

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015).

REF: EXPEDIENTE No. 050012331000200501434 01-
No. INTERNO: 0267-2014-
ACTORA: LUZ AMARIS GIL LOTERO-
**INSTANCIA: AUTORIDADES MUNICIPALES-
SEGUNDA- DECRETO 01 DE 1984.**

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 15 de agosto de 2014, después de surtidas a cabalidad la demás etapas procesales¹ y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte la entidad demandada contra la Sentencia de 22 de agosto

¹ Las cuales se encuentran descritas en el artículo 212 del C.C.A.

de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Luz Amaris Gil Botero en contra del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN²

Luz Amaris Gil Botero, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 0462 de 30 de agosto de 2004, por medio de la cual el Alcalde Municipal del Municipio de Ciudad Bolívar declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Secretaria, Nivel Administrativo, Código 540; y, la Resolución No. 0498 de 15 de septiembre de 2004, suscrita por la misma autoridad administrativa, que rechazó el recurso de reposición interpuesto en contra del anterior acto administrativo.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mejor categoría, con funciones y requisitos afines; pagar todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir inherentes al empleo que venía ocupando y con efectividad desde la fecha en que fue declarada insubsistente³ hasta cuando sea reincorporada al servicio; cancelar, por concepto de perjuicios morales, la suma de 600 salarios mínimos legales vigentes; actualizar las anteriores sumas de conformidad a los previsto en el artículo 178 del C.C.A.; disponer que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los

² Visible a folios 12 a 29.

³ 30 de agosto de 2004 fecha en que fue declarada insubsistente su nombramiento.

servicios; dar aplicación a la Sentencia en los términos de los artículos 176 a 179 del C.C.A.; y, pagar las costas correspondientes.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS⁴:

Señaló la demandante fue nombrada por medio de la Resolución No. 1691 de 14 de mayo de 2003 para que se desempeñara como Secretaria, Grado 07, Código 540, Nivel Administrativo, en la Secretaría General y de Gobierno del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia; cargo del cual tomó posesión el 16 de mayo de 2003. Este empleo correspondía a carrera administrativa, sin embargo, para la fecha en que se produjo la anterior determinación, no existía lista de elegibles.

Señaló que cumplió a cabalidad con todos y cada uno de los requisitos exigidos para desempeñar el cargo de Secretaria, pues había tomado un curso de computadores y había recibido una capacitación para la administración de suministros y actualización del SISBEN; además, mientras estuvo vinculada a la administración, dispuso de todas sus capacidades para el ejercicio del mismo, y el último salario que devengó fue equivalente a \$514.312.

Mencionó que el Alcalde del Municipio de Ciudad Bolívar declaró insubsistente su nombramiento por medio de la Resolución No. 0462 de 30 de agosto de 2004, en razón a ello, presentó recurso de reposición, puesto que desconocía los motivos por los cuales se había tomado tal determinación, y además, nunca se había convocado a concurso de méritos para acceder al cargo de carrera que venía ocupando; sin embargo, por medio de la Resolución No. 0498 de 15 de septiembre de 2004, la

⁴ Folios 14 a 18.

misma autoridad administrativa, resolvió rechazar el recurso interpuesto, bajo el argumento de que en ningún momento se habían explicado los motivos de inconformidad.

De otro lado consideró que, los motivos que tuvo el burgomaestre para terminar con la relación laboral que venía manteniendo con el Municipio fue por “(...) *la programación política o burocrática (...)*”, lo cual ocasionó una desviación de poder y un desmejoramiento del servicio; el primero, porque fue remplazada por el señor Balbino de Jesús Chaverra Arboleda, el 17 de septiembre de 2004, sin que éste hubiese participado en un concurso de méritos; y el segundo, en la medida en que cumplió con fines propuestos por la administración, y además, nunca recibió algún llamado de atención.

La actora ha sufrido innumerables perjuicios morales, que se ven reflejados en el sufrimiento de reunir el dinero para su subsistencia “(...) *ya que es cabeza de familia (...)*”.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 13, 15, 23, 25, 29, 53 y 125; Leyes 4ª de 1913; 142 de 1984; 244 de 1995; 443 de 1998; Decretos Nos. 2767 de 1945; 2400 de 1968, artículos 26 inciso 2º, 40, 46 y 61; 1950 de 1973, artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242.

La demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad, porque:

La facultad con la que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan en la administración⁵. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de servicios, tienen una estabilidad laboral mayor respecto de aquellos servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, puesto que éstos pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador.

En cambio, la administración puede desvincular a aquel que se encuentre en provisionalidad, siempre y cuando medien motivos disciplinarios o porque existe una lista de elegibles producto de un concurso de méritos.

En su sentir, un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado por la Ley, debe ser desvinculado como lo ordena la norma, siempre y cuando la administración cumpla con la obligación de convocar el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza, pues de no darse tal situación, los cargos estarían

⁵ Al respecto citó un aparte de la Sentencia T-800 de 1998 de la Corte Constitucional en el que se destacó lo siguiente:

“(...) es sabido que la Administración Pública está legítimamente facultada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exija. No sería posible cumplir con los fines de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad impuestos por el artículo 209 de la Carta Política, si la Administración no pudiera distribuir y manejar libremente sus recursos según se lo exigieran las necesidades del servicio (...)”.

destinados gradualmente a quedarse vacantes, al no haber una designación oportuna del reemplazo.

Bajo ese contexto indicó que para fecha de su desvinculación, el Municipio de Ciudad Bolívar no había iniciado el proceso de selección por méritos que la Ley le obligaba llevar a cabo; por tal razón, y de acuerdo a lo estipulado en la Sentencia T-800 de 1998 de la Corte Constitucional, la entidad demandada no puede alegar su propio incumplimiento como justa causa para afectar los derechos de la demandante, sometida a una vinculación irregular por la propia desidia de aquél.

Aseguró, con fundamento en lo anterior, que la administración incurrió en un desconocimiento de los derechos de la actora, los cuales guardan relación con la estabilidad laboral, ya que debía seguir en el cargo hasta tanto existiera justa causa que obligara su retiro; es decir, que el Alcalde del municipio demandado violó desde todo punto de vista, claros mandatos constitucionales.

Del mismo modo se constituye en una desviación de poder, por parte de la entidad demandada, el haber terminado con su nombramiento sin tener en cuenta que contaba con la capacitación necesaria para ocupar el cargo de Secretaria, con lo cual se desconoce la filosofía de la carrera administrativa, pues no se garantizó su estabilidad laboral.

Resaltó que, la violación del derecho a la igualdad es palpable, en la medida en que existen otros empleados que ejercen funciones similares y a los cuales no se les ha terminado el cargo.

Agregó que, para poder prescindir de sus servicios, la administración tenía que haberse sujetado a los procedimientos determinados en la Ley, tal es el caso, el de expedir un acto administrativo con la motivación correspondiente, una vez hubiese sido escuchada en descargos y luego de obtener concepto de la comisión de personal.

Lo anterior, habida cuenta que en un Estado Social de Derecho no solo se reconocen derechos constitucionales de diferente contenido y valor, sino que propugna por su efectividad material, razón por la cual, es necesario armonizar la eficacia y eficiencia de la función pública con respecto a la especial protección al trabajo, que es un derecho, principio y valor fundante de nuestro ordenamiento constitucional.

Finalizó aduciendo que la Constitución ha establecido, que el ingreso a la función pública y el ascenso en ella debe llevarse a cabo mediante la evaluación objetiva y rigurosa de los méritos y cualidades de los aspirantes, lo cual supone la eliminación de los criterios subjetivos como determinantes en los procesos de selección del personal; por ende, son ilegales los nombramientos por preferencia o animadversión personal, filiación partidista y/o recomendaciones.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante apoderado, el Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, contestó la demanda y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos⁶:

⁶ Folios 35 a 45.

Aseguró, que de los documentos existentes en la hoja de vida y del Manual de Funciones y Requisitos, se puede concluir que la demandante no cumplía con la experiencia relacionada de un año para el ejercicio del cargo; por ello, no es cierto que existieran móviles políticos que incidieran en la decisión de la declaratoria de insubsistencia, como tampoco que se generaron inconformidades por parte de los usuarios del servicio o que exista disposición legal que ordene calificar a quien está nombrado en provisionalidad.

