REPÚBLICA DE COLOMBIA

Tribunal Administrativo de Casanare

Forjando Institucionalidad

Yopal, cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015).

Ref.: NRD. *Fallo CCA. NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD DE CARGO DE CARRERA. ACTO DE DESVINCULACIÓN REVOCADO POR LA ADMINISTRACIÓN EN CUMPLIMIENTO DE FALLO CONSTITUCIONAL. INEXISTENCIA DE CARENCIA ACTUAL DE OBJETO: EL ACTO REVOCADO NACIÓ A LA VIDA JURÍDICA Y PRODUJO EFECTOS. FALLO DE FONDO. AUSENCIA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO. LA ENTIDAD DEMANDADA NO PROBÓ EN SEDE JUDICIAL MOTIVOS DE BUEN SERVICIO O MEJORAMIENTO OBJETIVO DEL MISMO. Improcedencia de reintegro por terminación del encargo de la titular del empleo.*

Accionante:	CARMEN ROSA TORRES RAMÍREZ
Accionado:	MUNICIPIO DE VILLANUEVA
Radicado:	850013331701-2012-00082-00
Juzgado de origen:	Tercero Administrativo de Descongestión
Fecha decisión:	14-VII-2014
Registro interno:	2014-00206

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de la referencia, en el cual se controvierte la legalidad del acto administrativo por medio del cual se puso fin al nombramiento provisional de la demandante en un cargo de planta de la entidad demandada, cuyo titular en propiedad se encontraba ejerciendo otro en *encargo.*

HECHOS RELEVANTES

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, el 4 de octubre de 2010 la demandante fue nombrada con carácter provisional en el cargo de *secretaria código 440 grado 08* en la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Económico de la Alcaldía de Villanueva – Casanare.

La titular del cargo era Fanny Rodríguez Quintero quien fue comisionada para desempeñar otro en la misma entidad[1], razón por la que se generó la vacante temporal. Así las cosas, el nombramiento de la actora se hizo hasta cuando durara la comisión de la titular. La señora Torres Ramírez, tecnóloga en administración de empresas y con más de diez años de

[1] Técnico administrativo, código 367, grado 13.

experiencia como secretaria al servicio del municipio de Villanueva, tomó posesión del cargo el 5 de octubre de 2010.

El 6 de enero de 2012 se dio por terminado el nombramiento provisional de la actora a través de Resolución 015 de 2012 expedida por el secretario general del municipio de Villanueva, invocando la delegación de funciones conferidas por el alcalde a través del Decreto 002 de 2012. Dicha decisión le fue informada el 11 de enero de 2012 con entrega de copia simple de la misma, carente de motivación y de cumplimiento inmediato.

Ese mismo día, el cargo fue provisto por el delegado del alcalde a través de Resolución 025 de 2012, nombrando a PAULA ANDREA CHÁVEZ CANO con grado de escolaridad *técnico* y sin experiencia alguna como secretaria.

En sede de tutela la demandante alegó que la terminación de su nombramiento provisional se dio en situación de debilidad manifiesta en razón a la secuelas e incapacidades que aun padecía originadas en accidente de trabajo de fecha 10 de noviembre de 2010 del que la ARP POSITIVA y el Municipio de Villanueva fueron solidariamente responsables.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva mediante sentencia del 16 de abril de 2012 resolvió como mecanismo transitorio, mientras la interesada ejercía la acción de nulidad y restablecimiento, tutelar sus derechos fundamentales y ordenó al municipio de Villanueva suspender la Resolución 015 de 2012, reintegrar a la accionante al cargo que ocupaba y pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir.

En cumplimiento de lo anterior, el 20 de abril de 2012 la entidad demandada revocó el acto cuestionado y dispuso el reintegro de la señora Torres Ramírez al cargo que venía desempeñando además del pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante su desvinculación.

El 3 de mayo de 2012 el delegado del alcalde dio por terminado el encargo de Fanny Rodríguez Quintero, quien para ese entonces se desempeñaba como líder del programa de recreación, deporte, cultura y turismo de Villanueva y dispuso su regreso al cargo del cual era titular (secretaria código 440 grado 8) desempeñado por la demandante, vinculación a la cual se puso fin considerando la situación administrativa que originó el encargo de la titular del empleo.

El 25 de mayo de 2012 el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Monterrey revocó el fallo de tutela antes aludido y en su lugar declaró la improcedencia de la acción y ordenó a Carmen Rosa Torres Ramírez la devolución de los dineros recibidos del municipio.

ASUNTO LITIGIOSO

Se controvierte la legalidad de la Resolución 0015 del 6 de enero de 2012 expedida por el secretario general del municipio de Villanueva a través de la cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante en el cargo de *secretaria código 440, grado 08* de la planta de personal del municipio, cuyo titular en propiedad se encontraba ejerciendo otro en encargo[2], aunado a que la administración municipal emitió acto administrativo de revocatoria del acto de desvinculación en cumplimiento de fallo de tutela que ordenó su

[2] Se dio por terminado posteriormente (3 de mayo de 2012), por lo que nuevamente se puso fin a la vinculación de la demandante considerando que la situación administrativa que originó el encargo de la titular del empleo se terminó.

reintegro y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, decisión que fue posteriormente revocada en segunda instancia.

Por su parte, la entidad accionada alega que los nombramientos en provisionalidad no tienen carácter de permanencia, que se ha configurado ineptitud sustantiva de la demanda por proposición jurídica incompleta por no atacar la Resolución 173 de 2012[3] y porque debió demandarse el acto administrativo que nombró a la señora *Paula Chávez* para que la reemplazara; además, la parte actora no integró debidamente el contradictorio pues debió vincularse a la titular del empleo en aras de garantizar el debido proceso.

DECISIÓN RECURRIDA

La jueza tercera administrativa de descongestión de Yopal, el 14 de julio de 2014, profirió sentencia (folio 520 c.ppal) en la que negó la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda* y declaró probada la excepción de *carencia actual de objeto por sustracción de materia* y, en consecuencia, dispuso inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo.

Los principales argumentos fueron los siguientes:

A) La entidad accionada señaló que no se demandaron la totalidad de los actos administrativos: *Resolución 15 de 2012[4], Resolución 25 del 11 de enero de 2012[5], Resolución 173 del 3 de mayo de 2012[6] y Decreto 02 de 2012[7].*

Al analizar lo expuesto por el municipio de Villanueva en cuanto a la configuración de proposición jurídica incompleta, concluye que pese a que los actos administrativos contienen una decisión idéntica respecto de la suerte de la demandante en el cargo, son actos absolutamente independientes. La Resolución 173 del 03 de mayo de 2012 no fue proferida como consecuencia del agotamiento de la vía gubernativa respecto de la Resolución 015 del 6 de enero de 2012, pues obedece a circunstancias totalmente distintas, por lo que no existe unidad jurídica entre las mismas.

B) El acto administrativo que revoca la Resolución 015 del 6 de enero de 2012 en cumplimiento del fallo de tutela, a juicio del despacho no fue proferido únicamente en acatamiento de dicha orden judicial, pues la demandante también elevó petición a la Administración solicitando su reintegro. La orden del juez de tutela era temporal pues dispuso ***suspender*** la Resolución 015 de 2012 deteniendo su ejecutividad, ejecutoriedad y obligatoriedad, por lo que la Administración fue más allá de lo ordenado por el juez constitucional ***anulando*** su propio acto reconociendo que era contrario a la Constitución, a la ley y que representaba agravio injustificado a una persona.

Adujo que aceptar que la Resolución 160 del 20 de abril de 2012 (acto de revocatoria) fue expedida, estrictamente, en cumplimiento de la orden de tutela, significaría que se trata de un acto administrativo de ejecución, decisión que choca con la verdadera naturaleza de la revocatoria directa.

---

[3] A través de la cual se dio por terminado el encargo administrativo en el que se encontraba la titular del empleo y en consecuencia ordenó la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante.
[4] Por medio de la cual se declara terminado el nombramiento provisional de la actora.
[5] Por medio de la cual se nombra con carácter provisional en un empleo con vacancia temporal a la señora Paula Andrea Chávez.
[6] Por medio de la cual se da por terminado un encargo a un empelado de carrera y en consecuencia se da por terminado el nombramiento provisional de la demandante que cubría la vacante temporal por el tiempo que durara el encargo de la titular.
[7] Por medio del cual el alcalde de Villanueva delega unas funciones en el Secretario General.

Igualmente, mencionó que el Consejo de Estado[8] ha precisado que si un acto, que en principio debiera ser de mera ejecución en cuanto se expide en acatamiento de fallo de tutela, se aparta del alcance de la decisión, resulta incuestionable que el acto no es de mera ejecución como quiera que nace a la vida jurídica otro que resulta a todas luces controvertible ante la jurisdicción.

C) De acuerdo con lo anterior, mal podría entenderse a la revocatoria directa como el producto de la ejecución de una orden judicial o equiparar sus efectos con los de una medida de cautela como la suspensión de la eficacia de los actos administrativos. Así las cosas, la pretensión anulatoria queda sin fundamento ya que para definirla correspondería efectuar el respectivo estudio de legalidad de un acto que en realidad ya se encuentra por fuera del tráfico jurídico, al haber sido la misma autoridad que lo expidió quien con anterioridad a la presentación de la demanda reconoció expresamente su ilegalidad haciendo uso de una facultad legal (revocatoria), a partir de la cual surge un nuevo acto respaldado por la presunción de legalidad que sería el que debió someterse a control.

D) El debate carece de objeto por sustracción de materia; en cuanto al restablecimiento de los derechos de la actora se tiene que con la revocatoria directa el municipio dispuso el reintegro de la empleada y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir; además, la acción de reparación directa es la procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo ilegal revocado en sede administrativa.

