstas por el Legislador, esto es, en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

En el caso concreto del Municipio de Ciénega, la Comisaría de Familia fue creada a través del Acuerdo No. 023 del 6 de diciembre de 2007 (fls. 181-182), donde expresamente se consideró la necesidad de crear dicha dependencia, precisamente para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, por lo que, mediante el Decreto No. 019 del 13 de mayo de 2008, se creó el Cargo de Comisario de Familia, que en consecuencia quedó gobernado por las normas vigentes para ese momento, es decir, por las previsiones contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Precisamente en el referido acto de creación se estableció que el Comisario de Familia debía reunir las siguientes calidades,: (i) ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente; (ii) no tener antecedentes penales, ni disciplinarios; y 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 fuese un componente curricular del programa.

Nótese, que la Administración Municipal se limitó a reproducir las exigencias originalmente consagradas en el artículo 80 del Código de la Infancia y la

Adolescencia, que para ese entonces no había sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional.

Fue entonces bajo este nuevo contexto normativo que se vinculó al demandante, quien fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Comisario de Familia del Municipio de Ciénega mediante el Decreto No. 030 del 4 de agosto de 2008 (fls. 50 – 51, 105 – 106 del Cuaderno Principal y 40 – 41 Cuaderno de Pruebas de la Parte Demandada), empleo del cual tomó posesión el 6 de agosto del mismo año, tal como consta en el acta de posesión correspondiente (fls. 32 del Cuaderno Principal y 51 del Cuaderno de Pruebas de la Parte Demandada), incluida en la Hoja de Vida allegada como prueba (fls. 70- 197 de Cuaderno Principal y Cuaderno de Pruebas de la Parte demandante).

En consecuencia, contrario a lo señalado por la parte actora, para el Despacho es claro que cuando se verificó la vinculación del demandante, el Cargo de Comisario de Familia si se encontraba ajustado a las condiciones previstas en la Ley 1098 de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, de tal suerte que le resultaban perfectamente aplicables los requisitos allí previstos, en concordancia con las normas territoriales, que lógicamente posteriormente debían ser interpretadas conforme a los parámetro fijados por la Corte Constitucional.

De esta manera, fuerza concluir que el argumento relacionado con la improcedencia en la aplicación de la Ley 1098 de 2006, no se encuentra llamado a prosperar, pues conforme a lo expuesto, no es cierto que el empleo estuviese ajustado a las normas consagradas en el Decreto 785 de 2005, en concordancia con el derogado Código del menor contenido en el Decreto 2737 de 1989.

Para terminar, debe precisarse que el Nivel Profesional, en el que se encuentra ubicado el cargo de Comisario de Familia, agrupa tanto a los empleos profesionales propiamente dichos, como los profesionales especializados, de tal suerte que no se requería ninguna variación sobre el particular para que le resultara aplicable el requisito de postgrado, luego el argumento que en este sentido propuso la parte actora, tampoco está llamado a prosperar.

## **2.2. Falsa motivación - expedición irregular – desconocimiento del derecho de audiencia y defensa- desconocimiento del alcance jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional frente al requisito de postgrado exigido en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006:**

En este acápite se examinarán conjuntamente los cargos de falsa motivación, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, y desconocimiento del alcance jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional frente al requisito de postgrado exigido en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que se trata de argumentos que se relacionan entre sí; veamos:

Como se dijo al establecer los antecedentes del caso, la apoderada judicial de la parte actora resalta que aun cuando el demandante acreditó su condición de especialista en derecho comercial, la administración territorial, atendiendo al concepto de la personera municipal, decidió retirarlo del servicio por considerar que no cumplía el requisito de postgrado consagrado numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, donde precisamente se señala que para el ejercicio del Cargo de Comisario de Familia deben acreditarse estudios de postgrado en

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
 EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

derecho de familia, civil, administrativo, constitucional, procesal, derechos humanos o ciencias sociales.

Desde esta perspectiva, aduce que con el acto acusado se desconoció flagrantemente el alcance fijado por la sentencia C-149 de 2009, mediante la cual, afirma, se declaró la exequibilidad de la norma bajo el entendido de que para el cumplimiento de dicha exigencia, bajo los parámetros de la libre escogencia de la profesión u oficio y el derecho a la igualdad, se pueden acreditar títulos de postgrados distintos a los señalados por el legislador, pero que resulten afines y que guarden relación directa clara e inequívoca con las funciones del empleo, como sería el caso de la especialización en derecho comercial acreditada por el demandante, la cual, según se insiste en la demanda, no fue tenida en cuenta por la administración territorial a pesar de ser a fin con el área civil enlistada en el precepto, disponiéndose finalmente el retiro del servicio por ausencia de dicha condición, atendiendo al concepto de la personera municipal, quien según su dicho, no tenía la competencia para el efecto.

Bajo este contexto, considera que la decisión se encuentra viciada de nulidad por falsa motivación, toda vez que, a su juicio, las razones expuestas por la administración para sustentar la desvinculación del demandante no corresponden a la realidad, sino que por el contrario obedecen a una errónea interpretación del numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006.

Del mismo modo, advierte que la desvinculación no tuvo otro fundamento que la discrecionalidad del nominador, la cual alega, se encuentra proscrita para los servidores que desempeñan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, como ocurría con el accionante.

Finalmente, considera que con aquella decisión el Alcalde Municipal se arrogó facultades propias del legislador, al estructurar requisitos diferentes de los señalados en la ley para el ejercicio del empleo, sin que en modo alguno se otorgara al servidor la posibilidad de controvertir las razones de la desvinculación, de tal suerte que en su sentir, el acto de retiro no solamente se encuentra falsamente motivado, sino que además fue expedido de forma irregular y con violación del derecho de audiencia y defensa.

Pues bien, según el Consejo de Estado, *"la motivación es la declaración de **las circunstancias de hecho** y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además, un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto, por lo que cualquier anomalía que se invoque en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición"*<sup>4</sup> (negrilla fuera de texto).

