

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Yopal, nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)

Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESVINCULACIÓN DE EMPLEADA NOMBRADA EN UN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA PROVISIONALMENTE POR TÉRMINO VENCIDO. INEXISTENCIA DE DERECHO SUBJETIVO INCONDICIONAL A PRÓRROGA. DEBER DE MOTIVACIÓN DEL ACTO DE RETIRO: MODULACIÓN DE LÍNEA HORIZONTAL. VACANCIA TEMPORAL DEL EMPLEO SIN SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE PRÓRROGA: OPCIÓN LEGÍTIMA DE LA AUTORIDAD NOMINADORA. Se confirma decisión recurrida.

Demandante: MARÍA ROMELIA FIGUEREDO PULIDO
Demandado: MUNICIPIO DE YOPAL
Radicado: 850013333002-2012-00098-03
Número interno: 2013-00430-03
Juzgado de Origen: 1º Administrativo de Yopal
Fecha decisión: 19-III-2015

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de restablecimiento del derecho de la referencia en el cual se controvierte la desvinculación de la actora nombrada provisionalmente en un cargo de carrera administrativa adscrito a la Secretaría de Educación del municipio de Yopal.

HECHOS RELEVANTES

Por medio de la Resolución 1661 de 30 de diciembre de 2011 (fl. 3 a 5 y 54 a 56) el secretario de educación y cultura de Yopal nombró en provisionalidad a la demandante en el cargo de secretaria código 440, grado 10, adscrito a la planta de personal del municipio y asignada al centro de servicios educativo La Triada.

El 17 de mayo de 2012 mediante oficio 130.32.2.1065 (fl. 7 y 98), aclarado por el oficio 130.32.2.1171 del día 31 del mismo mes y año (fl. 8 y 93), le fue anunciada a la actora la terminación de su nombramiento en provisionalidad el siguiente 30 de junio de esa anualidad, solicitándole además la entrega de los bienes dispuestos a su cargo pertenecientes al despacho.

ASUNTO LITIGIOSO

Se controvierte el retiro de la demandante del cargo de secretaria código 440, grado 10, proveído de manera provisional por la administración municipal de Yopal – Secretaría de Educación y Cultura, por concluir el término para el cual fue nombrada.

La parte actora: concluyó que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 la demandante no debió haber sido desvinculada del cargo que se encontraba ejerciendo sino hasta el

momento de haberse proveído en carrera administrativa y siguiendo las reglas contenidas en el Decreto 4968 de 2007.

La accionada sostiene que la desvinculación de la actora se encuentra ajustada a derecho por cuanto respondió a una causal objetiva como fuera el vencimiento del término de su nombramiento y no a una decisión caprichosa de la administración.

DECISIÓN RECURRIDA

El juez primero administrativo de Yopal profirió sentencia en audiencia el 21 de agosto de 2014 en la que: i) negó las pretensiones de la demanda encaminadas a obtener la nulidad de los oficios 130.32.2.1065 y 130.32.2.1171 de 17 y 31 de mayo de 2012, por medio de los cuales se dio aviso a la demandante de la terminación de su nombramiento en provisionalidad en el cargo de cargo de secretaria código 440 grado 10 de la planta de personal del municipio de Yopal; ii) no condenó en costas y emitió órdenes tendientes a la devolución de los excedentes de lo consignado para gastos y el archivo del proceso.

Señaló como marco normativo el artículo 125 de la Constitución Política, la sentencia C-479 de 1992, los artículos 5 y 25 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 8 y siguientes del Decreto 1227 de 2005; además citó un aparte de la sentencia proferida por el Consejo de Estado identificada con el radicado 2005-01341-02 de 13 de octubre de 2010.

Repasó la documentación allegada al proceso y omitió pronunciarse respecto del oficio de 28 de junio de 2012 toda vez que no se conoce su existencia al no haberse allegado al plenario.