Hace alusión a lo expuesto por el Consejo de Estado[9] en cuanto a que en los actos particulares demandados es posible que se presente la *sustracción de materia* por no existir pretensiones que atender, motivo que conduce a dictar fallo inhibitorio, dado que carece de objeto cualquier pronunciamiento de fondo.

E) Por último, señala que aunque le corresponde al juez desplegar con ahínco los poderes de dirección procesal que ostenta para evitar esta clase de finales, en el caso concreto el defecto del que adolece la demanda trasciende del campo de acción del juez, pues surge de la interpretación jurídica sobre la que descansa la tesis de la parte actora, de manera que incluso de haberse advertido antes, no le era dable al funcionario judicial exceder la órbita del control formal de la demanda, por lo que no le queda más opción que inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra del fallo proferido en primera instancia (fol. 530 c. ppal.). Sus argumentos se extractan así:

	El acto administrativo de revocatoria fue producto exclusivo de la orden dada por el juez de tutela de primera instancia, tal como se puede constatar de la lectura de los considerandos del acto administrativo; de esta manera, los únicos motivos que debe tener en cuenta el juez son

[8] Providencia del 7 de abril de 2011, expediente 25000-2325-000-2010-00152-01 (1495-10) consejero ponente Alfonso Vargas Rincón.
[9] Sentencias del 12 de septiembre de 2002, expediente 11162, C.P María Inés Ortíz Barbosa; 9 de febrero de 2006, expediente 14596 y 17 de noviembre de 2006, expediente 14421, C.P Héctor Romero Díaz.

El acto administrativo de revocatoria (Resolución 160 de 2012) es un acto de ejecución de cumplimiento de la sentencia de tutela de 1ª instancia.	los plasmados en dicho acto, por lo que no es posible suponer que la Administración se excedió en lo ordenado por el fallo constitucional. No puede entenderse que con la expedición de la resolución de revocatoria el municipio fue más allá de lo ordenado por el juez constitucional pues lo que hizo fue acatar a su manera y como mejor le pareció el fallo de tutela de primera instancia. La entidad territorial nunca calificó de aceptable la solicitud elevada por la demandante con relación a su reintegro, por lo que se trató de un asunto meramente enunciativo consignado en la Resolución 160 de 2012 (revocatoria). De ninguna manera el acto expedido es producto de la reclamación administrativa hecha por la actora. Por otra parte, una vez quedó ejecutoriado el fallo de tutela de segunda instancia del 25 de mayo de 2012 el cual revocó el de primera y ordenó que la demandante reintegrara lo correspondiente a salarios y prestaciones otorgadas, quedaron sin efecto las actuaciones que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo de tutela, es decir, quedó sin efecto la Resolución 160 de 2012 (revocatoria) en cumplimiento de lo dispuesto por el juez de tutela. No se puede sacrificar el derecho sustancial argumentando que como el art. 7 del Decreto 306 de 1992 no contempló específicamente *"dejar sin efectos"* la revocatoria directa proferida por la autoridad administrativa, esta no esté implícita en el término *"quedarán sin efecto dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo respectivo".*
No se analizó el cargo de falta de competencia del secretario general del municipio de Villanueva para la expedición de la Resolución 015 de 2012 por cuanto se encontraba inhabilitado por haber sido condenado penalmente	El secretario general se encontraba inhabilitado para ejercer dicho cargo público pues fue condenado a pena privativa de la libertad por un delito doloso. Menciona que el juez administrativo no puede pasar por alto que un funcionario inhabilitado haya firmado varios actos administrativos incluido el que se demanda. No se podía revocar una Resolución viciada de nulidad por falta de competencia.
Nadie está obligado a lo imposible	La parte actora no podía demandar la Resolución 173 de 2012 (por la cual se da por terminado el encargo de la titular del empleo y se termina el nombramiento provisional de la actora) porque cuando esta quedó ejecutoriada (01 de junio de 2012), ya se había proferido el fallo de segunda instancia de la tutela (25 de mayo de 2012), luego la Administración no podía dar por terminado el nombramiento de la actora porque ella ya no era empleada pública desde enero de 2012. Por otro lado, la parte actora tampoco podía demandar la resolución de revocatoria porque había quedado sin efectos en virtud de fallo de tutela proferido en segunda instancia y, por ende, vigente la Resolución 015 de 2012 (terminación de la vinculación de la actora).

ATUACIÓN PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al despacho del sustanciador el 14 de octubre de 2014 (fol. 2 c. segunda instancia) y el recurso fue admitido el 15 del mismo mes y año (fol. 3 c. segunda instancia) sin novedades; el 24 de octubre se corrió traslado a las partes para alegar (fol. 5 c. segunda instancia), etapa en la que acudió la entidad demandada (fol. 6 c. segunda instancia).

La parte actora no presentó alegatos, el Ministerio Público emitió concepto (folio 9 c. segunda instancia) y el asunto entró en turno para fallo el 10 de diciembre de 2014 (fol. 30 c. segunda instancia).

Resumen de los alegatos. ***Municipio de Villanueva*** (fol. 6 c. segunda instancia). Señala que la parte actora se limitó a demandar la Resolución 015 de 2012 por medio de la cual se termina su nombramiento, pero no demandó el Decreto 2 de 2012, a través del cual el alcalde del municipio de Villanueva delega funciones al secretario general, el cual es la base para la desvinculación laboral; tampoco tuvo en cuenta la Resolución 173 de 2012 que da por terminado el encargo de la señora FANNY RODRÍGUEZ quien vuelve al cargo original removiendo a la demandante, ni se percató de demandar la Resolución 160 de 2012 (acto de revocatoria).

Teniendo en cuenta lo anterior, la consecuencia será que el juez se declare inhibido para emitir pronunciamiento de fondo pues se está atacando un acto administrativo que ya fue revocado; de lo contrario estaría anulando un acto que no existe.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado[10] con relación a que el acto administrativo que define una situación particular es un acto demandable, junto con las decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica. Refiere los eventos en los que se debe proferir sentencia inhibitoria por *ineptitud sustantiva de la demanda* por ausencia de la proposición jurídica necesaria para definir la pretensión de la misma[11] y expone que el alto tribunal de lo contencioso administrativo ha sostenido que frente a actos particulares es posible que se presente la sustracción de materia por no existir pretensiones que atender, motivo que conduce a dictar fallo inhibitorio, dado que carece de objeto cualquier pronunciamiento de fondo[12].

De acuerdo con lo anterior, concluye que el acto administrativo demandado dejó de tener vigencia antes de la presentación de la demanda y como las pretensiones van encaminadas a la nulidad de ese acto administrativo que ya dejó de existir, ella carece de objeto.

La **parte demandante** no presentó alegatos de conclusión.

Concepto del Ministerio Público (folio 9 c. segunda instancia). Manifiesta que el acto administrativo de revocatoria obedeció de manera directa a cumplir lo ordenado en el fallo de tutela, considerándose como un acto de mera ejecución, independientemente de la denominación que se le hubiera dado, por tal motivo el fallo no podía ser inhibitorio y tenía que proferirse decisión de fondo.

Por otra parte, señala que no le asiste razón a la parte actora cuando aduce que los actos administrativos fueron proferidos por un funcionario a quien le sobrevino una inhabilidad, dado que al momento de posesionarse aportó todos los documentos que la ley exige para mostrar idoneidad necesaria para el ejercicio de un cargo público; en consecuencia, los actos que expidió no pueden por ese solo hecho ser considerados viciados de nulidad absoluta.

---

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 18 de mayo de 2011, radicación 76001-2331-000-2006-02409-01.

[11] *i) Cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi, o ii) cuando el acto demandado no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o eficacia, eventos en los que resulta imposible emitir una decisión de fondo para el juez.*

[12] Sentencia del 14 de enero de 1991 radicación 730012331-000-2002-00883-01 (14385), Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente S-157 ponente Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Expone que el acto administrativo demandado no fue motivado, por lo que hay lugar a que se acceda a las pretensiones incoadas por la parte actora, pues a la señora Torres Ramírez se le vulneraron sus derechos con la terminación de su nombramiento en provisionalidad; además, la entidad accionada no demostró que la decisión tomada hubiese sido debida y legalmente motivada; así las cosas, el acto administrativo demandado debe declararse nulo y acceder a las pretensiones de la demandante.

CONSIDERACIONES DE FONDO

1ª *Examen procesal*. Verificado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con el art. 29 de la Constitución, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal. No hay reparos de los sujetos procesales ni de oficio se vislumbra necesidad de saneamiento. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito.

2ª *Alcance de la apelación y plan de fallo:* Puesto que la sentencia de primer grado declaró probada la excepción de *carencia actual de objeto por sustracción de materia* y en consecuencia se *inhibió de emitir pronunciamiento de fondo*, la censura de la parte demandante propone la revocatoria total, para que en su lugar se acceda a las pretensiones. La Sala decide con el pleno control del litigio.

Previo a analizar las pruebas que obran en el expediente, se procederá a estudiar si le asiste razón al juez de primera instancia en cuanto a la necesidad de *inhibirse* para emitir pronunciamiento de fondo; de esto dependerá el desarrollo de los demás problemas jurídicos dirigidos a definir si la desvinculación de la demandante se ajustó o no a derecho, así como los demás cargos aludidos en la demanda.

2.1 **PJ1:** ¿Hay lugar a *inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo* por *carencia actual de objeto por sustracción de materia* en un asunto en el que se discute la ilegalidad de un acto administrativo de desvinculación de empleado *en provisionalidad*, por haber sido revocado antes de la presentación de la demanda contenciosa en cumplimiento de un fallo de tutela, el cual a la postre también fue revocado?