La Corporación ha señalado *"que **la validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión** que mediante el mismo se haya tomado. **Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho** y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra. **Se trata de un***

<sup>4</sup> CE2A 3 MAR 2011, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren R: 25000-23-25-000-2004-04310-02(1530-09)

**requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso. El vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica del respectivo asunto. Ahora bien, debe precisarse que una cosa es la falsa motivación y otra la falta de motivación. La primera es un evento sustancial, que atañe a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo, y la segunda es un aspecto procedimental, formal, ya que ésta es la omisión en hacer expresos o manifiestos en el acto administrativo los motivos del mismo. De modo que el acto puede, formalmente, estar motivado, o sea cumplir con el requisito de tener indicados los motivos, pero en la realidad tener una falsa motivación, de suerte que por lo primero sería legal, pero por lo segundo estar viciado de nulidad. Puede darse también la situación contraria: que debiendo ser motivado, no lo haya sido, pero los motivos por los cuales la ley autoriza su adopción realmente ocurrieron. Aquí la nulidad puede surgir de lo primero, la falta de motivación, y ya no de la falsa motivación, por cuanto ello constituye un vicio de forma o expedición irregular, debido a la carencia de un requisito de forma que en atención al tipo de acto puede ser sustancial, es decir, relevante para el derecho de defensa y control del acto, como todos los que ponen fin a una actuación administrativa. Lo anterior significa que cuando el acto administrativo debe estar motivado, los motivos deben existir y, además, corresponder a los previstos en el ordenamiento jurídico. La falsa motivación plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad, mientras que la falta de motivación le significa un problema de valoración directa del cuerpo o contenido del acto sobre si se expresan o indican o no razones para su expedición, y si lo dicho es suficiente como para tenerse como motivación (negrilla fuera de texto)<sup>5</sup>.**

Como quedó expuesto en el acápite precedente, el demandante fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Comisario de Familia, mediante Decreto No. 030 del 4 de agosto de 2008, fecha para la cual se encontraba vigente la ley 909 de 2004.

El artículo 41<sup>6</sup> de esta normativa consagra las causales de retiro del servicio de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, señalando como tales las siguientes: (i) La declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (ii) la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (iii) la renuncia regularmente aceptada; (iv) el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; (v) la invalidez absoluta; (vi) la edad de retiro forzoso; (vii) la destitución, como

<sup>5</sup> CE1 7 Jun. 2012 MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E) R: 11001-0324-000-2006-00348-00.

<sup>6</sup> La norma, establecía en su literal c), que retiro de los empleados de carrera administrativa también podía darse por razones de buen servicio, mediante resolución motivada; empero, esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 501 del 17 de mayo de 2005, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, considerando que se trataba de una sanción y no de una medida administrativa, y que por tanto tenía una proyección en el ámbito del derecho disciplinario que implicaba la necesidad de aplicar el debido proceso, aspecto éste no previsto en el precepto, tornándose así inconstitucional.

consecuencia de proceso disciplinario; (viii) la declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo (ix) la 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; (x) por orden o decisión judicial. (xi) por supresión del empleo; (xii) por muerte; y (xiii) las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Ahora bien, el párrafo del precepto citado, establece que 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. En contraste, señala que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Por su parte el Artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, determinó que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podría darlos por terminados.

Una lectura detallada y armónica de las disposiciones referidas en precedencia, permite inferir sin mayor esfuerzo interpretativo, que mientras quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados de manera discrecional a través de acto administrativo que no requiere motivación expresa, los servidores que se encuentren ejerciendo cargos de carrea, sin importar si su vinculación se dio por nombramiento provisional, solo pueden ser retirados del servicio antes del cumplimiento del término o la prórroga, mediante acto motivado y con fundamento en las causales señaladas en la Constitución y la Ley, por tratarse de una potestad reglada, advirtiéndose que uno de los motivos que puede aducirse, es precisamente el relacionado con el incumplimiento de los requisitos previstos para el ejercicio del cargo de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.

En el caso concreto, no está en discusión el hecho de que la decisión de desvinculación haya sido motivada, sino que por el contrario, el debate se contrae a determinar si los motivos aducidos por la administración, específicamente los relativos al incumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo, corresponden a la realidad, por lo que será sobre este asunto que se emprenderá el análisis respectivo.

Así pues, lo primero que ha de señalarse, es que previamente a la terminación del nombramiento en provisionalidad del demandante, la Personera del Municipio de Ciénega, mediante oficio del 26 de agosto de 2013 (fl.145 del Cuaderno Principal y 83 del Cuaderno de Pruebas de la Parte Demandada), puso en conocimiento del Alcalde Municipal, entre otros aspectos, que luego de revisar la hoja de vida de los funcionarios de la entidad territorial, se pudo evidenciar que para el caso del demandante no se encontraba acreditado el requisito de postgrado exigido para el desempeño del cargo de Comisario de Familia en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006.

En virtud de lo anterior, el mandatario Local, a través de escrito de fecha 26 de mayo de 2014 (fls. 146 Cuaderno Principal, y 82 del Cuaderno de Pruebas de la Parte Demandada), le solicitó al demandante que procediera a actualizar su hoja

de vida en orden a acreditar los requisitos de estudio y experiencia necesarios para el desempeño del cargo, por lo que, con oficio de fecha 10 de junio de 2014 (fls. 146 - 150 del Cuaderno Principal y 84 -87 del Cuaderno de Pruebas de la parte demandada), el ex Comisario de Familia, allegó los documentos que consideró pertinentes.

Empero, una vez examinada la situación, el Alcalde Municipal, decidió dar por terminado el nombramiento, a través del acto demandado, contenido en el Decreto No. 049 del 17 de Junio de 2014 (fls. 46- 48 del Cuaderno Principal y 88 del Cuaderno de Pruebas de la Parte Demandada), donde se señaló:

"Que el Concejo Municipal de Ciénega mediante acuerdo No. 023 de 06 de diciembre de 2007 creó la Comisaria de familia de conformidad con los términos estipulados en la ley 1098 de 2006.

Que mediante Decreto No 030 de Agosto 04 de 2008a1 abogado GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA identificado con cédula de ciudadanía número 6.767.823 expedida en Tunja y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No.133037 del Consejo Superior de la Judicatura para que desempeñe las funciones inherentes al cargo de Comisario de Familia del Municipio de Ciénega.

Que mediante oficio No 157 de agosto 26 de 2013, la Personera Municipal de Ciénega, manifiesta: *En lo que tiene que ver con los requisitos de estudio y experiencia, se observó que para algunos cargos se desconoce la normatividad vigente, es el caso del cargo de Comisario de familia el cual de acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 80 de lo Ley 1098 de 2006 se asemeja al cargo de Defensor de Familia y para poder desempeñarlo, se debe acreditar ser abogado con Tarjeta profesional vigente, ... acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derechos Humanos o en ciencias sociales ..., situación que por demás parece no haber sido acreditada por parte del funcionario que preside dicha oficina.*

Que la normatividad vigente, esto es la ley 1098 de 2006, en su literalidad enuncia:

"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.
3. 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.

ARTÍCULO 85. CALIDADES PARA SER COMISARIO DE FAMILIA. Para ser comisario de Familia se requieren las mismas calidades que para ser Defensor de Familia."