En consecuencia, señaló que la separación de la actora del cargo de secretaria código 440 grado 10, adscrito a la planta administrativa del municipio de Yopal, nombrada mediante la Resolución 1661 de 30 de diciembre de 2011, se encontró conforme a la ley y a la corriente jurisprudencial del Consejo de Estado toda vez que no es necesaria su motivación.

Igualmente, agregó que la negligencia de la Administración de gestionar la realización del concurso de méritos para proveer el cargo por intermedio de la CNSC, no otorga a la demandante derechos sobre el empleo ejercido semejantes a los de carrera administrativa, a menos que se tratara de una estabilidad reforzada por condiciones especiales.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La **parte actora** consideró vulnerado su derecho a la igualdad porque existen contradicciones entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional y Consejo de Estado pues la primera, por medio de fallos de tutela, ha tomado decisiones favorables en situaciones similares y a pesar de que sus efectos son inter-partes, debe guardarse respeto por las garantías y principios constitucionales, el empleo y su estabilidad.

Dijo que el empleo en provisionalidad no es de libre nombramiento y remoción, que según el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 es el único que permite su retiro por medio de actos no motivados. Citó doctrina sobre el nombramiento en provisionalidad, el de libre nombramiento y remoción y la motivación del acto administrativo.

ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso entró por reparto a disposición del sustanciador el 29 de enero de 2015; se admitió el 2 de febrero siguiente y se dispuso correr traslado para alegar por escrito el 10 de febrero de 2015 (fl. 6 c. 2ª instancia); concurrió únicamente la parte actora. Pasó en turno para fallo el 12 de marzo de 2015 (fl. 17 c. 2ª).

Alegatos de conclusión. La parte actora (fl. 8 a 16) por intermedio de apoderado señaló que se encuentran violadas las siguientes normas: i) Decreto 4968 de 2007; los artículos 3 y 41 de la Ley 909 de 2004; y iii) el artículo 10 del Decreto 1227 de 2004.

Señaló que son distintos los cargos de libre nombramiento y remoción y los provistos en provisionalidad. Al respecto hizo una confrontación de varias citas jurisprudenciales que aluden a la diferencia en el tratamiento de la motivación del acto de desvinculación de la persona nombrada en provisionalidad antes y después de la promulgación de la Ley 909 de 2004.

Indicó aspectos relevantes sobre la motivación de los actos administrativos, citó las sentencias SU-250 de 26 de mayo de 1998 y SU-917 de 2010 e hizo mención de otra, emitida por esta corporación el 4 de diciembre de 2014, de la cual resaltó lo siguiente: "*analizada esta disposición se encuentra que el retiro de los empleados de carrera nombrados en provisionalidad debe efectuarse mediante acto motivado y no de manera discrecional*"¹.

La entidad demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1ª Examen formal. Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P. y en el art. 207 del CPACA, en armonía con el art. 29 de la Carta, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal; no se vislumbra necesidad de saneamiento de oficio.

Se proveerá decisión de mérito puesto que la demanda se instauró oportunamente por una persona natural capaz de hacer valer sus derechos y contra un centro presupuestal y de responsabilidad con personería jurídica, debidamente representado y legitimado por pasiva, tanto en la perspectiva formal como en la material, como luego se precisará.

2ª Hechos probados

2.1 Mediante Resolución 1661 de 30 de diciembre de 2011 el secretario de educación y cultura de Yopal nombró a la señora María Romelia Figueredo Pulido en el cargo de secretaria código 440 grado 10 por el término de 6 meses, con específica asignación al centro de servicios educativos La Triada (fls. 3 a 5 y 54 a 56).

¹ TAC, sentencia del 4 de diciembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013333002-2012-00148-01 (se corrige dato del NUIR).

A pesar de que el acta de posesión no señala la fecha de suscripción, el hecho 10 de la demanda indica que fue el mismo 30 de diciembre de 2011, lo cual es confirmado en la contestación allegada por el municipio (fls. 6-11 y 41 reverso-90).