Tesis: No, pues el acto de desvinculación de la demandante produjo claros *efectos jurídicos* adversos, los cuáles están sometidos a control judicial independientemente de la pérdida de su vigencia en virtud de la revocatoria de la que hizo uso la Administración de manera posterior en cumplimiento de una orden constitucional, posteriormente revocada por la jurisdicción constitucional, lo que retrotrajo el estado de cosas al que existía antes de la revocatoria administrativa. Por ello existen pretensiones que atender y la relación sustancial o material que origina la *litis* no ha variado de sentido al punto de ubicarse en el restablecimiento deprecado en el libelo.

2.1.2 La parte actora cuestiona la legalidad de la Resolución 015 de 2012 a través de la cual se le dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, acto que fue *revocado* posteriormente por la administración municipal de Villanueva en cumplimiento de sentencia constitucional; sin embargo, en segunda instancia el fallo de tutela fue revocado, ordenando a la demandante restituir lo que le fue pagado por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de desvinculación.

Así las cosas, a la fecha la señora Torres Ramírez no ostenta vínculo laboral con la entidad accionada en virtud de los *efectos* jurídicos que el acto administrativo de terminación de su nombramiento produjo, pues la mencionada resolución se constituye como un verdadero acto administrativo del cual se derivaron consecuencias laborales discutibles en sede judicial; además, la orden del juez constitucional de segundo grado generó una obligación pecuniaria a cargo de la actora y a favor del municipio, con lo que el supuesto restablecimiento integral que le habría podido dar la revocatoria desapareció del mundo jurídico, volviendo las cosas al estado anterior al que configuró esa decisión de ejecución adoptada por la Administración.

De lo dicho se deriva que el acto acusado sí produjo efectos jurídicos, los cuales subsisten, lo que hace indispensable estudiar los reparos aludidos en la demanda, los cuales tienen que ver con falsa motivación y desviación de poder, temas que se analizarán posteriormente.

Por esto no existe *carencia actual de objeto por sustracción de materia;* al acto de desvinculación de la demandante le siguieron otras actuaciones administrativas que no riñen con la valoración por parte del juez de la legalidad del mismo; proferir un fallo inhibitorio dadas las circunstancias del caso concreto, iría en contravía del acceso a la Administración de Justicia y de la *justicia material.*

2.1.2 Respecto al *fallo inhibitorio,* este Tribunal ha insistido en lo señalado por la Corte Constitucional acerca del remedio enteramente excepcional que radica en esa especie de *no fallo*, en cuanto nada discierne acerca del conflicto, así:

> *"El fallo inhibitorio: último recurso y viabilidad excepcional.* De ese pronunciamiento se traen a colación algunos de sus apartes que sirven de sustento para la decisión instrumental que se adopta en este asunto:
>
> (...) En lo relativo a providencias judiciales, se denominan **inhibitorias** aquellas en cuya virtud, por diversas causas, el juez pone fin a una etapa del proceso, pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea, dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, "resolviendo" apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefinición subsiste.
>
> (...) En otros términos, la inhibición, aunque es posible en **casos extremos**, en los cuales se establezca con seguridad que **el juez no tiene otra alternativa**, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una **excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial.** De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella.
>
> Claro está, **mediante la inhibición infundada se lesionan los derechos fundamentales de las partes**, como bien lo expresó el actor ante la Corte: es evidente el quebranto del debido proceso, el desconocimiento del derecho sustancial y la vulneración del derecho de acceder a la administración de justicia.
>
> Se configura, en tales ocasiones, una verdadera e inocultable vía de hecho, toda vez que, al inhibirse sin razón válida, el juez elude su responsabilidad, apartándose de la Constitución y de la ley; realiza su propia voluntad, su interés o su deseo, por encima del orden jurídico; atropella a quienes están interesados en los resultados del juicio y hace impracticable el orden justo preconizado por la Constitución.
>
> Si ello es así, la inhibición injustificada carece de legitimidad y pierde el sentido de una decisión judicial apta para producir cualquier efecto jurídico. Es tan sólo (sic) una providencia judicial aparente que no merece la intangibilidad normalmente atribuida a las determinaciones de los jueces.
>
> (...) las inhibiciones judiciales deben ser rechazadas como formas habituales y generalizadas de dar término a los procesos judiciales o a las etapas de los mismos.
>
> Desde luego, la proscripción de las inhibiciones no puede ser absoluta, ya que se dan circunstancias excepcionales, en las que resulta imposible adoptar fallo de mérito, a pesar

de que el juez haya hecho uso de todas sus facultades y prerrogativas para integrar los presupuestos procesales de la sentencia"[13].

2.1.3 A lo anterior bastará agregar un pronunciamiento del Consejo de Estado para concluir que la decisión adoptada por el a quo en el proceso de la referencia no era la apropiada para finalizar el proceso con la injustificada sentencia inhibitoria objeto de alzada:

"Una vez otorgada una competencia a determinada autoridad judicial, **se exige** de ella **que la agote y resuelva el fondo** mediante sentencia de mérito, siempre que se den los presupuestos de ley, en caso contrario, la inhibición en que incurra constituye un comportamiento anómalo y censurable del operador jurídico, por cuanto **su función ampliamente conocida, es resolver con todas las garantías** una controversia judicial. A juicio de la Sala, una inhibición no justificada es ajena a los deberes constitucionales y legales del juez y configura una verdadera denegación de justicia. No obstante, **en casos extremos**, **ante la falta de alternativas del juez que obedezca a motivos debidamente fundamentados**, puede presentarse un fallo inhibitorio, pero, se reitera, es esta la excepción"[14]. (Negrilla fuera de texto).

2.1.4 El Consejo de Estado[15] ha señalado que *"(...) es posible que se presente la sustracción de materia por no existir pretensiones que atender, motivo que conduce a dictar fallo inhibitorio, dado que carece de objeto cualquier pronunciamiento de fondo. Lo anterior, porque la sustracción de materia, admitida como causal para inhibirse, (...) aparece por cuanto la relación sustancial que originó la litis ha variado de sentido al punto de ubicarse en el restablecimiento deprecado en el libelo".*

En el asunto bajo estudio no se configura *sustracción de materia por no existir pretensiones que atender*, ni la litis ha variado al punto de haberse restablecido lo deprecado en el libelo; por el contrario, el *petitum* de la demanda va dirigido a obtener el restablecimiento del derecho de la actora como consecuencia de su desvinculación como *secretaria código 440 grado 08,* lo cual permite concluir que pese a que el acto fue posteriormente revocado por la Administración, finalmente la demandante no *"se benefició"*, pues el fallo constitucional de segunda instancia dispuso lo contrario; luego

[13] Sentencia C-666 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Citada en auto del 21 de octubre de 2010, radicado 850013331002-2008-00141-01, ponente Néstor Trujillo González.

[14] C.E., sentencia de 23 de noviembre de 2009, expediente 2009-01074-00(AC), ponente L. R. Vergara Quintero. En idéntico sentido, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 2001-10589-01, ponente G. E. Gómez Aranguren.

[15] Sentencia del 10 de mayo de 2007, expediente 73001-2331-000-2002-00883-01 (14385), consejero ponente: Héctor J. Romero Díaz.

es lo cierto que los efectos jurídicos del acto de desvinculación subsisten y tendrán que ser sometidos a control judicial en virtud de la demanda instaurada. Para ello se analizará de *fondo* el asunto con el fin de determinar si le asiste razón a la parte actora en los cargos formulados.

3ª Medios y hechos probados: El acervo probatorio está compuesto por pruebas documentales relativas a los actos administrativos de nombramiento y desvinculación de la demandante en el cargo de *secretaria 440 grado 08;* revocatoria del acto que da por terminado su nombramiento y aquellos relativos a la realización de un encargo y su terminación para la titular del empleo que desempeñaba en provisionalidad la accionante.

Obra copia del fallo de tutela de primera instancia que ordenó el reintegro y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de su desvinculación, así como el de segunda instancia que revoca tal decisión, ordenando el reintegro del valor de lo cancelado a la demandante. Igualmente obra prueba oral de compañeras de trabajo de la accionante y de la titular del empleo en carrera.

A continuación se resumen los motivos y la decisión de los actos administrativos relevantes que reposan en el expediente, así como de los fallos emitidos por el juez constitucional:

Resolución n.º 323 de 2010. *"Por medio de la cual se realiza un encargo a un empleado de carrera administrativa y se hace un nombramiento provisional en un empleo de vacancia temporal" (fol. 40 c. ppal.)*	**Motivos:** Verificada la planta de personal con el perfil requerido en el manual de funciones para el empleo *técnico administrativo código 367, grado 13,* la empleada administrativa que acredita los requisitos, aptitudes y habilidades es la señora FANNY RODRÍGUEZ QUINTERO, titular del cargo *secretaria de planta global código 440 grado 08,* por lo que se le concede un encargo en un empleo de superior jerarquía. **Decisión:** Encargar en el empleo *técnico administrativo código 367 grado 13* a la funcionaria FANNY RODRÍGUEZ QUINTERO por el término de 6 meses y nombrar con carácter provisional a la señora CARMEN ROSA TORRES RAMÍREZ en el cargo *secretaria código 440 grado 08* ***mientras dure la comisión de la titular del empleo***. **Posesión:** 5 de octubre de 2010 (fol. 42 c. ppal.).
Decreto n.º 002 del 02 de enero de 2012. *"Por medio del cual el alcalde municipal delega unas funciones"*	Se delega en el secretario general la función de nombrar y remover los funcionarios dependientes de los delegatarios de la alcaldía municipal de Villanueva.
Resolución n.º 015 del 6 de enero de 2012. *"Por medio del cual se termina un nombramiento provisional" (fol. 39 c. ppal.)*	Sin motivación. **Decisión:** Terminar el nombramiento provisional de la señora CARMEN ROSA TORRES RAMÍREZ en el empleo denominado *secretario código 440 grado 08* a partir del 11 de enero de 2012.

