



## Sentencia 3739 de 2003 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: Dr NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

Bogotá Distrito Capital, trece (13) de marzo de dos mil tres (2003).-

REF.: EXPEDIENTE No. 3739-02

No Externo 6238

AUTORIDADES NACIONALES

APELACION SENTENCIA

ACTOR: MATILDE DIAZ CANDELO

Conoce la Sala del recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de febrero de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda propuestas contra el Departamento Administrativo de la Función Pública.

[Ver el Concepto del Consejo de Estado 1140 de 1998](#) , [Ver el Fallo del Consejo de Estado 3211 de 2005](#)

### ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 389 del 27 de mayo de 1999, mediante la cual el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, dio por terminado el nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado Código 3020 Grado 12 de la planta globalizada..

Como restablecimiento del derecho solicita que se le reintegre al mismo cargo, se le reconozcan y paguen todos los salarios y prestaciones desde la fecha del retiro hasta la del efectivo reintegro, debidamente indexados.

Relata que mediante resolución 231 del 30 de marzo de 1998, fue nombrada en provisionalidad en un cargo que era de carrera administrativa hasta que se produjo su retiro mediante el acto acusado.

Que de conformidad con lo consagrado en el artículo 125 de la C.P., el nominador no podía retirarla del servicio en uso de la facultad discrecional, además de que no motivó el acto.

Que por tener derecho a concursar gozaba de estabilidad relativa, porque según la Corte Constitucional, su retiro sólo podía obedecer a una sanción disciplinaria o a la provisión del cargo mediante concurso y por ende, se configura el cargo de desviación de poder.

Señala como normas violadas los artículos 25, 29 y 125 de la Constitución Política; 3 de la ley 190 de 1995; 1, 2, 7, 8, 9, 10, 13, 15 a 24 y 41 de la ley 443 de 1998; ley 200 de 1995 y 1 del decreto 1679 de 1991.

### LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal denegó las pretensiones de la demanda. Consideró que si bien es cierto la actora ocupaba un cargo de carrera administrativa, no probó encontrarse inscrita en ella y por ende, el nominador estaba en la entera libertad de retirarla del servicio en cualquier momento.

Que de acuerdo con lo probado en el proceso, se tiene que la señora Díaz se posesionó en un cargo en provisionalidad, el cual fue prorrogado mediante resolución 513 del 1º de julio de 1998 por el tiempo que durara la reestructuración de la entidad, lo que permite concluir que al finalizar ésta, terminaría automáticamente el nombramiento provisional.

Que la provisionalidad es una forma de vinculación de empleados públicos en cargos de carrera administrativa, pero que, como no otorga prerrogativas de estabilidad, el nominador puede ejercer libremente la facultad discrecional de remoción por necesidades del servicio.

Que de conformidad con el concepto del Consejo de Estado del 3 de septiembre de 1999, ni la ley 443 de 1998 ni el decreto 1572 ibidem, establecen fuero de estabilidad o de inamovilidad para los empleados que a la fecha de la promulgación de estas normas, se encontraban desempeñando cargos de carrera sin estar inscritos en ella.

#### EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora interpone el recurso de apelación contra la decisión del Tribunal, expresando, en síntesis, que el nominador estaba en la obligación de motivar el acto, como quiera que la actora ocupaba un cargo de carrera y por ende, sólo podía ser retirada del servicio previo un procedimiento disciplinario. Para el efecto, transcribe providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C".

Que la entidad no le respetó sus derechos que se derivan del nombramiento en provisionalidad, todo lo cual conlleva a que debía llamarse a concurso, de conformidad con la ley 443 de 1998. Que, por consiguiente, aparece de bulto la falsa motivación en que incurrió el nominador al expedir el acto impugnado, ya que por no tratarse de una empleada de libre nombramiento y remoción, la administración debía y tenía la obligación de motivar el acto de retiro

#### CONCEPTO FISCAL

El señor Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, en concepto obrante a folios 174 a 181, solicita la confirmación de la providencia materia de apelación, ya que en su sentir la demandante no demostró en qué consistió la falsa motivación ni la desviación de poder, como quiera que por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, la entidad podía disponer del retiro en cualquier momento, de conformidad con lo consagrado en el artículo 7º del decreto 1572 de 1998; razón por la cual no gozaba de ningún fuero de estabilidad.

#### CONSIDERACIONES

La decisión materia de apelación habrá de ser confirmada, por las siguientes razones:

Primero se observa, que no obra en el expediente prueba de que la actora estuviera amparada por fuero de carrera administrativa en el Departamento Administrativo de la Función Pública en el cargo del que fue retirada, esto es, Profesional Universitario Código 3020 Grado 12 de la planta globalizada.

Ahora bien, aduce la demandante que por estar nombrada en provisionalidad en el cargo, ello le reportaba el beneficio de sólo ser removida del mismo por provisión proveniente del concurso de méritos o por falta disciplinaria. Pero aquí se advierte, que no puede otorgarse por mera interpretación al nombramiento en provisionalidad, un fuero de inamovilidad como si estuviera escalafonada en la carrera administrativa. En la condición que se encontraba la demandante, lo único que le otorgaba era la expectativa de concursar para el cargo, pero como ello no se produjo, entonces mal puede hablarse de alguna garantía de permanencia.

El nombramiento en provisionalidad tiene un carácter eminentemente temporal y precario y no existe norma que le otorgue fuero de estabilidad, ni durante el lapso de provisionalidad ni posterior a su fenecimiento. De conformidad con el artículo 7º del decreto 1572 de 1998, la entidad podía retirarla del cargo, aún antes del vencimiento del período.

Ahora bien, dice la demandante que la falsa motivación se deriva precisamente de ello, es decir de la vulneración flagrante que hizo la entidad de la ley 443 de 1998, como quiera que el artículo 37 consagra las causales de retiro de los empleados en carrera, pero se repite, no obra prueba de que la demandante estuviera inscrita en ella.

Bastan las anteriores consideraciones para que esta Sala confirme la providencia materia de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### F A L L A

CONFIRMASE la sentencia del quince (15) de febrero de dos mil dos (2002) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda propuestas por Matilde Díaz Candelo contra el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del trece (13) de marzo de dos mil tres (2003).

ALBERTO ARANGO MANTILLA  
JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE  
ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

TARSICIO CACERES TORO  
ANA MARGARITA OLAYA FORERO  
NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria

*Fecha y hora de creación: 2024-10-05 10:20:16*