2.2 Por medio de los oficios 130.32.2.1065 y 130.32.2.1171 de 17 y 31 de mayo de 2012, respectivamente, se le informó a la actora la terminación de su nombramiento en provisionalidad efectuado por medio de la Resolución 1661 de 30 de diciembre 2011.

2.3 La demanda no reveló qué ocurrió con el empleo a partir del retiro de la demandante; tan solo indica que *no se convocó a concurso* para reemplazarla (hecho 18, numeración de la reforma, folio 32). La parte pasiva *aceptó* esa afirmación (folio 42) y precisó que *no fue reemplazada*, razón por la cual no se pidió a la CNSC autorización para prorrogar la provisionalidad (argumentos, folio 45 vuelta); la situación de vacancia la corrobora una comunicación del 16 de agosto de 2012, dirigida por el secretario de educación a un abogado, al parecer asesor del municipio (fol. 100).

3ª PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

3.1 PJ. *Se trata de determinar si procede estabilidad laboral para un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, cuando el nombramiento quedó supeditado al plazo predeterminado en el ordenamiento (6 meses)².*

3.1.1 Tesis del Tribunal. **No**, toda vez que no tiene las garantías de permanencia del titular de un cargo de carrera, por tanto no le otorga fuero de estabilidad relativa alguna, por lo que en cualquier momento el nominador podrá prescindir de sus servicios antes de cumplirse el término de provisionalidad o su prórroga, previa motivación del acto y por motivos previstos en la ley.

Cuando se ha cumplido el término de provisionalidad, la norma ha previsto que el empleado será desvinculado del cargo porque este haya sido ocupado por una persona con derechos de carrera por concurso de méritos, por un empleado de

² Similar problema planteado y analizado en la sentencia de cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014). Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ. Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD DE UN CARGO DE CARRERA. NO PROCEDE REINTEGRO AL CARGO POR CONVERSIÓN EN OTRO CON FUNCIONES SUBSTANCIALMENTE DIFERENTES POR RAZONES DEL SERVICIO. Demandante: WILLIAM MEDINA MARTÍNEZ. Demandado: MUNICIPIO DE YOPAL. Radicación: 850013333002-2012-00148-01 (2014-00138). Juzgado de origen: 2º Administrativo de Yopal.

carrera en encargo o porque la Comisión Nacional del Servicio Civil no autorizó su prórroga para el efecto.

A ello deberá ahora agregarse que si la Administración deja vacante el empleo por considerar innecesario para el buen funcionamiento del servicio proveerlo nuevamente en provisionalidad, tampoco existe un derecho subjetivo a la prórroga de la vinculación precaria.

3.1.2 Esta Sala se ha ocupado de la situación administrativa de los titulares provisionales de empleos de carrera así³:

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 carrera⁴;*
- 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 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 insubsistencia⁵;*
- 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 carrera⁶;*
- 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 disciplinarias⁷; y*

³ 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.

⁴ CE, 2ª-B, sentencia del 2 de octubre de 2003, A. Ordóñez, e25000-2325-000-1999-4716-01(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).

⁵ CE, 2ª-B, sentencia del 13 de octubre de 2005, J. M. Lemos, e25000232500019990505001 (2906-03).

⁶ 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).

⁷ CE, 2ª- Pleno, sentencia del 12 de febrero de 2004, A. M. Olaya, e1100103250002001020701 (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

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 demandante⁸.

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 judicial⁹.

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 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)¹⁰.

[...]

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 juicio¹¹

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, e2500023250001999619401 (4708-02).

⁸ Aclaración de voto del consejero A. Ordóñez, a la sentencia del 23 de octubre de 2003, e 2500023250001999619401 (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".

⁹ 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.

¹⁰ CE, 2ª-A, A. Vargas, sentencia del 20 de septiembre de 2007, expediente 680012315000199902171-01 (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).

¹¹ 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.

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 jefes 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 desvinculación¹²;
- 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 precariedad¹³, 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.