Indicó que, si bien es cierto el señor Chavera Arboleda fue nombrado en provisionalidad, y no en carrera administrativa como erradamente lo afirma la actora, para que ocupara el cargo de Secretario, tal designación se realizó porque contaba con los requisitos necesarios para ocupar el empleo, ya que era bachiller y contaba con la experiencia necesaria, puesto que se había desempeñado como Secretario de la Parroquia.

Al respecto agregó que, no existe norma que establezca un trámite previo para el retiro de un funcionario que se encuentra en provisionalidad, por ello resulta improcedente afirmar que existió una violación al debido proceso, todo lo contrario, ya que la administración fue garantista al posibilitar un recurso que en términos legales no era necesario.

Para finalizar afirmó que, los nombramientos en provisionalidad pueden ser objeto de remoción con sustento en la potestad discrecional establecida en el Decreto 1572 de 1998.

Como excepciones propuso las siguientes:

i. Competencia del Alcalde, puesto que de acuerdo con el artículo 315 de la Constitución Política y la Ley 136 de 1994, podía dar por terminado el nombramiento en provisionalidad o de su prorroga, es decir, se encontraba facultado para expedir un acto discrecional de retiro.

ii. Fallos del contencioso administrativo que respaldan la decisión de la administración, pues en algunos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Antioquia y del Consejo de Estado⁷, se ha destacado que las personas nombradas en provisionalidad pueden ser retirados de la misma manera que los de libre nombramiento y remoción, esto es, de manera discrecional y sin motivación alguna.

iii. Oposición al reconocimiento de perjuicios, ya que no existe nexo causal que responsabilice a la administración del reconocimiento y pago del presunto daño causado por parte de la actora, además, que tampoco lo demuestra.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Antioquia⁸ mediante Sentencia de 22 de agosto de 2013, i) declaró la nulidad parcial de los actos acusados; ii) ordenó el reintegro de la demandante en un cargo de igual o superior categoría y, a pagar los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta la fecha del efectivo reintegro; iii) ajustar las sumas dejadas de cancelar de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.; iv) realizar el respectivo descuento de las sumas que

⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 15 de julio de 2004, No. Interno: 1979-00, C. P. Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

⁸ Sala de Descongestión.

hubiese cancelado la entidad, a título de indemnización o liquidación de prestaciones; v) a dar aplicación a los artículos 176 a 178 del C.C.A.; y, vi) negó las demás pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos⁹:

Consideró, que de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos públicos en Colombia pertenecen a carrera administrativa, por lo que su acceso, asenso y permanencia debe lograrse a través del concurso de mérito y para la permanencia debe obtenerse calificación satisfactoria de los servicios.

Agregó, que el artículo 5 del Decreto Ley 2400 de 1968 ha establecido 3 clases de nombramiento a saber: i) ordinario, el cual se realiza cuando se trata de proveer empleos de libre nombramiento y remoción; ii) periodo de prueba, que corresponde cuando la designación recae en un empleo de carrera administrativa y se hace el nombramiento a quien ha superado el concurso de méritos; y, iii) en provisionalidad, cuando un cargo que es de carrera no ha sido ocupado por alguien que ha sido seleccionado por el sistema de méritos.

Afirmó que, la facultad discrecional se ejerce al efectuar nombramientos provisionales, puesto que la transitoriedad de la designación autoriza a la administración a que se realice de esta manera, por ende, el retiro de este tipo de empleados, de acuerdo con la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, es decir, no debe expresar las causas de retiro.

⁹ Folios 201 a 214.

Contrario sensu, continuó el *A – quo*, la Corte Constitucional ha indicado que el retiro de los empleados que ocuparan cargos de carrera en provisionalidad, debía ser justificado mediante la expedición de acto administrativo motivado¹⁰; mientras que el Consejo de Estado¹¹ ha reiterado que en materia del servicio de empleados que ocupan cargos en provisionalidad cargos de carrera, en vigencia de la mencionada Ley, no se predica fuero de estabilidad alguno similar a que les asiste a los empleados escalafonados.

Bajo el anterior contexto adujo que, como el nombramiento de la demandante fue de carácter provisional, ostentó una posición diferente a la del vinculado en carrera administrativa, debido que no accedió al cargo cumpliendo las diferentes etapas de un concurso de méritos; además que la permanencia un cargo en provisionalidad por encima del término previsto por la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni el nominador adquiere la obligación de motivar el acto.