Que revisada la Hoja de Vida del Doctor GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA, efectivamente no acreditaba título de especialista en disciplina alguna, y tan solo referenciaba estar cursando especialización en derecho comercial.

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

Que no obstante lo anterior, en su oportunidad no pudo la administración adoptar medida alguna, toda vez que el Doctor GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA, tenía a su cargo las funciones de Control Interno, motivo por el cual y en acatamiento de la ley 1474 de 2011, la que al tenor del párrafo Transitorio del artículo 9 textualmente enuncia: *"Para ajustar el periodo de qué trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo."*

Que para el 31 de diciembre de 2013, fecha de expiración del lapso temporal ut supra referido, se encontraba en vigencia la prohibición contenida en la ley 996 de 2005, prohibición relacionada con el impedimento de modificar la nómina en época preelectoral.

Que una vez superadas y expiradas las prohibiciones legales, y dado el paso del tiempo desde la radicación del oficio de la Personera, se procedió a solicitar la actualización de hoja de vida, con el propósito de verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

Que en junio 10 del año en curso el Doctor GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA actualiza su hoja de vida, haciendo llegar copia de los estudios de especialización, acreditando su condición de especialista en derecho Comercial, según título conferido por la Universidad Libre el 08 de mayo de 2013.

Que de acuerdo con la enunciación contenida por el artículo 80 en concordancia con el artículo 85 de la ley 1098 de 2006 el Abogado GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA, no cumple con los requisitos para desempeñarse como comisario de Familia".

Examinados los argumentos expuestos por la administración municipal, se puede advertir que el retiro del demandante obedeció específicamente al incumplimiento de los requisitos legales establecidos para el ejercicio del cargo, especialmente el referente al postgrado por considerar que no reunía los presupuestos establecidos en el numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, que si bien es cierto en principio resulta aplicable a los defensores de familia, también lo es para los cargos de Comisario de Familia, por disposición expresa contenida en el artículo 85 ejusdem.

Pues bien, según la norma, para desempeñar el empleo Comisario de Familia debe acreditarse 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.

Como ya se dijo, esta disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-149 de 2009, bajo el entendido de que para el cumplimiento del requisito, se pueden acreditar también otros títulos de postgrado que resulten afines con los citados y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al defensor de familia.

En aquella providencia, la Honorable Corporación, sostuvo que *"la norma presenta dos interpretaciones posibles. Una primera interpretación derivada de una lectura taxativa, según la cual, para acceder a dicho cargo sólo puede acreditarse título de posgrado en las áreas del conocimiento previstas expresamente en la norma, es decir, en derecho de familia, derecho civil,*

*derecho administrativo, derecho constitucional, derecho procesal, derechos humanos y en ciencias sociales con énfasis en derecho de familia. Y una segunda interpretación producto de reconocerle a la norma un carácter enunciativo, en el sentido de entender que para aspirar al cargo de defensor de familia se pueden acreditar los títulos de posgrado descritos expresamente en ella, y los demás que resulten afines y guarden relación con las funciones asignadas al cargo"*

*A juicio de la Corte, "la interpretación taxativa presenta serios problemas de constitucionalidad respecto de los derechos arriba enunciados, si se repara en el hecho de que, como se afirmó, los posgrados descritos en la norma no son los únicos que guardan relación con las funciones adscritas por la ley al defensor de familia. Por ello, de no atribuirle a la norma, en cuanto hace a la aludida exigencia, un alcance enunciativo, la misma resultaría discriminatoria y afectaría en forma ilegítima el derecho a escoger profesión u oficio".*

*Por consiguiente, la Honorable Corporación entendió que: "siendo la afinidad el criterio escogido por la ley para definir el acceso al servicio público en los cargos de defensor de familia, dicho criterio debe ser aplicado de manera uniforme entre quienes se encuentran en la misma situación de hecho y de derecho, es decir, entre quienes tengan estudios de posgrado (especializaciones, maestrías o doctorados) que guarden relación directa, clara e inequívoca con el ejercicio de las funciones asignadas por la ley a los mencionados funcionarios públicos, pues de lo contrario, el legislador estaría desbordando la facultad de configuración política en la materia, desconociendo, como se ha mencionado, el principio de igualdad material y el derecho a escoger profesión u oficio".*

*A este respecto, explicó que, "aun cuando el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad para regular el ejercicio del derecho a ejercer profesión y oficio, y dentro de ella para exigir títulos de idoneidad, dicha facultad no es absoluta sino limitada, en el sentido de no poder imponer condiciones exageradas o poco razonables, que no encuentren la debida justificación jurídica, y que terminen por anular o hacer nugatorio el ejercicio del citado derecho y los demás que por efecto del mismo proceder puedan resultar afectados".*

*Acorde con ello, dijo igualmente la Corte que "en el desarrollo de la facultad de regular el ejercicio de las profesiones y de exigir títulos de idoneidad, el legislador se encuentra sometido a límites competenciales, procedimentales y materiales, constituyéndose en un límite material, el excluir de la realización de una actividad específica, a profesionales que tienen un nivel de idoneidad, acreditado por un título profesional -obtenido conforme a la ley-, equivalente o superior al que el legislador estimó suficiente para realizar dicha actividad".*

*En Criterio del Alto Tribunal, "esta es precisamente la situación que se plantea en el caso de la norma impugnada, si la misma no se interpreta en el sentido de que para ser defensor de familia debe acreditarse título de posgrado en las áreas del conocimiento previstas en la norma, y en los demás que resulten afines con los descritos y que guarden relación de conexidad directa, clara e inequívoca con las funciones del cargo."*

*Por consiguiente, la Corte estimó que "una lectura restrictiva, dirigida a entender que para aspirar al cargo de defensor de familia sólo se pueden acreditar los títulos de posgrado descritos en la norma, carece de total justificación constitucional y, de manera concreta, desborda el límite material al*

*que se hizo expresa referencia, en la medida en que excluye sin razón a aquellos profesionales del derecho que cuentan con posgrados equivalentes a los que el legislador estimó como válidos para ejercer dicho cargo, y que también tienen una relación de conexidad directa, clara e inequívoca con las funciones del defensor de familia”.*

Con todo, aclaró 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” (subraya fuera del texto).

En suma, siguiendo las consideraciones precedentes, la Corte concluyó que debía declararse la exequibilidad de la norma, pero condicionando su alcance, en el sentido de entender que para el cumplimiento del requisito previsto en dicha norma, 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.

Así las cosas, advierte este Despacho que para establecer si un determinado título de postgrado puede servir como fundamento para acreditar el requisito establecido por el Legislador, debe analizarse si de acuerdo con el programa curricular, tiene afinidad con los títulos citados por la norma y además, si guarda relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al comisario de familia, contempladas en el artículo 86 de la misma ley.