Idéntica proscripción puede predicarse de los empleados de libre nombramiento, pues en ambas hipótesis se aborda la problemática en sede de desviación de poder¹⁴. Con mayor razón, cuando la provisionalidad es un estado irregular de cosas, que no debe tomarse permanente y que ha de cesar naturalmente con la designación de un servidor estable en periodo de prueba, con vocación de carrera¹⁵; 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)¹⁶.

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

¹² Corresponde a la tradición jurídica de la Sección Segunda.

¹³ Proviene de una de las líneas de la Corte Constitucional, que dio pie a formular su tesis de la estabilidad relativa.

¹⁴ Vuelve a la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado.

¹⁵ Regresa a la tendencia de la Corte Constitucional.

¹⁶ 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.

móvil oculto, sino que además reconstruya las trazas que el jerarca se guarda bien y fácil de diluir¹⁷.

3.1.3 La línea que precede se venía aplicando pacíficamente en sede horizontal tanto a los eventos en que la Administración motivó el acto de desvinculación, como en aquellos casos en que sin mediar tal motivación, *revelaba en juicio* los hechos determinantes de la decisión y ellos resultaban acordes con el ordenamiento conforme a lo expuesto y probado ante el juez. No obstante debe introducirse ahora una precisión, que retoma matices de la línea aludida, como se indicará más adelante al abordar los subsiguientes problemas jurídicos.

3.2 PJ2. La motivación del acto de desvinculación. Vicio de forma y carga de prueba.
¿Constituye vicio de forma, por expedición irregular, la omisión de motivación del acto administrativo de desvinculación de un empleado en provisionalidad en cargo de carrera? ¿Es admisible que los motivos de esa decisión solo se revelen en sede judicial de control de legalidad?

3.2.1 Tesis: puesto que la motivación del acto es un requerimiento legal expreso (parágrafo 2º del art. 41 de la Ley 909), la omisión constituirá vicio de forma por expedición irregular si, además, la autoridad nominadora omite dejar la memoria de los motivos determinantes de la decisión en los respectivos antecedentes administrativos. Vicio que no se saneará con la revelación y demostración en juicio de fundadas razones para provocar el retiro del servicio del empleado en provisionalidad.

3.2.2 Carga de transparencia. La anterior discusión se ha enunciado y resuelto por esta Sala así:

¿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?

¹⁷ 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. Se ha mantenido en lo esencial; las más recientes reiteraciones son: sentencia del 23 de octubre de 2014, radicado 850013331001-2010-00563-01. M.P. Héctor Alonso Ángel Ángel y fallo del 5 de febrero de 2015, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331701-2012-00082-00.

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.

[...] 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:

[...] 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.

3.2.3 Como se vislumbra en la cita que precede la línea ha preservado las dos opciones anunciadas en el párrafo inmediatamente anterior; esto es, la exposición de los motivos del acto en su propia configuración, o su revelación ante el juez de control de legalidad. Con lo segundo, ha de entenderse en ese contexto, se superaría la omisión inicial y se sanearía el vicio de forma.

3.2.4 La evolución del régimen de carrera y las garantías que expresamente introdujo el art. 41 de la Ley 909 como mecanismo de control de la facultad nominadora respecto de empleados en provisionalidad, no equivalentes desde luego a la estabilidad reforzada de quienes ingresan por concurso de méritos, hace necesario avanzar en la consolidación de la protección judicial de dichos servidores públicos, acatando así la finalidad del precepto legislado.

Acorde con ello, puesto que la decisión de desvincular a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera **debe motivarse**, la Sala precisa ahora su línea en el sentido de indicar que la *motivación tiene que consignarse directamente en el acto de desvinculación o en sus antecedentes administrativos*, esto es, en las memorias que la Administración deja en el registro oficial del proceso decisorio, tal como podrían serlo, por ejemplo, las anotaciones en la hoja de vida o en cualquier otro documento de *fecha cierta* que permita posteriormente al juez de control de legalidad constatar cuáles fueron las razones determinantes de la desvinculación y si ellas efectivamente se ajustaron al ordenamiento; tenido por tal no solo las específicas consagradas en el art. 41 de la Ley 909, sino cualquier otra autorizada por la Constitución o por la ley, conforme a la remisión que hace el texto aludido al resto del sistema de fuentes.