En cuanto al nombramiento efectuado al señor Balbino de Jesús Chaverra Arboleda, afirmó que, no se demostraron las mejores calidades, preparación y experiencia de la actora, los cuales podrían llegar a demostrar el desmejoramiento del servicio. Al respecto citó una Sentencia del Consejo de Estado¹² en donde se determinó que cuando se refiere a mejor derecho, se deben tener en cuenta otros elementos tales como el mérito, pero ello no significa que el mayor puntaje obtenido sea un requisito necesario y único para prevalecer en el cargo, pero si es necesario que quien se incorpore cumpla con el mínimo de los requisitos.

¹⁰ Al respecto transcribió un aparte de la Sentencia SU-250 de 26 de mayo de 1998 de la Corte Constitucional.

¹¹ Sentencias del 23 de septiembre de 2010 (1903-09) C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; 16 de abril de 2009 (5146-2005) C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹² Consejo de Estado, Sentencia de 10 de febrero de 2011, Radicado No. 08001-23-31-000-2002-00172-01 (0129-09), C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Luego de analizar el material probatorio que obra en el expediente, concluyó que, los señalamientos de la demandante, referentes a los motivos políticos para retirarla, no pasan de ser meras afirmaciones que carecen de soporte probatorio, y por lo tanto, no cuentan con la efectividad suficiente para invalidar la actuación censurada.

Por otra parte destacó, que la condición de madres cabeza de familia debe ser tomada en cuenta al momento de motivar los actos que llevan a cabo la insubsistencia de una mujer empleada en provisionalidad, ya que este ha sido un principio que constitucionalmente ha sido protegido¹³.

Del plenario se evidencia que la demandante es madre de 2 menores de edad y que de dicha situación era conocedora por la entidad demandada, como quiera que fue ella misma quien aportó los registros civiles en los antecedentes administrativos; así mismo, los testimonios afirman que la señora Gil Lotero no convivía con su esposo y, que para época en que fue proferido el acto demandado, no los asistía económicamente.

En tal sentido, y una vez que se ha tenido en cuenta la especial protección que le brinda la Constitución en virtud de los artículos 13 y 43 a las madres cabeza de familia, indicó que, existen suficientes elementos que llevan a inferir que la actora es madre cabeza de familia, por lo que, es dable acceder a las súplicas de la demanda.

¹³ En sustento de tal argumento citó las Sentencias SU-388 de 13 de abril de 2005, T-800 de 1998, SU-250 de 1998, T-773 de 2005, T-837 de 2009 y T-162 de 2010 de la Corte Constitucional.

III. LA APELACIÓN

La entidad demandada, por intermedio de su apoderada, interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos¹⁴:

El inciso 2º del artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 estableció que en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prorrogación, el nominador por resolución podría darlos por terminados. En el mismo sentido el artículo 315 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 91 de la Ley 136 de 1994 les otorgó la competencia a los Alcaldes para nombrar y remover funcionarios de sus dependencias.

Aseveró que, para avalar la protección especial de madre de cabeza de familia, el A - *quo* relacionó una serie de fallos de la Corte Constitucional que fueron proferidos con posterioridad a la expedición del acto acusado, lo que lleva a concluir que, para aquel momento no era un elemento que tuviera que analizarse para efectos de proferir un acto administrativo de insubsistencia, máxime cuando éstos eran potestad del nominador y no había necesidad de motivarlos.

Destacó para finalizar, que en enero de 2008 la señora Gil Botero fue nuevamente vinculada a la planta de personal del municipio demandado, en calidad de provisional, para ocupar un cargo administrativo y con una asignación mayor a la que tenía a momento en que fue retirada del cargo que ocupaba.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

¹⁴ Folios 216 y 217.

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, rindió Concepto mediante escrito en el que solicitó que se confirme la Sentencia impugnada. Lo anterior con fundamento en lo siguiente¹⁵:

Luego de hacer un recuento normativo¹⁶ y jurisprudencial¹⁷ indicó que si bien es cierto la insubsistencia se produjo en el año 2004, esto es, antes de proferirse la Sentencia de Unificación 388 de 2005¹⁸, esta circunstancia temporal no debe atenderse para dilucidar la presente controversia, puesto que el artículo 2 de la Ley 82 de 1993¹⁹ ya preveía los criterios a tener en cuenta para elaborar el particular concepto de madre cabeza de familia, es decir que, en nada se alteró el hecho cierto que la disposición legal seguía vigente y servía para resolver la litis.