Resolución 025 del 11 de enero de 2012. *"Por medio de la cual se hace un nombramiento provisional en un empleo de carrera administrativa de vacancia temporal" (fol. 214 c. ppal.)*	**Motivos:** Teniendo en cuenta que la titular del empleo *secretaria código 440, grado 08* se encuentra ocupando un cargo de más alto nivel, por necesidad del servicio y para el buen desarrollo de las actividades que se realizan en la dependencia a la que se encuentra asignada la funcionaria, se hace necesario nombrar su reemplazo. **Decisión:** Nombrar con carácter provisional en un empleo de vacancia temporal a PAULA ANDREA CHÁVEZ CANO en el cargo de *secretaria, código 440, grado 08.*
Resolución n.º 160 de abril de 2012 *"Por medio de la cual se revoca un acto administrativo" (fol. 60 c. ppal.)*	**Motivos:** La señora Torres Ramírez el 12 de abril de 2012 hace la respectiva reclamación administrativa con el objeto de que sea reintegrada a su cargo dada su calidad de madre cabeza de familia y la vulneración de algunos de sus derechos fundamentales. Que en virtud de fallo de tutela el juez constitucional suspendió la Resolución de desvinculación hasta tanto la accionante iniciara la acción judicial correspondiente, ordenándole al municipio reintegrarla cancelando los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir durante su desvinculación. Que acatando el fallo de tutela, la Administración se ve obligada a revocar aquellos actos administrativos que originaron la desvinculación de la funcionaria que generó la acción constitucional. Que el ordenamiento jurídico ha establecido la forma de revocar los actos administrativos en forma directa, de oficio o a solicitud de parte, cuando sean contrarios a la Constitución y la ley, cuando vayan en contra del interés público o social o atenten contra él y cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. Se encuentran configuradas las causales 1 y 3 del art. 69 del Decreto 01 de 1984 razón por la que se revoca el acto administrativo. **Decisión:** Revocar la Resolución 015 de 2012 a través de la cual se dio por terminado el nombramiento provisional del empleo secretaria código 440 grado 8 a la señora CARMEN ROSA TORRES; ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de la desvinculación.
Resolución n.º 173 de mayo de 2012 *"Por medio de la cual se da por terminado un encargo a un empleado de carrera administrativa" (fol. 36 c. ppal.)*	**Motivos:** Se hace necesario dar por terminado el encargo de la señora FANNY RODRÍGUEZ QUINTERO pues este llegó a su fin, sin que se solicitara nuevamente autorización para prorrogar el mismo por circunstancias debidamente justificadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil. **Decisión:** Dar por terminado el encargo de la señora FANNY RODRÍGUEZ QUINTERO; disponer que la misma ocupe el cargo del cual es titular; *secretaria, código 440, grado 8;* terminar el nombramiento provisional del empleo en vacancia temporal a la señora CARMEN ROSA TORRES RAMÍREZ teniendo en cuenta que culminó la situación administrativa en la que se encontraba la titular del mismo.

Fallo de tutela del 16 de abril de 2012 proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva (fol. 410 c. ppal.):

Concluyó que se debe tutelar el derecho al trabajo por cuanto la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento provisional antes de cumplirse la condición temporal para la que fue nombrado el empleado provisional (la terminación de la respectiva situación administrativa o mientras se provee el empleo por concurso de méritos), requiere fundarse en motivos que van más allá de la mera necesidad del servicio. Según certificado de evaluación médica ocupacional del 20 de mayo de 2011, se logró constatar que la accionante padece de *lesión de ligamento cruzado derecho y desgarro parcial de tendón supraespinoso,* relacionada con accidente de trabajo.

Se ordena tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, salud, seguridad social, mínimo vital como mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable, suspender el acto administrativo Resolución 015 de 2012 por el término que la autoridad jurisdiccional competente utilice para decidir de fondo y reintegrar a la accionante al cargo que ocupaba con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

Fallo de tutela del 25 de mayo de 2012 proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Monterrey (fol. 417 c. ppal.)

Adujo que como el asunto no fue planteado bajo el supuesto de servir de mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable, mientras se promueve el proceso pertinente, la acción de tutela no puede tener el carácter de instancia para resolver pretensiones de reintegro que deben ventilarse ante la autoridad competente para desatarlas; el perjuicio irremediable debe estar acreditado en el proceso. Decide revocar el fallo de primera instancia y en su lugar declarar la improcedencia de la acción de tutela[16].

Igualmente, se acreditó dentro del proceso lo siguiente:

1. La demandante sufrió accidente de trabajo producto de *la caída de una carpa* que golpeó su brazo derecho el día 10 de noviembre de 2010, motivo por el que fue incapacitada desde el 15 de mayo de 2012 hasta el 14 de junio del mismo año (fls. 23-30 c. ppal.). Como consecuencia de tal situación, a través de la Resolución 165 de 2012 se le otorgó licencia remunerada por enfermedad y se vinculó con carácter de supernumerario a PAULA ANDREA CHÁVEZ CANO (fol. 66 c. ppal.).
2. Las funciones de la demandante en calidad de *secretaria código 440 grado 08,* fueron certificadas por la Oficina de Talento Humano de la Alcaldía de Villanueva, de conformidad con el Decreto 041 del 21 de julio de 2010 "Por el cual se modifica el manual de funciones y competencias laborales del municipio de Villanueva Casanare" (fol. 109 c. ppal.).
3. De acuerdo con la hoja de vida de PAULA ANDREA CHÁVEZ CANO que obra en el expediente (fls. 215-228 c. ppal.), para la época de su vinculación ostentaba el título de *bachiller técnico agroindustrial y técnico en documentación y registro de operaciones contables.*
4. La demandante es tecnóloga en administración de empresas con experiencia como secretaria en la alcaldía del municipio de Villanueva (fl.238-254 c. ppal.).
5. En virtud de fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva, se giró a favor de la actora lo correspondiente a salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de su desvinculación, sin que haya reintegro alguno realizado por la demandante de los valores que le fueron cancelados (certificación suscrita por la secretaria general de la alcaldía de Villanueva el 22 de mayo de 2013 fol. 431 c. ppal.).

Prueba oral recaudada en primera instancia:

Oscar Hernando Franco Mejía (fol. 14.c. pruebas)	Para la época de la terminación de la vinculación de la demandante era su jefe directo, pero no le consta nada acerca de su vinculación o desvinculación, pues estos asuntos eran tramitados directamente desde la Oficina de Talento Humano.
Paula Andrea Chávez Cano (fol. 16 c. pruebas)	Adujo que no tuvo conocimiento de los motivos de desvinculación de la señora Carmen Rosa Torres Ramírez. Permaneció en el cargo de

[16] A través de sentencia complementaria del 5 de junio de 2012, el juez de tutela decidió adicionar el fallo proferido en segunda instancia ordenando a la accionante restituir a favor de la Alcaldía Municipal de Villanueva la suma de $ 4.634.166 por concepto de salarios y prestaciones sociales cancelados (fol. 60 c. ppal.).

	secretaria código 440 dos meses y la desvincularon tiempo después.
Nancy Yarlene Díaz Zamora (fol. 17 c. pruebas)	Compañera de trabajo para la época de desvinculación de la demandante. Le consta que a Carmen Rosa Torres la desvincularon sin que el acto administrativo de terminación de su nombramiento estuviera motivado.
Fanny Rodríguez Quintero (fol. 18 c. pruebas)	Se desempeña como secretaria en propiedad de la oficina de ganadería de la Alcaldía de Villanueva. Adujo que para la época de la desvinculación de la señora Carmen Rosa Torres el alcalde habló con ella con el fin de que le colaborara con presentar la renuncia como líder de deporte, cultura y turismo, a lo cual le manifestó que ella sabía que le estaba pidiendo la renuncia en el encargo con el fin de desvincular a la señora Torres, por lo que no lo iba a hacer, además porque iba en contra de la ética de su trabajo. El alcalde le solicitó que no comentara nada a sus compañeras de trabajo. Tiempo después se dio por terminado el *encargo* de la señora Fanny Rodríguez y se desvinculó a la demandante. Adujo que el alcalde quería *"sacar"* a la señora Torres.

4ª PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

4.1 PJ2: *Se trata de determinar si procede estabilidad laboral para un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, cuando al titular del empleo se le da por terminado el encargo que se encontraba desempeñando en la misma entidad.*

4.1.1 **Tesis:** No, toda vez que no tiene las garantías de permanencia de un cargo de carrera, por tanto no otorga a su titular fuero de estabilidad relativa indefinido, por lo que una vez se dé por terminado el encargo de quien es titular del empleo, el nominador podrá prescindir de sus servicios, previa motivación del acto y por motivos previstos en la ley.