Se trata, sin más, de incorporar abiertamente a la senda horizontal el lineamiento más constante de la Corte Constitucional acerca de esta problemática y, en consecuencia, dejar de lado la premisa teórica del pasado, tanto del Tribunal como del Consejo de

Estado, acogida por el a-quo, la cual se desarrolló específicamente para situaciones administrativas que antecedieron al régimen que introdujo la Ley 909 de 2004.

3.3 PJ3. La motivación del acto de desvinculación: deber de revelación de motivos concretos (decisiones posteriores a la Ley 909). ¿Basta aducir como motivo determinante del retiro del servicio de un empleado en provisionalidad el vencimiento del plazo para el cual fue designado?

3.3.1 Tesis: No. Conforme a la expresa estipulación de la Ley 909 (art. 41, parágrafo 2º)¹⁸, se trata de competencia reglada que requiere que el acto de desvinculación sea *motivado* y que la razón que aduzca la autoridad nominadora corresponda a alguna de las hipótesis autorizadas en el ordenamiento, entre las cuales *no lo está la simple expiración del plazo* previsto en los arts. 25 y 26 para dicha permanencia¹⁹, si hubiere lugar a prórroga legalmente otorgada y subsisten las necesidades del servicio.

3.3.2 La Corte Constitucional²⁰ ha enfatizado 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.

¹⁸ **Ley 909, art. 41. 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.

¹⁹ **Ley 909. Artículo 25.** Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

²⁰ Sentencia T-147 del 18 de marzo de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.3.3 Esta Corporación ha señalado 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 ²¹:

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 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 Tribunal²², 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 fl. 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 2º 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 2º 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 en diferentes fallos [...] ²³.

Nótese que los anteriores lineamientos corresponden a hechos en los que la autoridad nominadora *no motivó el acto acusado* y en juicio optó por guardar silencio

²¹ TAC. Sentencia del 23 de octubre de 2014, radicado 850013331001-2010-00563-01. M.P. Héctor Alonso Ángel Ángel.

²² Consejo de Estado, sentencia de 23 de septiembre de 2010, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²³ TAC, sentencia de 30 de abril de 2009, Néstor Trujillo González, demandante: Álvaro Francisco Rojas Manjarrés, demandado: Nación (DAS), radicado: 850012331003-2006-00248-01 (2008-090).

acerca de las razones por las cuales *no prorrogó la vinculación* de un servidor en provisionalidad, pese a subsistir las necesidades del servicio y a que por las circunstancias propias de la entidad, no había todavía posibilidad alguna de proveer el empleo mediante concurso de méritos²⁴. Así lo precisó la sentencia que se cita:

En conclusión, de conformidad con las pruebas recaudadas, la jurisprudencia y normativas que se dejaron consignadas, la sentencia de primera instancia tendrá que ser revocada para acoger las pretensiones del recurrente, porque la entidad guardó silencio frente a las imputaciones de desviación de poder que se le hicieron en la demanda, en cuanto se abstuvo voluntariamente de revelar y probar los *motivos que condujeron* a la declaración de insubsistencia del actor y solamente se ocupó de señalar que la misma es potestativa del procurador general porque fue asignada por la ley sin dar mayores explicaciones.

Por lo tanto, se declarará la nulidad del Oficio núm. SG 2938 de 2 de junio de 2010 por medio del cual el secretario general de la Procuraduría General de la Nación le comunicó al actor sobre el vencimiento de su periodo de nombramiento en la entidad y del acto ficto presunto por no haber resuelto el recurso de reposición presentado por el señor Germán Soto Díaz contra el citado oficio; no se ordenará el reintegro al cargo que ocupaba el actor como profesional universitario grado 17, porque, como quedo establecido, dicho cargo fue provisto en forma definitiva por el señor [...] mediante Resolución núm. 138 de 26 de enero de 2011²⁵.