En el caso concreto se alega que para el momento del retiro del servicio, el demandante acreditaba el título de especialización en derecho comercial, por lo que, según se dice en el libelo introductorio, se encontraba acreditado el requisito que en este sentido señala la norma, en concordancia con el alcance fijado por la Jurisprudencia Constitucional.

Pues bien, una vez examinadas las diligencias, el Despacho encuentra que en efecto, para la fecha del retiro del servicio, esto es, para el 17 de junio de 2014, el demandante contaba con la especialización en derecho comercial, tal como puede apreciarse en el acta de grado calendada el 8 de mayo de 2013, obrante a folio 57 del Cuaderno Principal, que fue acompañada del diploma respectivo, otorgado por la universidad libre de Colombia, el cual reposa a folio 58 del mismo cuaderno.

Desde esta perspectiva, se torna necesario examinar si conforme al programa curricular, el título cumplía con las condiciones de afinidad y relación establecidos por la Jurisprudencia Constitucional, para lo cual, ha de tenerse en cuenta el siguiente análisis:

- Efectivamente, durante el decurso procesal se obtuvo copia del plan de estudios vigente para la fecha en que el demandante cursó su especialización, donde se señala que se cursaron las siguientes materias:

<b>PRIMER NIVEL</b>					
Código	Materia	Créditos	Intensidad	U. Teórica	U. Práctica
9092	INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL	3	3	2	0
9093	CONTABILIDAD Y ANALISIS FINANCIERO	2	3	2	0
9294	DERECHO SOCIETARIO	3	3	2	0
9095	TITULOS VALORES	3	3	2	0
9096	OBLIGACIONES MERCANTILES	3	3	2	0
<b>SEGUNDO NIVEL</b>					
Código	Materia	Créditos	Intensidad	U. Teórica	U. Práctica
9097	INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL	3	3	2	0
9098	CONTABILIDAD Y ANALISIS FINANCIERO	2	3	2	0
9099	DERECHO SOCIETARIO	3	3	2	0
9100	TITULOS VALORES	3	3	2	0
9101	OBLIGACIONES MERCANTILES	3	3	2	0

Como puede apreciarse, el contenido de estudios del programa invocado por la parte actora, se circunscribe de manera directa al derecho comercial, de tal suerte que, no puede establecerse algún tipo de relación con las funciones del cargo de comisario de familia, que según el artículo 86 de la Ley 1098 de 2006, se circunscriben a las siguientes:

- Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.
- 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.
- Recibir denuncias y adoptar las medidas de emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes.
- Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar
- 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.

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
 DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
 EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

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

Así entonces, examinadas en detalle las materias que conforman el programa curricular de la especialización cursada por el demandante, de cara a las funciones previstas para el cargo de Comisario de Familia, se puede inferir que en el presente caso no se cumplen los presupuestos señalados por la Jurisprudencia Constitucional para acreditar el requisito de postgrado bajo estudio, pues no se evidencia una relación directa, clara e inequívoca entre el programa académico y el contenido funcional del empleo.

Por consiguiente, para el Despacho es claro que, contrario a lo señalado en la demanda, el accionante no acreditaba el cumplimiento de esta exigencia, de donde se desprende que los motivos aducidos por la administración si corresponden a la realidad, y por lo tanto, los cargos bajo estudio no están llamados a prosperar, toda vez que no se evidencia la falsa motivación alegada, así como tampoco puede decirse que el mandatario municipal se haya arrogado competencias propias del legislador, toda vez que por el contrario, lo único hizo fue dar aplicación a las normas que rigen la materia, sin que en consecuencia pueda afirmarse que la decisión haya obedecido a su discrecionalidad.

Por lo demás, el hecho de que la personera municipal haya puesto en conocimiento del alcalde el incumplimiento de los requisitos por parte del demandante, en nada afecta la validez de la desvinculación, pues en todo caso la decisión final fue adoptada por el nominador dentro de la órbita de sus competencia legales.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que por tratarse de un acto administrativo mediante el cual se dispuso la revocatoria del nombramiento de un servidor público, por el incumplimiento de los requisitos legales previstos para el ejercicio del cargo, no se requería la anuencia previa del demandante.

Precisamente, para el caso de los actos de nombramiento existen normas especiales que enlistan causales de revocatoria, como ocurre con artículo 45 del Decreto 1950 de 1973<sup>7</sup>, según el cual la autoridad podrá o deberá, según el caso, modificar, aclarar, sustituir, revocar o derogar una designación, cuando se verifique alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando se ha cometido error en la persona; (ii) cuando la designación se ha hecho por acto administrativo

---

<sup>7</sup>Decreto 1950 de 1973 "por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil". Es de aclarar que inicialmente esta normativa era aplicable a los servidores del orden Nacional, no obstante, por disposición del artículo 2º de la Ley 27 de 1992, se estipuló que también regiría para los servidores del orden territorial, incluyendo lógicamente a quienes laboraban en las entidades municipales, situación que continuó vigente luego de la entrada en vigencia de la Ley 443 de 1998, (artículo 87) vigente para el momento en que se expidió el acto acusado.

inadecuado; (iii) cuando aún no se ha comunicado; (iv) cuando el nombrado no ha manifestado su aceptación o no se ha posesionado dentro de los plazos legales; (v) cuando la persona designada ha manifestado que no acepta; (vi) cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos para ser empleado; (vii) cuando el empleado no reúna los requisitos para tomar posesión en el cargo (previstos en el artículo 53 ibídem); (viii) Cuando el empleado nombrado este disfrutando de licencia ordinaria; (ix). y cuando haya error en la denominación, clasificación o ubicación del cargo o en empleos inexistentes.

Por su parte, el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, referido en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece que en caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público sin el cumplimiento de los requisitos legales previstos para su ejercicio, debe procederse a tramitar su revocatoria, tan pronto como se advierta la infracción.

En punto a la aplicación de esta preceptiva, se han estructurado dos tesis contrapuestas al interior de la Jurisprudencia Nacional, con respecto a la necesidad de obtener o no el consentimiento expreso del particular para lograr la revocatoria del nombramiento:

Por una parte, la Honorable Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad de la norma, específicamente a través de la sentencia C-672 de 2001, sostuvo que para proceder a la revocatoria de un nombramiento por incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del cargo, debe agotarse el procedimiento previo para obtener el consentimiento del particular, salvo en aquellos caso en que éste haya actuado de manera fraudulenta, pues en tales eventos no se requeriría de su anuencia por haber dado lugar a la vinculación ilegal.