4.1.2 Esta Sala[17] se ha ocupado de la situación administrativa de los titulares provisionales de empleos de carrera así:

> *"A partir de la identificación de precedentes que se dejó consignada, el Tribunal establece las siguientes premisas normativas, acogiendo los lineamientos del Consejo de Estado, como órgano de cierre contencioso administrativo y superior jerárquico y funcional:*
>
> 1. *El empleado que ocupa en provisionalidad un empleo de carrera no tiene vocación de estabilidad relativa, ni las garantías de permanencia que el sistema de fuentes ha reservado para los titulares de carrera[18];*
>
> 2. *Su régimen tampoco es equiparable, en rigor, al de los empleados de libre nombramiento y remoción, pues su modesta ubicación jerárquica y las funciones propias, que determinaron la*

[17] Sentencia del 9 de noviembre de 2006, N. Trujillo, actora V. Acevedo, expediente 850012331002-2004-01288-00. Ver también sentencia del 23 de octubre de 2014, radicado 85001-3331-001-2010-00563-01. M.P. Héctor Alonso Ángel Ángel.
[18] CE, 2ª-B, sentencia del 2 de octubre de 2003, A. Ordóñez, e*25000-2325-000-1999-4716-01(5183-01);* .CE, 2ª-B, sentencia del 5 de febrero. de 2004, T. Cáceres, e25000-23-25-000-1999- 0403-01(105-02); CE, 2ª-A, sentencia del 15 de abril de 2004, A. Arango, e44001-23-31-000-2000-0157-01(2167-02).

naturaleza del cargo como de carrera, deben tener incidencia jurídica sobre la forma en que se ejerce, en esos eventos, la potestad nominadora;

3. *La diferenciación supone que en el examen de los casos concretos pueda distribuirse dinámicamente la carga de la prueba: atendidas las circunstancias, cuando media una dilatada historia laboral y se acredita el "**buen desempeño**", la Administración debe ofrecer en juicio la prueba de las **razones de servicio o su mejoramiento objetivo** para sustentar la presunción de legalidad de la declaración de insubsistencia*[19]

4. *El "buen desempeño" constituye un deber funcional de todos los servidores públicos; por consiguiente, por sí mismo no otorga estabilidad alguna al titular provisional de un empleo de carrera*[20]

5. *La Administración no está obligada a motivar la declaración de insubsistencia; tampoco a dejar consignadas, en el proceso de formación del acto, las razones por las cuales se adoptó la determinación. Lo segundo es un requerimiento "formal", orientado a la futura valoración de la hoja de servicios del afectado, cuya omisión no condiciona la validez del acto, sin perjuicio de eventuales connotaciones disciplinarias*[21]*; y*

6. *Si la Administración motivó el acto o anotó coetáneamente con su expedición las razones de servicio por las cuales se produjo la insubsistencia, la decisión queda amparada por la presunción de legalidad; en consecuencia, la carga de probar falsa motivación, desviación de poder o los hechos determinantes de alguna otra de las causales de nulidad, incumbe por entero al demandante*[22]*.*

Estos mismos postulados, que traslucen la lectura integral del sistema de fuentes y de la jurisprudencia dispar de dos de las altas cortes, se ratifican una vez más, pues ni la argumentación del caso concreto, ni el desarrollo conocido de las líneas justifican variar el rumbo, que ha de mantenerse como una expresión del principio de igualdad en sede judicial[23]*.*

Por el contrario, la Sala conoce decisiones más recientes del Superior funcional, que atemperan la discrecionalidad del retiro de provisionales en el contexto de cargos por desviación de poder, así:

Ciertamente quien exhibe un nombramiento provisional no goza de las mismas prerrogativas de quien se encuentra inscrito en el escalafón de la carrera, esto es, de las mismas garantías de estabilidad de la persona que se sometió a un concurso de méritos, lo que no significa que el

---

[19] CE, 2ª-B, sentencia del 13 de octubre de 2005, J. M. Lemos, e25000232500019990505001 (2906-03).

[20] CE, 2ª, sentencia del 7 de mayo de 1998, D. Pedraza, r15125; CE, 2ª-B, sentencia del 23 de junio de 2005, J. M. Lemos, e25000232500020020725101 (2637-04).

[21] CE, 2ª- Pleno, sentencia del 12 de febrero de 2004, A. M. Olaya, e11001032500020010207O1 (3016-01). En este fallo se denegó la nulidad del aparte acusado del Art. 107 del Decreto 1950 de 1973; la declaración judicial tiene efectos *erga omnes*, en cuanto desechó la posibilidad de aplicar a los "provisionales" el fuero propio de los empleados de carrera, así: *"Asimilar el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa a los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, que es en el fondo lo que pretende el demandante al pedir la nulidad de la expresión "o provisional" del artículo (sic) 1950 de 1973, como se colige de los argumentos expuestos en la demanda, distorsiona el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo. La situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general. El retiro entonces de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro".* En el mismo sentido: CE, 2ª-B, sentencia del 23 de octubre de 2003, A. Ordóñez, e*25000232500019996194O1 (4708-02).*

[22] Aclaración de voto del consejero A. Ordóñez, a la sentencia del 23 de octubre de 2003, e *25000232500019996194O1 (4708-02).* En el fallo del 13 de octubre de 2005, ya citado, con ponencia del consejero Lemos, la Subsección B acogió las pretensiones, atendida la singular historia laboral del demandante, que se acreditó en debida forma. Se dijo: *"Sin embargo, dada la trayectoria del actor en la entidad, y su correcto desempeño y la ausencia de sanciones, correspondía a la entidad demandada demostrar en el transcurso del proceso, a través de los medios de prueba establecidos en la ley, "las estrictas necesidades del servicio" que la llevaron a reemplazar a un funcionario de las condiciones del demandante con una antigüedad de más de 28 años de servicio. Ahora Bien el ente demandado no aportó ninguna probanza demostrativa de las necesidades del servicio que la llevaron a designar su reemplazo del actor".*

[23] La Sala ha reiterado esa misma línea en fallos de segunda instancia, entre ellos del mismo ponente: del 23 de julio de 2008, demandante Carlos Arturo Preciado, expediente 2004-01955-01 y del 17 de julio de 2008, actor Libardo Rojas, expediente 2004-01348-01.

primero se vea privado de los principios mínimos fundamentales que informan el derecho laboral y que se encuentran consagrados en la Constitución Política (arts. 25 y 53)[24].

Distribución judicial de la carga de la prueba: oportunidad, aplicación en la sentencia y debido proceso.

Se ha increpado en algunas de estas controversias que invertir o distribuir dinámicamente la carga de probar, en el fallo, compromete el debido proceso; la Sala remite a las razones por las cuales no acogió esa apreciación en ocasión reciente[25] *y extracta algunos argumentos centrales en aras de la brevedad, así:*

Es precisamente la sentencia el momento procesal más oportuno para definir cuáles son los hechos probados e inferir consecuencias probatorias cuando hayan quedado algunos apenas indiciados o en la zona de penumbra (arts. 304 CPC y 170 C.C.A.); en un litigio como el que ahora se desata, para advertir a las partes desde la admisión de una demanda o al decretar las pruebas, cómo serán despejadas las incógnitas que subsistan después del recaudo, tendría que anunciarse el sentido del fallo y la tesis jurídica que sustentará la solución que se vislumbre o el núcleo de la argumentación futura, para acoger desde los albores del juicio una de las soluciones probables en torno a la situación jurídica de los provisionales, pues son esos los postulados dogmáticos que subyacen a la distribución de los imperativos probatorios.

El extremo de la relación procesal al que se grava con la distribución dinámica de la carga no puede aducir genuina sorpresa, ni compromiso del debido proceso: si se le enrostró desde la demanda que obró por motivos diferentes al buen servicio, ha quedado definido que tendrá que abordar las causales de anulación de falsa motivación y desviación de poder y que se le ha convocado a refutar los presuntos motivos ocultos y a develar los verdaderos y a sustentar su conformidad con los asignados en el sistema de fuentes; con mayor razón, cuando el acto enjuiciado se produjo años después de haberse consolidado una de las líneas de la jurisprudencia, la más estricta, que le impondría severas restricciones al ejercicio de la facultad nominadora respecto de empleos provisionales, para conjurar la mala práctica administrativa de sustituir periódicamente en cada cambio de jerarca a unos de esa especie, vinculados y desvinculados a discreción, por otros en idéntica situación[26].

(...) Puesto que los hechos que constituyen los motivos reales, acordes con los fines del buen servicio, ha debido tenerlos presentes la autoridad nominadora y sopesarlos con rigor para fulminar la insubsistencia del provisional, más allá de la simple rotación de la nómina por discrecionalidad del jefe, es precisamente la contestación de la demanda el momento propicio para exhibirlos y el periodo probatorio el escenario más apropiado para demostrarlos, si no los dejó explícitos en los antecedentes administrativos asentados en documentos públicos o en el acto acusado mismo, según la cuerda analítica que profesa esta Sala.

Así se honra a plenitud el debido proceso; las conclusiones adversas de un fallo no son producto único de la distribución dinámica del onus por sí misma, pues solo se configuran cuando esa "regla de juicio"[27] *concurre con la artificiosa defensa que se queda atrincherada en el ocultamiento de la realidad con ilusoria aspiración de sustraerla del escrutinio judicial. Se armonizan así los espectros gravitacionales de dos principios enteramente compatibles del Procedimiento Civil: arts. 177 y 249, en el imaginario de un orden social justo (Constitución Política, Preámbulo y arts. 1º y 2º), que ha*

---

[24] CE, 2ª-A, A. Vargas, sentencia del 20 de septiembre de 2007, expediente 68001231500019990217l-01 (8279-2005). La Sección avanza hacia el afianzamiento de la protección jurídica de los *empleados temporales* (Sentencia 1475-06 del 19 de junio de 2008. Exp. 2006-00087-00 M.P. JAIME MORENO GARCIA, Boletín de Relatoría # 30, septiembre de 2008); de quienes está sometidos al rigor de las *carreras especiales*, como los detectives del DAS, para restringir el ejercicio de la potestad *discrecional* a la luz del Art. 36 del C.C.A. (Sentencia 8982-05 de 17 de abril de 2008, Exp. 2000-18416, M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Boletín de Relatoría # 24, mayo de 2008) y de los empleados *provisionales:* Sentencia del 26 de junio de 2008. Exp. 2001-01916, M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Boletín de Relatoría # 29 de agosto de 2008).