3.3.4 La reglamentación que introdujo el Decreto 1227 de 2005 acerca de la provisión de los empleos *en provisionalidad*, mientras se surten los concursos de rigor, a su vez indica:

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. Este finalmente sustituido por el Decreto 4968 de 2007, así: Artículo 1°. Modificase el parágrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:*

"Parágrafo transitorio. 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.

²⁴ Se trató de un profesional de la PGN; fue retirado en el año 2010 y el cargo provisto posteriormente, en virtud de nombramiento en periodo de prueba, fruto de concurso, en el año 2011.

²⁵ TAC. Sentencia del 23 de octubre de 2014, radicado 850013331001-2010-00563-01. M.P. Héctor Alonso Ángel Ángel.

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 9º. *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.*

3.3.5 Así las cosas, para la provisión de empleos de carrera se tiene por regla 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.

La conjunción de las dos premisas que anteceden (*necesidad de autorización previa de la CNSC para prorrogar provisionalidades y posibilidad de desvincular al servidor*

antes de concluir el plazo inicial o la prórroga en curso) indica que no existe un derecho subjetivo a que *en todos los casos* expirado el plazo de la vinculación en provisionalidad, la Administración tenga que retener en el empleo a quien lo venía desempeñando, sea que requiera o no sus servicios. Nótese que semejante prerrogativa – permanencia indefinida – no existe ni siquiera para el titular de carrera, pues la supresión (con indemnización) legitima el retiro (Ley 909, art. 41, literal 'l').

Adicional a las causales específicas consignadas en el art. 41 de la Ley 909, también procede la desvinculación por las *demás* que consagren la Constitución y la ley (ibídem, literal 'n').

3.2.6 Finalmente, en el marco abstracto de la sentencia, es pertinente acotar que la autoridad nominadora no podrá distorsionar la finalidad del mecanismo de la intervención previa de la CNSC para dejar vencer una provisionalidad sin gestionar la prórroga de rigor, con el propósito de poder prescindir del servidor que ocupa el empleo; retirado el cual, ahí sí obtener la autorización requerida para proveer el empleo a discreción con otro provisional, si subsisten las necesidades del servicio y no ha expedido el registro de elegibles. Podría por esa vía configurarse *desviación de poder*, cuya declaración en juicio requerirá en cada caso la prueba y la valoración de particularidades.

4ª El caso concreto

4.1 Esta vez se acreditó que la señora María Romelia Figueredo Pulido ejerció el cargo de carrera de secretaria código 440 grado 10 suscrito a la planta municipal de Yopal, adscrito al centro de servicios educativos La Triada, para el cual fue nombrada en provisionalidad por el término de seis (6) meses, desde el 30 de diciembre de 2011 hasta el 29 de junio de 2012 y que previo a su vencimiento se le informó su terminación mediante los oficios 130.32.2.1065 y 130.32.2.1171 de 17 y 31 de mayo de 2012, respectivamente.

4.2 La Administración adujo y acreditó que, cuando menos hasta el mes de agosto de 2012, no había provisto reemplazo ni tramitado ante la CNSC la autorización para prorrogar la situación de provisionalidad.

4.3 La parte demandante tuvo oportunidad de controvertir el escueto soporte probatorio de la afirmación de la pasiva y no intentó siquiera establecer que la autoridad nominadora haya vinculado posteriormente a otra persona en idéntica condición de provisionalidad; tampoco, que haber dejado vacante el empleo haya sido mecanismo para burlar su vocación de permanencia precaria, ni que por ello se haya desmejorado la prestación del servicio.