En contraste, el Honorable Consejo de Estado, de manera reiterada, ha precisado que el nombramiento es un acto condición, que se expide no para el beneficio de la persona llamada a ocuparlo sino para la satisfacción del interés general y que por tal razón se descarta su naturaleza de índole particular, concreta y subjetiva, puesto que simplemente ubica al servidor en una situación objetiva e impersonal, que precisamente consiste en la condición de empleado público. Según la Alta Corporación, dadas estas circunstancias, no se requiere el consentimiento del empleado para proceder a su revocación; sin embargo en aras de garantizar la seguridad jurídica, se ha indicado que la administración solamente podrá adoptar tal decisión, frente a la presencia de circunstancias objetivas y comprobadas, previamente establecidas por el legislador, de tal suerte que, el hecho que soporta la revocación debe estar consagrado en el ordenamiento jurídico, como es el caso de la Ley 190 de 1995.<sup>8</sup>

Al efecto, el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, analizando la normatividad que rige la materia, incluido el aludido artículo 5º de la Ley 190 de 1995, ha concluido que el Legislador, con relación al acto - condición, ha previsto un régimen propio, con causales especiales para regular la modificación, aclaración o revocatoria de la designación, que excluye la

---

<sup>8</sup> Sobre el particular, pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias:

- C.E.2.A. 3 Ag. 2006, Alberto Arango Mantilla Bogotá R: 25000-23-25-000-2001-01207- 01(1147-05)  
- C.E.2.B.19 Feb. 2009, Bertha Lucía Ramírez de Páez R: 73001-23-31-000-2001-04981-01(4981-05)  
- C.E.2.A.10 Nov. 2010, Luis Rafael Vergara Quintero R: 27001-23-31-000-2001-01338-01(7807-05)  
- C.E.2.A.10 de Oct. 2013, Luis Rafael Vergara Quintero R: 05001-23-31-000-1999-03285-01(1798-08)

exigencia de acudir a la anuencia expresa y escrita del respectivo titular, de tal modo que la revocatoria de los nombramientos, con anterioridad o posterioridad al acto de posesión del empleo, según sea el caso, por tratarse de actos - condición, está sometida al régimen especial de rango legal consagrado al efecto, donde se insiste no se prevé la necesidad de agotar el procedimiento para obtener el consentimiento expreso del servidor.<sup>9</sup>

En suma, según la tesis expuesta por el Honorable Consejo de Estado, la revocatoria del acto de nombramiento de los empleados públicos, no exige consentimiento expreso y escrito del afectado, sin embargo, en aras de preservar la seguridad jurídica, la administración únicamente puede acudir a causas objetivas y comprobadas contempladas previamente en el ordenamiento jurídico, como es el caso de la inexistencia del cargo prevista en el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973.

En criterio del Despacho, esta última tesis es la que mejor se acompasa con el ordenamiento superior, especialmente en lo referente al mandato contenido en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, donde se señala que el ingreso a los cargos públicos debe darse previo el cumplimiento de los requisitos legales.

Lo anterior, en concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 123 ibídem, donde se establece que los servidores públicos se encuentran al servicio del estado y de la comunidad, de donde se desprende que los actos de nombramiento, más que estructurar una situación de carácter particular y concreta, deben entenderse como una herramienta para el interés general, que por lo tanto implica el respeto de la legalidad, de tal suerte que, ante el incumplimiento de las exigencias objetivas previstas para el desempeño del cargo por parte del demandante, no podría declararse la nulidad de la actuación administrativa sub judice, pues ello conllevaría a cohonestar la infracción de ordenamiento jurídico, que incluso en la actualidad se encuentra latente, toda vez que, en modo alguno el interesado acreditó haber cumplido con el postgrado previsto para el empleo al que pretende ser reintegrado, y frete al cual, por lo tanto, nunca logró adquirir un derecho de permanencia.

Finalmente debe señalarse que en sede administrativa, la entidad territorial le otorgó al demandante la posibilidad de sanear la aludida situación de incumplimiento, comunicándole la recomendación efectuada por la Personera Municipal, en el sentido de que acreditara los requisitos para el desempeño de cargo, lo cual finalmente no ocurrió con respecto al postgrado exigido en el numeral 3º del artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, como bien lo concluyó el Alcalde Municipal en el acto enjuiciado, pues aun cuando se aportó el título de especialización en derecho comercial, lo cierto es que aquel no reúne los presupuestos de afinidad y relación establecidos por la Jurisprudencia Constitucional, luego es claro que el cargo de violación del derecho de audiencia y defensa al igual que los anteriores, carece de vocación de prosperidad.

### **2.3. Inexistencia del concurso de méritos:**

En la demanda se aduce que resulta cuestionable el hecho de que se haya terminado el nombramiento del accionante, sin que se hubiese materializado el

---

<sup>9</sup>Ibídem

concurso de méritos para la provisión del cargo, lo cual se alega, resultaba indispensable por tratarse de un empleo de carrera administrativa. Sobre este aspecto en particular debe resaltarse lo siguiente:

El Artículo 25 de la Ley 909 de 2004, estipula que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

A su vez, el artículo 31 *ibídem*, prevé que mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

Por su parte, el Parágrafo transitorio del Artículo 8 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, contempla que La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad.

Según la norma, en tales eventos, el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

No obstante, cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

Con todo, en los términos previstos en la disposición, el nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Finalmente indica que en aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

De otro lado, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 9 *ibídem*, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

En el orden de ideas expuesto hasta el momento, salta a la vista que el nombramiento provisional, constituye una forma excepcional y temporal para proveer cargos de carrera administrativa, que bien puede originarse, por una parte, en situaciones administrativas de faltas temporales, y por otra, en las vacancias absolutas, hasta tanto se surta el respectivo proceso de selección

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

meritocrático para la provisión definitiva del empleo, conforme a las exigencias dispuestas por el Legislador.

Con todo ha de recordarse que antes de cumplirse el término del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, puede darlo por terminado, tal como lo establece el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005,

Bajo este panorama, salta a la vista que en el caso concreto, la administración no estaba obligada a esperar a que se produjera la provisión del empleo mediante el concurso de méritos, pues ante la existencia de una causal objetiva de retiro del servicio, como es el caso del incumplimiento de los requisitos legales para el desempeño del cargo, lo único que debía hacerse era motivar la decisión aduciendo dicha circunstancia, como en efecto ocurrió, de tal suerte que, en nada afecta su legalidad el hecho de que el ente territorial no haya reportado la vacancia del empleo ante la Comisión Nacional del Servicio Civil (fl. 275 del Cuaderno Principal), luego en este sentido, el cargo bajo análisis también será desestimado.