Así las cosas, el *A – quo* lo que buscó fue utilizar un mecanismo legal y dar cumplimiento estricto al artículo 230 de la Constitución Política²⁰.

¹⁵ Folios 238 a 248 Vto.

¹⁶ Artículos 4, 5, 43, 44, 53, 228, 230 y 380 de la Constitución Política.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia de 21 de enero de 1993, M. P. Angarita Barón “Acción de inconstitucionalidad contra Decreto Extraordinario 2406 de 1991, por la cual se suprime la Oficina de Cambios del Banco de la República”.

¹⁸ Sentencia que sirvió de sustento para proferir la Providencia del *A – quo*.

¹⁹ “(...) **ARTICULO 2o.** Modificado por el art. 1, Ley 1232 de 2008. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por “Mujer Cabeza de Familia”, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. (...)”.

²⁰ “(...) **ARTICULO 230.** Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (...)”.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico por resolver consiste en establecer, por un lado, si la señora Luz Amaris Gil Botero se encontraba cobijada por algún fuero de inamovilidad que impidiera el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración; y por otro, si la Resolución No. 0462 de 30 de agosto de 2004, expedida por el Alcalde del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la citada señora, del cargo de Secretaria, Nivel Administrativo, Código 540, se encuentra ajustada a derecho.

Lo que se encuentra probado:

A través de la Resolución No. 1691 de 14 de mayo de 2003, el Alcalde de Ciudad Bolívar, Antioquia, nombró en provisionalidad a la demandante en el cargo de Secretaria (folio 51). De dicho empleo tomó posesión el 16 de mayo de 2003 (folio 53).

Por medio de la Resolución No. 0462 de 30 de agosto de 2004, el Alcalde del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Luz Amaris Gil Lotero del cargo de Secretaria, Nivel Administrativo, Código

540, con fundamento en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado²¹, en los que se ha indicado que el hecho de desempeñar un cargo de carrera, con carácter provisional, no otorga al titular ningún fuero de relativa estabilidad (folios 3 y 4).

El 6 de septiembre de 2004 la demandante, al interponer recurso de reposición en contra del anterior acto, estableció lo siguiente:

“(...) Entiendo la forma en la que hizo las cosas, no quiero recriminarle, pues usted es la autoridad y así siempre lo e (sic) visto, quiero de corazón agradecerle el tiempo que laboré con usted el cual para mí fue de vital importancia, me voy con la satisfacción del deber cumplido hice todo lo mejor que pude, aunque es de humanos equivocarnos.

Deseo pedirle el último favor, en la medida que le sea posible tenerme en cuenta para un contrato pequeño o por que (sic) no darne una nueva oportunidad, como es de su conocimiento la situación de empleo en nuestro Municipio es difícil, y de ser necesario puede ser fuera (...)”

Mediante Resolución No. 0498 de 15 de septiembre de 2004, el Alcalde del Municipio demandado, resolvió rechazar el recurso de reposición interpuesto por la señora Gil Lotero, ya que en el escrito que presentó no expuso los motivos de inconformidad en el que sustenta el mismo (folio 6).

A folios 7 a 11 se evidencia el Acta de Grado de Bachiller Académico de la demandante, las Certificaciones en donde se evidencia que había realizado un curso de computadores y una capacitación para la administración y actualización del nuevo SISBEN²².

²¹ En el acto no aparece relacionado el número de radicado de las providencias.

²² Sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales.

De acuerdo con el Acta de Posesión No. 0067 se evidencia que, el 17 de septiembre de 2004, el señor Balbino de Jesús Chaverra Arboleda se posesionó en el cargo de Secretario (folio 11).

E 10 de junio de 2006 el Secretario General y de Gobierno del Municipio Ciudad Bolívar, certificó que la actora había laborado para dicho ente desde el 16 de mayo de 2003 al 16 de septiembre de 2004, como Secretaria en provisionalidad (folio 65).

Por medio de la Resolución No. 0525 de 1º de octubre de 2004, el Alcalde del municipio demandado reconoció a la señora Gil Lotero la suma de \$1.743.704 por concepto de prestaciones sociales (folio 71).

Del Formato Único de Hoja de Vida, visible a folios 115 a 117, se evidencia que la demandante cuenta con 2 hijos.