4.4 La teoría de caso de la demanda se enfocó en el supuesto *derecho a la prórroga* de la vinculación en provisionalidad; ya se indicó en el marco teórico que tal derecho no existe, pues la permanencia en el servicio está doblemente condicionada: i) que subsista la *necesidad*, valoración privativa de la Administración, sin perjuicio de eventual prueba de desviación de poder, la que no se ha dado en este proceso; y ii) que la CNSC *autorice* la prórroga, por las fundadas razones que le ofrezca la autoridad nominadora, lo que tampoco ocurrió o cuando menos ni se adujo ni se probó en este proceso.

4.5 A su vez la pasiva estructuró la defensa en la igualmente supuesta suficiencia de la expiración del plazo de la provisionalidad inicial como causal de retiro del servicio. El marco abstracto del fallo desvirtúa esa hipótesis.

4.6 Pese a ello, se rescata de la exposición de la demandada y del escueto material probatorio ya reseñado que el *cargo seguía vacante* meses después del retiro de la actora y no se trajo prueba alguna de haberse pedido y obtenido autorización de prórroga de la provisionalidad, de donde se infiere que la Administración consideró *innecesaria* la provisión precaria, de manera que optó por esperar a las resultas del pertinente concurso de méritos; escenario contingente que no está en discusión.

5ª **Conclusiones.** Acorde con las premisas abstractas y los presupuestos fácticos de caso ha quedado establecido que: i) la demandante no tenía derecho a permanecer indefinidamente en el empleo; ii) la desvinculación tenía que motivarse expresamente en el acto mismo o en sus antecedentes administrativos; iii) esa determinación fue motivada escuetamente en la expiración del plazo previsto en el nombramiento, el cual no está enjuiciado; iv) a pesar de la exigua motivación, en juicio quedó establecido que la autoridad nominadora no solo adujo la contingencia de la duración de la provisionalidad, sino que efectivamente dejó vacante el empleo, no acudió a gestionar nueva prórroga ante la CNSC y, por ende, ha de suponerse que optó por esperar a resultado de concurso, escenario legítimo al que podía acudir la Administración.

Luego por *razones diferentes* a las que tuvo como pilar central la sentencia recurrida, será confirmada.

6ª **Costas**²⁶. El recurso de la parte activa no prosperó. No hay lugar a ellas contra la parte vencida, pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia. Es la opción interpretativa que viene siguiendo sistemáticamente la Sala, acorde con la cual la *ponderación* a que alude el art. 188 de la Ley 1437 excluye la solución mecanicista del procedimiento civil: no cabe aquí predicar que *el que pierda paga costas*, pues tendrá además que valorarse cuál fue su comportamiento en el litigio²⁷.

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

RESUELVE:

1º **CONFIRMAR**, pero por las razones indicadas en la motivación, el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal el 21 de agosto de

²⁶ La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

²⁷ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; auto de segunda instancia del 21 de marzo de 2013, expediente 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01); sentencia (ACU) del 25 de abril de 2013, expediente 850012333002-2013-00084-00; sentencia del 20 de junio de 2013, expediente 850012333002-2012-00243-00; autos de segunda instancia del 10 de octubre de 2013, expedientes 850013333002-2013-00194-01 y 850013333002-2013-00203-01; sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado 850012333002-2013-00008-00 y sentencia del 12 de diciembre de 2013, expediente 850013333002-2012-00104-01, y sentencia de la misma fecha, radicado 8750013333001-2012-00099-01, toda la serie con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.

Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213-00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

2014 por el cual denegó las pretensiones de *María Romelia Figueredo Pulido contra Yopal*.

2° Sin costas en la segunda instancia.

3° En firme lo resuelto, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas copias y constancias en los registros de Secretaría.

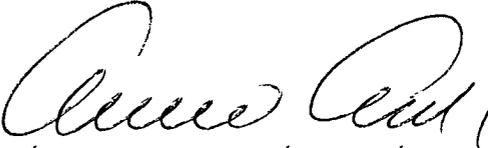
NOTIFÍQUESE

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. NRD María Romelia Figueredo Pulido Vs. Municipio de Yopal. Hoja de firmas 18 de 18).

Los magistrados,



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ



HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL



JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

NTG/OJF