#### **2. 4. Ausencia de permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Departamento Administrativo de la Función Pública e incumplimiento de la Circular No. 003 de 2014, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil:**

En el libelo introductorio se indica que se aduce que para proceder el retiro del servicio del demandante, la entidad territorial debía solicitar permiso a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Departamento Administrativo de la Función Pública.

En tal sentido, señala que se desconocieron las directrices impartidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la Circular No. 003 de 2014, donde se indicó que como consecuencia de la suspensión transitoria del Decreto 4968 de 2007, no se otorgarían autorizaciones para la provisión de cargos de carrera administrativa mediante encargos o nombramientos en provisionalidad.

Pues bien, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 909 de 2004, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene a su cargo las siguientes funciones: (i) Bajo las orientaciones del Presidente de la República le corresponde la formulación de la política, la planificación y la coordinación del recurso humano al servicio de la Administración Pública a nivel nacional y territorial; (ii) elaborar y proponer al Gobierno Nacional anteproyectos de ley y proyectos de decretos reglamentarios en materia de función pública; (iii) fijar, de acuerdo con el Presidente de la República y el Departamento Nacional de Planeación, las políticas en materia de organización administrativa del Estado, orientadas hacia la funcionalidad y modernización de las estructuras administrativas y los estatutos orgánicos de las entidades públicas del orden nacional; (iv) elaborar y aprobar el Plan anual de empleos vacantes de acuerdo con los datos proporcionados por las diferentes entidades y dar traslado del mismo a la Comisión Nacional del Servicio Civil; (v) impulsar, coordinar y, en su caso, ejecutar los planes, medidas y actividades tendientes a mejorar el rendimiento en el servicio público, la formación y la promoción de los empleados públicos; (vi) Velar por el cumplimiento y aplicación por parte de las unidades de personal de las normas generales en materia de empleo público, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil; (vii) fijar,

de acuerdo con el Presidente de la República, las políticas de gestión del recurso humano al servicio del Estado en la Rama Ejecutiva del Poder Público dentro del marco de la Constitución y la ley, en lo referente a las siguientes materias: planeación del recurso humano, vinculación y retiro, bienestar social e incentivos al personal, sistema salarial y prestacional, nomenclatura y clasificación de empleos, manuales de funciones y requisitos, plantas de personal y relaciones laborales; (viii) definir las políticas generales de capacitación y formación del talento humano al servicio del Estado en la Rama Ejecutiva del Poder Público y asesorar y apoyar técnicamente a las distintas unidades de personal en estas materias; (ix) Diseñar y gestionar los sistemas de información en materia de empleo público, en coordinación con las unidades de personal de las entidades públicas y con la Comisión Nacional del Servicio Civil en lo relacionado con el Registro Público de Carrera; (x) asesorar a la Rama Ejecutiva de todos los órdenes y, en especial a los municipios en materias relacionadas con la gestión y desarrollo del talento humano; (xi) formular planes estratégicos de recursos humanos y líneas básicas para su implementación por parte de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva; (xii) desarrollar en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la estructura del empleo público que permita la aplicación de las normas de función pública; (xiii) velar por el prestigio del Gobierno como empleador; (xiv) determinar los parámetros a partir de los cuales las entidades del nivel nacional y territorial elaborarán los respectivos manuales de funciones y requisitos y hacer seguimiento selectivo de su cumplimiento a las entidades del nivel nacional; (xv) formular el Plan Nacional de Formación y Capacitación y; (xvi) Apoyar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando esta lo requiera, en el desempeño de sus funciones.

Como puede verse, dentro de las funciones otorgadas al Departamento Administrativo de la Función Pública, no se encuentra ninguna que implique la facultad de autorizar movimientos de personal en las entidades territoriales, por lo que, no es de recibo el argumento que en este sentido esgrimió la parte actora.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley en cita, establece que en ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene a su cargo las siguientes funciones: (i) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; (ii) acreditar a las entidades para la realización de procesos de selección de conformidad con lo dispuesto en el reglamento y establecer las tarifas para contratar los concursos; (iii) elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento; (iv) establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa; (v) conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia; (vi) remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior; (vii) administrar, organizar y actualizar el registro

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

público de empleados inscritos en carrera administrativa y expedir las certificaciones correspondientes; (viii) expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa; (ix) realizar los procesos de selección para el ingreso al empleo público a través de las universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior, que contrate para tal fin; (x) elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño; (xi) absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa.

A su vez, el artículo 12 ibídem, prevé que en ejercicio de sus funciones de vigilancia, el Órgano del Servicio Civil, ostenta las siguientes atribuciones: (i) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada; (ii) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado; (iii) recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de los medios autorizados por la ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficacia, economía e imparcialidad; (iv) resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia; (v) conocer de las reclamaciones sobre inscripciones en el Registro de Empleados Públicos, de los empleados de carrera administrativa a quienes se les aplica la presente ley; (vi) velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera; (vii) poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar; (viii) tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley; (ix) presentar un informe ante el Congreso de la República dentro de los diez (10) primeros días de cada legislatura, o cuando este lo solicite, sobre sus actividades y el estado del empleo público, en relación con la aplicación efectiva del principio de mérito en los distintos niveles de la Administración Pública bajo su competencia.

Nótese que en estas disposiciones, tampoco se incluye la facultad de autorizar movimientos de personal; sin embargo, ha de recordarse que el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, contempló la posibilidad de que la Comisión Nacional del Servicio Civil autorizara nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justificara el jefe de la entidad.

En este punto, debe tenerse en cuenta que a través de la Circular No. 003 del 11 de junio de 2014 (fls. 58, 59 y 276 del Cuaderno Principal), el propio Organismo del Servicio Civil indicó que dejaría de impartir dichas

autorizaciones, en virtud de los parámetros señalados por el Consejo de Estado mediante auto de fecha 5 de mayo de 2014, donde se dispuso la suspensión de algunas disposiciones que pretendían modificar el referido artículo 8º del Decreto 1227 de 2005.

En consecuencia, señaló que todas las entidades destinatarias de la Ley 909 de 2004, como es el caso de los Municipios, debían dar estricto cumplimiento a los artículos 24 y 25 ibídem, donde valga señalar, se establece el sistema de encargos y nombramientos provisionales en caso de vacancias temporales de los cargos de carrera administrativa.

En este sentido, la Comisión Nacional del Servicio Civil precisó que aun cuando las entidades públicas tienen la facultad legal para proveer transitoriamente empleos de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente a través de nombramientos provisionales, lo cierto es que deben salvaguardar el derecho preferencial otorgado a los empleados de carrera.