Análisis del Asunto.

1. Marco Jurídico

En el ordenamiento jurídico Colombiano existen previsiones que claramente señalan que el retiro del servicio de un empleado provisional puede operar en cualquier momento, aún antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga, sin necesidad de motivar el acto.

Así, encontramos que el artículo 107 del Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973²³ señalaba:

*“(...) **Artículo 107.-** En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados (...)”.*

El artículo 125 de la Constitución de 1991 estipuló que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Respecto a la procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales, así como al término de duración de los mismos, la citada ley consagró lo siguiente:

*“(...) **Artículo 8º.- Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales.** En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.*

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

²³ “Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

Parágrafo. *Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.* (Subraya la Sala).

(...)

Artículo 10º.- Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. *El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses, cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil²⁴ (...)“.*

A su turno, el artículo 4º y 7º del Decreto 1572 de 5 de agosto de 1998²⁵ preceptuaron:

*“(...) **Artículo 4º.-** Modificado por el artículo 2 del Decreto Nacional 2504 de 1998. Entiéndase por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria un empleo de carrera, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata.*

También tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción y que en virtud de la ley o de una decisión de la Corte Constitucional se convierta en cargo de carrera. Tal carácter se adquiere a partir de la fecha en que se opere el cambio de naturaleza del cargo y éste deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el artículo 2 de este Decreto. En caso de que deba realizarse el concurso, éste deberá convocarse de

²⁴ El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-368 de 1999.

²⁵ “Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto-ley 1567 de 1998”.

*manera inmediata y proveerse con la persona que ocupe el primer puesto en la respectiva lista de elegibles.
(...)*

Artículo 7º.- *El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.*

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplir el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados. (Se subraya).

De acuerdo a lo anterior, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas de la desvinculación.

Situación distinta se presenta a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, acorde con la cual la motivación del acto que disponga el retiro del servicio de un funcionario nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera es requisito de su esencia, de tal manera que la falta de tal exigencia constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

2. Marco jurisprudencial

Debe aclararse que frente al tema de los empleados provisionales la posición de la Sección Segunda no siempre ha sido uniforme, pues mientras la Subsección “A” sostenía que el acto por medio del cual se retira del servicio a un funcionario

nombrado en provisionalidad debe motivarse, así sea sumariamente, la Subsección “B” afirmaba que tal decisión no requería motivación.

Ante esta panorámica, en la Sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso No. 1834-01, con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, la Sección Segunda **unificó** su criterio, en el sentido de señalar que a los funcionarios provisionales los **rodea un doble fuero de “inestabilidad”**, por las siguientes razones: (i) De una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y (ii) de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.

En pronunciamientos posteriores²⁶ la Sección Segunda ha afirmado que el nombramiento en provisionalidad no genera fuero de estabilidad alguno, pudiendo el nominador, con fundamento en la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 del mismo año, dar por terminada la relación laboral mediante acto que no requiere ser motivado, incluso antes del vencimiento del periodo de la misma, sin que tal decisión conlleve menoscabo al derecho al debido proceso, pues se aplican las mismas reglas que en materia de función pública se predicen en relación con los empleados de libre nombramiento y remoción.

²⁶ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias proferidas en las siguientes fechas: (i) 12 de marzo de 2009, expediente No. 1012-05, C.P. Luís Rafael Vergara Quintero; (ii) 1° de marzo de 2012, expediente No. 0542-11, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; y (iii) 19 de abril de 2012, expediente No. 2462-11, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En esta oportunidad la Sala reitera los argumentos que soportan dicha tesis²⁷, los que en síntesis se contraen a lo siguiente:

- No es posible equiparar la situación del empleado nombrado provisionalmente para desempeñar de manera transitoria un cargo de carrera administrativa, con la de aquel que se sometió a las etapas que conforman el proceso selectivo, demostrando su idoneidad personal e intelectual para el ejercicio de la función. En el primer caso, al no haber superado un concurso de méritos, no es posible predicar de quien se encuentre nombrado en provisionalidad la estabilidad propia que ofrece el sistema de la carrera administrativa.
- La situación del nombrado 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.