[25] La cita que sigue corresponde a la sentencia del 23 de julio de 2008, ponente Néstor Trujillo G., demandante Carlos Arturo Preciado, expediente 2004-01955-01.- Un estudio más detallado de este problema jurídico puede verse en la sentencia del 17 de julio de 2008, que recayó en el proceso de Libardo Rojas (N. Trujillo, expediente 2004-01348-01, retiros de esta misma serie).

[26] La línea de la Corte Constitucional antecede al año 2002; en sentencias de tutela, en casos individuales, ha obligado a *consignar en el acto mismo de retiro* los *motivos determinantes de la decisión*, para facilitar el control judicial, como una garantía para el *provisional* removido.

[27] Trujillo Cabrera Juan: 2006 (La Carga Dinámica de la Prueba, Leyer).

constitucionalizado y reforzado inveterados postulados del Estatuto instrumental en procura de la justicia material (arts. 4º CPC y 228 C.P.)[28].

Desviación de poder: identificación, revelación y prueba de los motivos y fines ocultos.

***Aún las decisiones relativamente discrecionales deben obedecer a unos motivos determinantes**, derivados de hechos ciertos y orientarse a cumplir los fines legítimos que les asigna el ordenamiento jurídico; es el postulado esencial del artículo 36 del C.C.A., acorde con la razón de ser de la función pública (art. 209 C.P.), en un estado de derecho en el que todas las autoridades están sometidas al sistema de fuentes.*

*(...) El Tribunal profesa la convicción de estar acorde con el sistema de fuentes la solución que ha ofrecido en sus fallos sobre esta temática, que impone a la Administración, respecto de los empleados en provisionalidad en destinos de carrera, **el deber de revelar y demostrar en juicio**[29] los motivos de buen servicio que hayan dado lugar a la insubsistencia, únicos que son legítimos para prescindir de un provisional para llamar a otro en idéntica condición, pues **no admite la tesis que postula que la arbitrariedad de lo discrecional permitiría a los jerarcas disponer de la nómina como si fuera un botín electoral:** si el empleado no rinde; o no entiende, interpreta o acoge fielmente las políticas institucionales que trace un nuevo líder de la entidad o, en general, al margen de lo disciplinario, tiene un comportamiento incompatible con el buen servicio, no se entiende por qué la autoridad accionada tenga que mantenerlo en el sigilo, a la espera pasiva del esfuerzo probatorio del demandante, cuando debía ser la primera interesada en obrar con transparencia, exhibir sus motivos y desvirtuar la imputación de desviación de poder.*

Desde luego, la carga dinámica tampoco exime al actor de específicos deberes probatorios: si aduce que hubo un motivo oculto, contrario al servicio, no le basta el argumento genérico, pues tendrá que identificar cuál fue, en qué hechos se funda la acusación y demostrarlos; la inferencia de los fines contrarios al ordenamiento, regularmente, corresponderá hacerla al juez a partir de las demostraciones de las dos partes, pues el que asigna el sistema de fuentes se deduce de su lectura con las técnicas de interpretación, pero el que haya guardado in pectori el titular de la potestad nominadora difícilmente aflora en juicio, menos por prueba directa, pues ni siquiera se le puede provocar la de confesión.

Las conclusiones que preceden se sustentan en tres postulados adicionales de igual valía, que armonizan algunas de las tensiones entre las posiciones de los órganos de cierre:

- *Puesto que los empleados en provisionalidad no tienen las garantías de estabilidad propias de los inscritos en el escalafón de servidores públicos de carrera, la Administración puede prescindir fundadamente de sus servicios, como también puede hacerlo con los de libre nombramiento y remoción, sin que esté obligada a motivar el acto de desvinculación*[30]*;*

- *Como los empleos de carrera son funcional y jerárquicamente diferentes a los de libre provisión, contraría a los fines constitucionales que subyacen a la facultad nominadora correr periódicamente la partija burocrática para prescindir de unos provisionales, con el único propósito de abrir cupo a otros con la misma precariedad*[31]*, sin más razones que redistribuir la cuota burocrática conforme a los requerimientos de quienes triunfan en los certámenes electorales, o los de sus aliados en esas empresas.*

---

[28] En ese sentido, ver la sentencia C-543 de 1992, J. Gregorio Hernández, en la que expresamente la Corte abogó por la *reinterpretación* de las normas litúrgicas sobre la carga de la prueba, en guarda de los derechos fundamentales, la igualdad sustancial de las partes; específicamente, redistribuir el *onus* en guarda del *principio pro iustitia*.
En sentencia del **18 de mayo de 2000**, con ponencia del consejero A. Ordóñez (1997-03607 (2459-99)), la Sección Segunda aplicó, quizá por primera vez, la inversión de carga de la prueba de los motivos de *buen servicio*, cuya ausencia puede inferirse de la acreditación de un meritorio desempeño laboral del demandante, su experiencia específica y la ausencia de antecedentes disciplinarios. Fue destacada como parte del *legado* del ilustre jurista en el Boletín de Relatoría # 19 del mes de marzo de 2008. Lo hizo en el *fallo*, sin anuncio previo desde la admisión de la demanda o en los autos preparatorios, como lo quisiera algún sector de la doctrina.

[29] Recuérdese que la exigencia de la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha sido más categórica: *revelarlos antes de instaurarse un proceso contencioso administrativo*, como condición de existencia del acto administrativo; su omisión, en esa perspectiva que no acoge la Sala, conduciría a causal de anulación por vicio de forma.

[30] Corresponde a la tradición jurídica de la Sección Segunda.

[31] Proviene de una de las líneas de la Corte Constitucional, que dio pie a formular su tesis de la estabilidad relativa.

Idéntica proscripción puede predicarse de los empleados de libre nombramiento, pues en ambas hipótesis se aborda la problemática en sede de desviación de poder[32]. Con mayor razón, cuando la provisionalidad es un estado irregular de cosas, que no debe tornarse permanente y que ha de cesar naturalmente con la designación de un servidor estable en periodo de prueba, con vocación de carrera[33]; y

- *Respecto de las cargas probatorias, si la autoridad nominadora estima necesario prescindir de los servicios de un provisional, por razones atinentes a su desempeño funcional, o por otras compatibles con los fines constitucionales de la función pública (art. 209 C.P.), tiene dos opciones instrumentales: deja memoria de los motivos en el acto mismo o en sus antecedentes, caso en el cual activa la protección de la presunción de legalidad, que gravará al demandante con mayor rigor en la carga de la prueba; o los mantiene in pectori, en sede administrativa ocultos al interesado, con la obligación de revelarlos y probarlos en juicio, pues está en mejor condición para demostrarlos (núcleo esencial de la distribución dinámica)[34].*

Así se ha indicado porque es inaceptable en un estado de derecho que la autoridad constituida pueda hacer lo que le plazca con la nómina, pasando el velo del secreto sobre sus actos para soslayar el escrutinio judicial, como ocurriría si tiene que ser el actor quien no solo descubra el móvil oculto, sino que además reconstruya las trazas que el jerarca se guarda bien y fácil de diluir[35].

4.1.3 Recientemente, la Corte Constitucional[36] ha indicado que respecto de los cargos provisionales no puede predicarse estabilidad propia de los de carrera ni la discrecionalidad de los de libre nombramiento y remoción; razón por la cual el nominador deberá motivar el acto administrativo a través del cual dé por terminado el nombramiento y por ende su desvinculación.

4.1.4 Esta Corporación también en un caso parecido al que hoy se estudia señaló que el empleado nombrado en provisionalidad podrá retirarse del servicio con la única exigencia de que se efectúe mediante acto motivado y con sustento en las causales expresamente previstas en la Constitución y la ley (art. 41, parágrafo 2º Ley 909 de 2004), así[37]:

La provisionalidad como forma de proveer los cargos tiene sustento en la finalidad de no interrumpir la prestación del servicio público; por tanto, tratándose de cargos de carrera se ha admitido el nombramiento en esa calidad en casos de vacancia temporal hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso de méritos, nombramiento que puede darse por finalizado antes de cumplirse el término de duración.

Significa lo anterior que la ley ha consagrado la posibilidad de proveer de manera provisional los cargos de carrera hasta tanto se realice la designación correspondiente con persona que haya superado el concurso

---

[32] Vuelve a la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado.
[33] Regresa a la tendencia de la Corte Constitucional.
[34] Constituye el *paso adelante* que ha dado el Tribunal en esta problemática; concilia lo que parecen diferencias irreductibles en las Cortes y aplica uno de los efectos de la línea constitucional: **los *motivos de buen servicio* deben evidenciarse en el escenario judicial, para desplegar el control de legalidad, pues lo *discrecional* es diferente de lo *arbitrario***.
[35] Hasta aquí marco dogmático tomado de la sentencia de 4 de diciembre de 2008, ponente Néstor Trujillo González, rad.: 2004-02069-01, demandante: William Julián Serrano Gómez contra Departamento de Casanare.
[36] Sentencia T-147 del 18 de marzo de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[37] TAC. Sentencia del 23 de octubre de 2014, radicado 85001-3331-001-2010-00563-01. M.P. Héctor Alonso Ángel Ángel.

de méritos para tal efecto, pero dicho nombramiento no implica para nada estabilidad laboral absoluta para quien lo ostenta, puesto que de igual forma se ha previsto la posibilidad de disponer el retiro del servicio con la única exigencia de que se efectúe mediante acto motivado y con sustento en las causales expresamente previstas en la Constitución y la ley, como se deduce de la jurisprudencia del Alto tribunal[38], así:

"En el caso concreto se tiene que, el acto administrativo de retiro del servicio de la demandante, quien ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro (art. 5 Ley 909 de 2004 y así lo acepta la entidad demandada en el escrito de contestación fol. 22), fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse.