Por consiguiente, la Corporación advirtió que continuaría desarrollando sus labores de control y vigilancia para verificar el cumplimiento de las normas de carrera administrativa, para lo cual conminó a los representantes legales de las entidades públicas, en orden a que de manera semestral presentaran sendos informes donde se reflejaran, entre otros aspectos, los nombramientos efectuados para desempeñar cargos de carrera administrativa.

Pues bien, una lectura atenta de las directrices fijadas por el Organismo del Servicio Civil, permite concluir que aun cuando en efecto se indicó que no serían emitidas autorizaciones para la provisión de empleos de carrera administrativa a través de nombramientos provisionales, lo cierto es que tampoco se prohibió a los nominadores acudir a este tipo de vinculaciones, pues por el contrario, se indicó bien podían aplicarlas, pero respetando el derecho preferencial de los empleados de carrera.

Bajo este panorama, salta a la vista que ante la existencia de una causal objetiva del retiro del servicio, bien podía el Alcalde Municipal disponer la desvinculación del demandante y nombrar al funcionario que habría de remplazarlo, sin necesidad de autorización alguna, como en efecto lo hizo, pues ha de resaltarse que luego de dar por terminado el nombramiento del señor GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA, el mandatario local procedió a designar en su remplazo al señor ROGER ADOOLFO MACARENO LÓPEZ, a través del Decreto No. 052 del 19 de junio de 2014, de tal modo que los cargos bajo estudio tampoco tienen la virtualidad de desvirtuar la legalidad de la actuación administrativa sub iudice.

## **2.5. Desconocimiento de la idoneidad del demandante:**

La mandataria judicial considera que con el acto de desvinculación se desconoció la idoneidad y experiencia del demandante, así como su conducta ejemplar durante el desempeño del cargo.

En cuanto a este cargo basta precisar que, contrario a lo señalado por la parte actora, el demandante no acreditaba la idoneidad para el ejercicio del cargo, pues como pudo determinarse en líneas anteriores, en el momento de la

315

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

desvinculación no reunía los requisitos legales exigidos para su ejercicio, especialmente el referente al postgrado de que trata la Ley 1098 de 2006.

Por lo demás, ha de señalarse que según lo ha precisado el Honorable Consejo de Estado, es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta del actor en el ejercicio de su cargo no garantiza su estabilidad, sino que se constituye en el presupuesto natural del ejercicio del empleo<sup>10</sup>.

## 2.6. Desviación de poder:

La libelista sostiene que el acto administrativo enjuiciado fue proferido con desviación de poder, dado que se trató de una decisión impulsada por el fuero interno del nominador, quien se distanció de los fines del servicio, al desconocer la idoneidad de la especialización acreditada por el demandante para el desempeño del cargo. Sobre el particular se advierte lo siguiente:

El Honorable Consejo de Estado, ha señalado que la demostración de esta causal *"implica llevar al juzgador a la **convicción plena** de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión"*<sup>11</sup>.

Incluso, se ha dicho que la desviación de poder, *"es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva y pertenece al fuero interno del nominador. Por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión y por ello, ante la imposibilidad de hacerlo, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria"*<sup>12</sup>.

En el caso concreto dicha exigencia se torna aún más estricta, pues ha de reiterarse que se encuentra demostrada la exigencia de una causal objetiva de retiro del servicio, como lo es el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del cargo.

Para establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló la desvinculación del demandante, durante el decurso procesal, además de las pruebas documentales, se recaudaron dos declaraciones de terceros, a saber:

Por una parte, se practicó la declaración del señor HECTOR JAIME ÁVILA LÓPEZ, quien manifestó: (i) que actualmente se desempeña como técnico administrativo

<sup>10</sup>Sobre el buen desempeño de los servidores públicos pueden consultarse, entre otras, las sentencias C.E.2. 16 de febrero de 2016, LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO R. 200951320001-23-31-000-2007-00034-012111-08 y C.E.2. 15 de noviembre de 2012, VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA R. 2016521 19001-23-31-000-2003-00692-011999-11.

<sup>11</sup>-CE.2.B 23 de Feb. de 2011 Víctor Hernando Alvarado A R: 170012331000200301412 02(0734-10)  
-CE2B 24 Mar. 2011 Víctor Hernando Alvarado Ardila R: 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09)

<sup>12</sup>CE.2B. 1 Nov. 2007. Jesús María Lemos Bustamante R: 25000-23-25-000-1999-02672-01(4249-04).

del Municipio de Ciénega Boyacá; (ii) que tiene conocimiento de que el demandante se desempeñó como Comisario de Familia del Municipio de Ciénega y como funcionario de control interno de la entidad; (iii) que el demandante, en su condición de funcionario encargado de control interno, allegó algunas pruebas a la procuraduría informando que la contratación del municipio se estaba fraccionando, por lo que se presentaron algunas diferencias con el Alcalde Municipal; (iv) que durante el desempeño del cargo el demandante siempre estuvo al servicio de quienes lo necesitaban; (v) que nunca se presentó queja alguna con relación a la calidad del servicio prestado por el demandante (vi) que el 17 de julio de 2014, se le notificó al demandante su desvinculación (vii) que el día Lunes 19 de julio de 2014, se presentó en la Alcaldía el Doctor Roger Macareno para recibir el empleo de comisario de familia; (viii) que conoce al demandante desde el año 2008, cuando fue vinculado para el desempeño del cargo de Comisario de familia; (ix) que inicialmente, compartieron oficina con demandante, pero que con posterioridad a éste último le asignaron un lugar de trabajo diferente; (x) que de acuerdo con los comentarios de la comunidad, el desempeño del demandante siempre fue óptimo; (xi) que para justificar la desvinculación del accionante la administración adujo que no cumplía con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo; (xii) que no obstante lo anterior, durante los 6 años de servicios, el demandante había demostrado que contaba con las capacidades para el Desempeño del Cargo; (xiii) que en todo caso el accionante contaba con una especialización en derecho comercial; (xiv) que una de las razones principales que hubo para la desvinculación del demandante, se circunscribió a las diferencias existentes entre el demandante y el alcalde, quien siempre buscó medios para retirar del cargo a las personas que no lo apoyaron en su elección; (xv) que las funciones de control interno fueron asignadas al funcionario nombrado como remplazo del demandante; (xvi) que el municipio no declaró la vacancia del cargo, en la medida que se suplió a los dos días de la desvinculación del demandante; (xviii) que la entidad territorial no cumplió con el procedimiento previsto para la provisión del Cargo de Comisario de Familia, a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil; (xix) que los usuarios le comentaron sobre la mala atención prestada por el funcionario nombrado en remplazo del demandante; (xx) que en su caso, el testigo tuvo algunas diferencias con la administración municipal, debido a que no quiso continuar ejerciendo las labores relacionadas con el manejo del sonido de la entidad territorial, (xxi) que con ocasión de esta última situación acudió ante la Personera Municipal, quien le advirtió al mandatario local que no podía asignar tales funciones al declarante; (xxii) que de otro lado, el mandatario local le solicitó al declarante las contraseñas de las redes sociales y la página web de la entidad, por lo que aquel (el declarante) solicitó la derogatoria del acto administrativo por medio del cual se le habían asignado las funciones de Web Master; (xxiii) que ante esta situación fue obligado a tomar vacaciones, durante las cuales se le hizo llegar un escrito donde se dio respuesta negativa a su solicitud; sin embargo después de tal respuesta la clave quedó a cargo del funcionario de control interno y (xxiv) que luego de ser notificado de la desvinculación, el demandante radicó una nota dirigida al comité de convivencia laboral el cual en su fecha no estaba conformado, por lo que, con posterioridad el Alcalde Municipal efectuó la convocatoria para el efecto.