Como lo expresó la Sala en acápites que anteceden, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, como el de Profesional Especializado, código 3010, grado 19, de la planta global de cargos del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, es una competencia reglada, lo que quiere decir que, sólo procede por las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley (art. 41, parágrafo 2° ídem) y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.

A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa."

En consecuencia, habrá de señalarse que el nombramiento provisional no otorga privilegios como los de carrera ni mucho menos estabilidad laboral absoluta, por lo que es posible el retiro de la persona que ocupa un empleo en estas circunstancias pero en la forma prevista en la ley, es decir, con un acto motivado.

Ahora bien, la entidad podía exponer los motivos por los cuales declaró insubsistente al actor y confrontar los cargos expuestos en la demanda, así ha señalado esta Corporación[39] en diferentes fallos, así:

"(...).

- *El velo que la Administración porfió en preservar en sede judicial, para eludir el control concreto de legalidad, refuerza la probabilidad de desviación de poder. En las circunstancias del caso le correspondía inequívocamente explicar y probar, pues enfrentó cargos explícitos desde la demanda y pudo suplir las anotaciones en los antecedentes – a las que no estaba obligada – con una defensa institucional probatoriamente activa. La distribución dinámica de la carga de probar se ha aplicado específicamente a estas controversias, como pasa a verse:*

> *Sobre este particular, cabe recordar que una vez sometido a juzgamiento el acto de retiro expedido en ejercicio de la facultad discrecional, en el respectivo proceso imperan reglas de obligatorio cumplimiento no sólo para el juez, sino también para las partes involucradas en la controversia. Dentro de esas reglas procesales el juez está en la obligación de hacer efectivo el principio de igualdad de las partes y éstas de cumplir sus obligaciones, entre ellas, la carga probatoria que les corresponde.*
>
> *Señala la Ley procesal: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.". El vigor de la presunción de legalidad del acto atacado no se mantiene con trascripción de lo afirmado en sentencias que decidan controversias diferentes. Tampoco se defiende tal presunción afirmando que la determinación es la consecuencia de la expresión de "... juicio de razón por la cual no existe obligación legal de presentar prueba documental diferente al acto administrativo inmotivado, ni mucho menos tendientes a demostrar en qué consistió la conveniencia...", como lo planteó la entidad demandada en la respuesta a la demanda. El privilegio de tal presunción no llega a tales extremos, pues se recuerda que la Carta Política garantiza la protección especial del derecho al*

[38] Consejo de Estado, sentencia de 23 de septiembre de 2010, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.
[39] TAC, sentencia de 30 de abril de 2009, ponente Néstor Trujillo González, demandante: Álvaro Francisco Rojas Manjarrés, demandado: Nación (DAS), radicado: 850012331003-2006-00248-01 (2008-090).

trabajo en todas sus modalidades y prevé la estabilidad, como principio mínimo fundamental de este derecho[40].

4.1.5 De acuerdo al marco dogmático precedente es claro que quien desempeña un cargo de carrera en provisionalidad no posee vocación de estabilidad relativa, ni las garantías de permanencia que el sistema de fuentes ha reservado para los titulares de carrera como ya se dijo; más aún si quien posee la calidad de titular del empleo se encuentra desempeñando un *"encargo"*, pues cuando este culmine independientemente de las razones de su terminación, deberá ocupar aquel que posee en propiedad, garantía que debe materializarse en virtud de los derechos que le otorga la carrera administrativa.

Si el encargo que estaba desempeñando aquel que posee un cargo en propiedad culmina, la nueva situación administrativa que se origina será ocupar nuevamente el cargo del cual es titular, lo que implica el desplazamiento de quien lo ocupaba en provisionalidad; eso sí, el acto deberá motivarse y las razones para la desvinculación del empleado en provisionalidad deben tener como fundamento la terminación del encargo del titular en carrera.

4.2 **PJ3:** *¿Se configura desviación de poder cuando se da por terminado el nombramiento provisional en un cargo de carrera sin que se hubiese motivado el acto o acreditado los motivos en sede judicial, para nombrar sin explicación alguna a otra persona distinta a aquella que era la titular del empleo transitoriamente ausente?*

4.2.1 **Tesis:** Sí. Los motivos del buen servicio deben evidenciarse en el escenario judicial si el acto no fue expresamente motivado, con el fin de desplegar el control de legalidad pues lo discrecional es diferente de lo arbitrario. La Administración debió ofrecer en juicio la prueba de las **razones de servicio o su mejoramiento objetivo** para sustentar la presunción de legalidad de la declaración de insubsistencia. Si el encargo de quien era el titular del empleo no había culminado, la Administración debía acreditar el *buen servicio* con la desvinculación de la demandante o probar causal ajustada a la Constitución y a la Ley.

[40] CE, 2ª-A, sentencia del 17 de abril de 2008, A. Vargas, 8982-2005.

4.2.2 Resulta necesario hacer una precisión sobre los empleos en las entidades del Estado y su forma de provisión, a saber:

La Constitución Política de 1991 en su artículo 125 consagra que los empleos en los órganos y entidades del Estado por regla general son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; y que para el caso de retiro este procederá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En desarrollo de la anterior normatividad se expidió la Ley 443 de 1998, que fue Derogada por la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", que señaló en su título I las clases de empleos de las entidades y su forma de provisión, así:

> ***Artículo 5º. Clasificación de los empleos***. *Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*
>
> *1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*
>
> *2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios…"*

Luego, dicha ley fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005 que en su título II determinó la provisión de los empleos:

> ***Artículo 7°.*** *Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*
>
> *7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
>
> *7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
>
> *7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

***Artículo 8°.** Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

*El término de duración del **encargo** no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.*

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.

***Parágrafo transitorio**. Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. **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. En estos casos 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. 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.*

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.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

*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.***

Artículo 9°. *De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, 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.*

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. *Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."*

4.2.3 Así las cosas, por regla general los empleos de las entidades estatales son de carrera administrativa, excepto los de libre nombramiento y remoción, elección popular, trabajadores oficiales y demás que determine la ley. Para la provisión de empleos de carrera se tiene que serán ocupados por personas que ostenten los derechos de carrera, que hagan parte del registro de elegibles; no obstante, la norma ha previsto que si no fuere posible la provisión del empleo como se indicó deberá realizarse un concurso, pero que mientras se surte dicho proceso de selección podrá proveerse el empleo por encargo a un empleado de carrera o por nombramiento en provisionalidad, por un término de duración de seis (6) meses prorrogables, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil; además, antes de cumplirse el plazo de duración el nominador por ***resolución motivada*** podrá dar por terminada la designación.

4.2.4 Resta establecer cuáles son las **causales para prescindir de un empleado en provisionalidad de un cargo de carrera**, las cuales están previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a saber:

"ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) <Literal INEXEQUIBLE>

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

Analizada esta disposición se encuentra que el retiro de los empleos de carrera nombrados en provisionalidad debe efectuarse mediante **acto motivado** pues la discrecionalidad relativa solo opera para los de libre nombramiento y remoción; los criterios determinantes de la *validez de la motivación* oportunamente consignada en el acto mismo o en sus antecedentes, o de la justificación con los *motivos* revelados en juicio, tienen que obedecer a *reales necesidades del servicio*, determinadas por conducta irregular del servidor público, desempeño insatisfactorio objetivamente constatado o *para dar paso al titular de carrera* que obtuvo el empleo en virtud de concurso, o regresa de ausencia temporal, o tiene derecho a incorporación acorde con el ordenamiento.

4.2.5 De acuerdo con el marco dogmático aludido desde la exploración del primer problema jurídico de fondo, ha quedado definido que la Administración tendrá que

desvirtuar en juicio las causales de anulación de falsa motivación y desviación de poder y que se le ha convocado a refutar los presuntos motivos ocultos, a develar los verdaderos y a sustentar su conformidad con los asignados en el sistema de fuentes. Si no lo hace, deberá concluirse entonces que no hay una razón fundada en el *buen servicio* al desvincular a la demandante en provisionalidad sin que la misma se haya fundado en la terminación del encargo que estaba desempeñando quien era la titular del empleo y sin que se haya acreditado en sede judicial otro motivo ajustado a la Constitución y la ley; luego no queda más que declarar la nulidad del acto pues es evidente la desviación de poder.

Ahora bien, a lo anterior habrá que sumarse el hecho de haberse nombrado en el mismo cargo en provisionalidad a otra persona que no era la titular del empleo, sin que tuviera un mejor perfil que el de la accionante. Al respecto, se volverá en el caso concreto.

4.2.6 Así las cosas, si la autoridad nominadora estima necesario prescindir de los servicios de un provisional, por razones atinentes a su desempeño funcional, o por otras compatibles con los fines constitucionales de la función pública (art. 209 C.P.), tiene dos opciones instrumentales: deja memoria de los motivos en el acto mismo o en sus antecedentes, caso en el cual activa la protección de la presunción de legalidad, que gravará al demandante con mayor rigor en la carga de la prueba; o los mantiene in pectori, en sede administrativa ocultos al interesado, con la obligación de revelarlos y probarlos en juicio, pues está en mejor condición para demostrarlos (núcleo esencial de la distribución dinámica). Acá ni se adujeron motivos en el acto administrativo de desvinculación, ni la entidad demandada los acreditó en el proceso, como pasará a explicarse.