De otro lado, se recaudó el testimonio de la señora YOLIMA ANDREA LÓPEZ DAZA, quien señaló: (i) que actualmente se desempeña como Personera Municipal de Ciénega; (ii) que según se dijo en el acto administrativo demandado, la desvinculación del demandante obedeció a que no cumplía con el requisito de postgrado exigido para el efecto (iii) que en todo caso, tuvo

conocimiento de la existencia de una persecución en contra del demandante por parte del mandatario local, motivada en las diferentes actuaciones que en su condición de funcionario de control interno había adelantado el accionante; (iv) que no tuvo conocimiento de queja alguna contra el demandante y que por el contrario se trataba de un funcionario eficiente; (v) que durante el último año de servicios del demandante se presentaron algunos inconvenientes entre el Alcalde Municipal y el Demandante, debido a las observaciones presentadas por este frente al fraccionamiento de los contratos; (vii) que a partir de ese momento la situación cambio, hasta el punto de que si había alguna reunión, el mandatario local se mostraba displicente frente al demandante; (viii) que debido a los inconvenientes la intensión del Alcalde Municipal, no era otra que retirar del servicio al demandante, que ese era el comentario de todos los funcionarios de la administración; (xi) que para la provisión del empleo ha debido convocarse al respectivo concurso de méritos; (xii) que no obstante se nombró a otra a través de la modalidad de libre nombramiento y remoción; (xiii) que no tuvo quejas formales o informales con respecto al desempeño del demandante o su remplazo; (xiv) que no se declaró la vacancia del empleo porque el nombramiento del funcionario designado como remplazo del demandante se verificó a los dos días de la desvinculación, (xiv) que hubo reforma administrativa con posterioridad a la desvinculación del demandante; (xv) que luego de verificar las hojas de vida de todos los empleados de la entidad territorial, la personería encontró que en el caso del demandante, no se cumplía con el requisito de postgrado previsto para el desempeño del cargo de Comisario de Familia, por lo que se requirió al mandatario local, en orden a que le indicara al servidor que procediera a demostrar el cumplimiento de dicha exigencia, o que acreditara su idoneidad a través de la experiencia (xvi) que en todo caso lo que se pretendía era la actualización de la hoja de vida, toda vez que, al haberse posesionado del cargo, se presumía que el demandante cumplía con los requisitos legales para el ejercicio del empleo y (xi) que la revisión de las hojas de vida se realizó en ejercicio de sus funciones como personera, de tal suerte que no recibió ninguna orden para el efecto.

El examen de las anteriores declaraciones, permite evidenciar que el único referente por el cual podría afirmarse que hubo desviación de poder en el acto demandado, sería la existencia de algunas diferencias entre el nominador y el demandante, debido a que este último en su condición de funcionario encargado del control interno, realizó algunas observaciones sobre la contratación estatal de la entidad territorial; sin embargo, dentro del plenario no existe prueba adicional que respalde dichas aseveraciones para examinar si realmente se constituyeron en un antecedente de la desvinculación, que como pudo verse, por el contrario obedeció al incumplimiento de los requisitos legales previstos para el ejercicio del cargo, tal como pudo concluirse en líneas precedentes.

En este punto, llama la atención del Despacho, el hecho de que la señora personera afirme que la desvinculación del demandante se produjo como consecuencia de una persecución emprendida por parte el mandatario local, cuando fue ella misma quien recomendó la actualización de la hoja de vida del servidor para que acreditara el cumplimiento de los requisitos legales del cargo.

Por consiguiente, no queda duda de que si bien pudieron existir algunas diferencias entre el nominador y el demandante, lo cierto es que su desvinculación no se produjo como consecuencia de tales circunstancias, sino que por el contrario, obedeció al incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del cargo, situación que vale la pena resaltar, se advirtió a instancia

de la personera municipal del ente territorial, de manera que no se evidencia ningún afán particular del mandatario local para disponer la desvinculación, como lo pretende hacer ver la parte actora.

De esta manera, no se desconocen las manifestaciones de los declarantes, en torno a las diferencias que existieron entre el nominador y el demandante; empero, ante la configuración de una causal objetiva de retiro del servicio, que además fue puesta en conocimiento por una autoridad de control, como es el caso de la personera municipal, salta a la vista que lo dicho por los testigos carece de la contundencia necesaria para demostrar la desviación de poder alegada, que en consecuencia carece de toda vocación de prosperidad.

### **2.7. Conclusión:**

Luego de examinar uno a uno los cargos de nulidad propuestos por la parte actora, el Despacho encuentra que ninguno de ellos tiene la virtualidad de enervar la legalidad del acto administrativo enjuiciado, por lo que no queda otra alternativa que desestimar las pretensiones de la demanda.

### **2.8. Costas:**

Por último, como en el presente caso se impone la denegatoria de las pretensiones, el Despacho, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa dispuesta en el artículo 188 del C.P.A.C.A., condenará en costas a la parte demandante, cuya liquidación deberá elaborarse por Secretaría, en los términos previstos en el artículo 366 y siguientes del Código General del Proceso. Para el efecto, conforme a lo prevé el numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como valor de las agencias en derecho el 3% de las pretensiones.

## **IV DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por el señor **GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Condenar en costas a la parte demandante, cuya liquidación deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 366 y siguientes del Código General del Proceso.

**TERCERO.-** Como agencias en derecho, se fija el 3% del valor de las pretensiones

317

REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: GERMAN ANTONIO PIRANEQUE GAMBASICA  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CIÉNEGA BOYACÁ  
EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2014-00224-00

**CUARTO.-** En firme esta providencia, por Secretaría, adelantense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios de los procesos quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Así mismo desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

**ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ**  
Juez

YSS/ARLS