4.3 **PJ4:** *¿Hay lugar a anular el acto administrativo de desvinculación de la demandante proferido por falta de competencia de quien* ***presuntamente*** *estaba inhabilitado para ejercer un cargo público por haber sido condenado a pena privativa de la libertad?*

4.3.1 **Tesis:** No, pues por el solo hecho de *afirmar* en el libelo de la demanda que quien profirió el acto administrativo objeto de control de legalidad se encontraba inhabilitado por haber sido condenado penalmente, sin que se tenga conocimiento de la existencia de *sentencia judicial* que así lo disponga ni de la decisión del juez natural que haya dejado sin efectos el acto de vinculación censurado, no se puede concluir que los actos administrativos proferidos en el ejercicio del cargo estén viciados de nulidad.

4.3.2 De la sola apreciación del demandante acerca de la configuración de una inhabilidad de quien profirió el acto administrativo enjuiciable (secretario de despacho en virtud de la delegación que le hizo el alcalde municipal), no se puede derivar la declaratoria de nulidad de los actos proferidos mientras se desempeñó en el cargo.

Así existiera realmente y se hubiera probado la configuración de la inhabilidad, lo que no ocurrió, el acto de nombramiento de ese funcionario no fue sometido a juicio en su proceso natural (electoral), por lo que la presunción que lo ampara no puede dejarse de lado por vía de excepción. Nótese que la situación que discute la demandante en nada cambiaría si la decisión de desvinculación la hubiera tomado un delegado sin mácula alguna, o el alcalde mismo: si tenía derecho a permanecer temporalmente en el empleo de carrera, en calidad de *provisional,* ese régimen en nada lo mejora ni lo demerita la particularidad que *en otro juicio de control de legalidad* pudiera haberse desplegado contra la investidura del delegado.

5. Caso concreto

Una vez analizado el material probatorio obrante en el expediente, de conformidad con el marco dogmático precedente se tiene que:

- ✓ Le asiste razón al a – quo al concluir que la Resolución 015 de 2012, a través de la cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante, es un acto independiente de los demás aludidos por la entidad accionada (Resolución 25 del 11 de enero de 2012[41], Resolución 173 del 3 de mayo de 2012[42] y Decreto 02 de 2012[43]), pues

[41] Por medio de la cual se nombra con carácter provisional en un empleo con vacancia temporal a la señora Paula Andrea Chávez.

ninguno es consecuencia del otro ni del agotamiento de la vía gubernativa. La revocatoria del acto de desvinculación obedece al cumplimiento de un fallo constitucional, mientras que la resolución que da por terminado finalmente el encargo de la titular del empleo y por consiguiente provoca la terminación del nombramiento de la accionante es autónomo respecto de los que le preceden.

- ✓ La Resolución 015 del 06 de enero de 2012 carece de motivación; la entidad demandada no probó en sede judicial, conforme debió hacerlo por las razones indicadas en la parte dogmática de la presente decisión, los motivos de desvinculación de la accionante, y mucho menos si esta obedeció al *buen servicio* o al *mejoramiento objetivo del mismo.* Así las cosas, se ha configurado la causal de *desviación de poder,* pues una vez se dio por terminado el nombramiento de la señora Torres Ramírez, la titular del empleo en carrera (quien se desempeñaba un encargo en la misma entidad) no ocupó el mismo, sino que se nombró a Paula Chávez Cano en el cargo que desempeñaba la accionante también en provisionalidad, sin que nada se haya explicado ni probado acerca de la justificación que pudiera haberse expuesto.

- ✓ Se acreditó que la señora Chávez Cano no tenía un mejor perfil que el de la accionante conforme al ejercicio comparativo de las hojas de vida; además el alcalde del municipio de Villanueva trató de persuadir a la titular del empleo para que renunciara al encargo y de esta manera desplazar a la señora Torres Ramírez quien lo ejercía en provisionalidad (testimonio de Fanny Rodríguez Quintero, fol. 18 c. pruebas), lo que revela un designio del nominador ajeno a las determinantes del *buen servicio.*

- ✓ Pese a que la entidad demandada a través de la Resolución n.° 160 de 2012 revocó el acto administrativo que dio por terminado el nombramiento a la demandante en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva y ordenó el reintegro y pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, el acto de desvinculación produjo consecuencias jurídicas que son susceptibles de control de legalidad, aunado a que en segunda instancia el fallo constitucional fue revocado y se ordenó el reintegro de los pagos efectuados por concepto de acreencias laborales, afectando notablemente a la demandante pues en últimas su desvinculación, las actuaciones administrativas subsiguientes y el trámite de la acción constitucional impetrada le han traído como consecuencia efectos jurídicos adversos.

---

[42] Por medio de la cual se da por terminado un encargo a un empelado de carrera y en consecuencia se da por terminado el nombramiento provisional de la demandante que cubría la vacante temporal por el tiempo que durara el encargo de la titular.
[43] Por medio del cual el alcalde de Villanueva delega unas funciones en el Secretario General.

Conclusión: Habrá lugar a revocar la decisión adoptada por el a – quo y en su lugar a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda; se declarará la nulidad de la Resolución 015 del 6 de enero de 2012, pues la desvinculación de la actora no obedeció a causal constitucional o legal alguna y no se acreditó que tuviera que ver con el mejoramiento objetivo del servicio (fls. 23 – 30 c. ppal.).

Comoquiera que no es procedente el reintegro de la señora Carmen Rosa Torres Ramírez al cargo de *secretaria código 440 grado 08,* pues la titular del mismo se encuentra ejerciéndolo dado que el encargo para el cual fue nombrada ya culminó, y de conformidad con lo indicado anteriormente con relación a la precaria permanencia del servidor en provisionalidad en cargos de carrera, a título de restablecimiento del derecho se dispondrá el pago de los emolumentos dejados de devengar desde el **11 de enero de 2012** (fecha de notificación y ejecución del acto de desvinculación) hasta el **04 de mayo de 2012**, cuando se dio por terminado el encargo de la titular del empleo y, por ende, el nombramiento de la actora a través de la Resolución 173 de 2012, con las actualizaciones e intereses moratorios de rigor; igualmente se declarará que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos laborales, durante ese lapso.

No obstante, se advierte que para dar cumplimiento a esta sentencia la entidad demandada podrá descontar las sumas canceladas a la señora Carmen Rosa Torres Ramírez en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva, por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir, valor que la demandante aún no ha reintegrado según consta en la certificación suscrita por la secretaria general de la alcaldía de Villanueva el 22 de mayo de 2013 (folio 431 c. ppal.). Sin embargo, quien aquí demanda no podrá resultar a deber al municipio como consecuencia directa de la liquidación del crédito que en este proceso se reconoce, puesto que su pretensión se expuso al estrado para mejorar su posición jurídica y no medió reconvención alguna.

Las sumas dejadas de pagar se actualizarán mes a mes mediante la aplicación de la fórmula financiera *Ra = S * If/Ii*, en la que los factores del IPC serán los de cada mes de causación del derecho para el ***Ii*** y el del mes de ejecutoria de este fallo, para el ***If.***

8ª *Costas:* No se impondrán; el debate ha sido serio, las partes ofrecieron pruebas y argumentos conforme al derecho procesal que les asistía, sin que se vislumbren conductas dilatorias, temeridad u otra reprochable. Ponderación que se hace en los términos del art. 55 de la Ley 446 de 1998 que subrogó al art. 171 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1° REVOCAR el ordinal segundo (2º) de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Yopal, proferida el 14 de julio de 2014, por la cual se declaró probada la excepción de *carencia actual de objeto por sustracción de materia* y en consecuencia se inhibió de pronunciamiento de fondo dentro de la acción de nulidad y restablecimiento de CARMEN ROSA TORRES RAMÍREZ contra el MUNICIPIO DE VILLANUEVA. En su lugar se adoptan las siguientes disposiciones:

***Primera**: Declarar la nulidad de la Resolución n.° 015 del 6 de enero de 2012 proferida por el secretario general del municipio de Villanueva, a través de la cual se declaró terminado el nombramiento provisional de la señora CARMEN ROSA TORRES RAMÍREZ quien se desempeñaba como secretaria código 440 grado 08 en provisionalidad en la planta de personal del municipio de Villanueva.*

***Segunda**: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** el pago de los emolumentos (salarios, prestaciones, aportes a cargo del empleador y descuentos que correspondan al servidor para la seguridad social en pensiones) que dejó de devengar CARMEN ROSA TORRES RAMÍREZ en el cargo de secretaria código 440 grado 08, como consecuencia del acto administrativo enjuiciado, desde el **11 de enero de 2012** y hasta el **04 de mayo de 2012**, debidamente actualizados bajo los parámetros señalados en la motivación.*

Igualmente se declara que durante el mismo lapso no existió solución de continuidad, para todos los efectos laborales.

Adviértase a la entidad demandada que podrá descontar las sumas canceladas a la señora Carmen Rosa Torres Ramírez en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva, sin que pueda convertirse en deudora por la liquidación de esta sentencia, conforme se indicó en la motivación.

2º *CONFIRMAR* en lo demás el fallo recurrido en lo que fue objeto de apelación.

3º Sin costas en la instancia, por lo indicado en la motivación.

4º En firme lo resuelto, por la Secretaría del Tribunal expídanse las copias y comunicaciones previstas en el art. 173 del C.C.A.; actualícese el registro institucional, déjese copia de la sentencia y devuélvase el expediente al juzgado de origen, o al que haga sus veces.

NOTIFÍQUESE.

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta . Carmen Rosa Torres Ramírez Vs. Municipio de Villanueva; revoca inhibitorio, estimatoria parcial, radicación. 850013331701-2012-00082-00 Firmas, hoja 30 de 30).

Los magistrados,

NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

NTG/Eliana