Así, esa misma discrecionalidad es la pauta para proceder al retiro del servicio, por lo tanto, no resulta válido aceptar que, por el hecho de tratarse de un cargo clasificado como de carrera administrativa, el nominador se encuentre en imposibilidad de prescindir, por razones del servicio público, de un empleado nombrado en condición de provisionalidad. Vale decir, como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

²⁷ La cual resulta aplicable al caso concreto, considerando que el acto de insubsistencia acusado fue expedido en vigencia de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios.

En tales condiciones, *“Mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios (Artículos 13 y 30 de la Ley 443 de 1998 y 120 del Decreto 1572 de 1998).”*²⁸.

3. Concepto de madre cabeza de familia.

El concepto de madre cabeza de familia fue definido por la Ley 82 de 1993, artículo 2, en los siguientes términos:

“Para los efectos de la presente ley, entiéndase por “Mujer Cabeza de Familia”, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física y mental, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

Tal condición se encuentra protegida constitucionalmente en el artículo 43 de la Carta que impone al Estado el deber de apoyar de *“manera especial a la mujer cabeza de familia.”*

²⁸ Sentencia de 8 de noviembre de 2007, expediente No. 5737-2005, actor: Gloria Amparo Alzate Agudelo, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

La Ley 790 de 2003, artículo 12, consagró una protección especial en favor de las madres cabeza de familia al disponer:

“PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retiradas del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”

Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 190 de 2003, por el cual se definió la expresión “*madre cabeza de familia sin alternativa económica*”, en los siguientes términos:

“Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada.”

Para la Sala resulta claro que la condición especial de las madres cabeza de familia debe ser tomada en cuenta en los procesos de reestructuración de las entidades del Estado. Empero, en principio, las empleadas que quieran hacer valer tal protección deben poner en conocimiento de la administración su condición para que sea viable la aplicación de la norma que consagró esta protección especial en favor de los menores de edad.

En efecto, la condición de madre cabeza de familia no se deduce exclusivamente de tener a cargo la dirección del hogar. La Corte Constitucional, en la sentencia SU 388 de 13 de abril de 2005 estableció los

presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada madre cabeza de familia:

“La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.”.

De la jurisprudencia transcrita se colige que la condición de madre cabeza de familia debe probarse y que la protección del retén social debe alegarse para que el empleador constate si se dan los presupuestos normativos y jurisprudenciales para que proceda el reconocimiento de esa condición.

4. Caso en concreto

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que la señora Luz Amaris Gil Lotero ostentaba la condición de madre cabeza de familia; para el efecto tuvo en cuenta, no solo los registros civiles de nacimiento de los menores Juliana y Omar Alejandro, sino también, los testimonios en donde se establece que para la época de los hechos en que se produjo la insubsistencia, era la encargada de velar por éstos.

No obstante, tal argumento no es de recibo para la Sala, por las razones que se exponen a continuación.

La demandante no alegó su presunto fuero de inamovilidad en sede administrativa ni mucho menos en la judicial, pues, por un lado, cuando la administración le concedió el recurso de reposición, cuando no había lugar a ello²⁹, la actora se limitó a agradecer al Alcalde el tiempo que le había permitido laborar y a solicitarle una nueva oportunidad de trabajo; y por otro, en el concepto de violación no hay siquiera un argumento en el que se cuestione y/o acredite su situación de madre cabeza de familia, por lo tanto, no es cierto la afirmación que realiza el A – *quo* cuando indicó que “(...) *la actora señala que se cierne sobre ella una protección reforzada en relación a que es madre cabeza de familia (...)*”.

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que uno de los cargos alegados para cuestionar el acto demandado, era el desconocimiento de la condición de madre cabeza de familia por parte del Alcalde de Municipio de Ciudad Bolívar, debe tenerse en cuenta que esta protección especial consistente en una estabilidad laboral reforzada, regulada a través de la ley 790 de 2002, fue dispuesta para ser aplicada en los procesos de reestructuración de las entidades del Estado; además tal y como se dispuso anteriormente, dicha circunstancia no solo debe probarse sino también alegarse, de manera que el empleador constate si se dan los presupuestos

²⁹ La procedencia de los recursos de ley frente a los actos administrativos de insubsistencia dictados en ejercicio de la potestad discrecional, que ni se publican ni se notifican, sino que simplemente se ejecutan, el Código administrativo proscribía los recursos en forma implícita al precisar que los procedimientos administrativos regulados en la primera parte del mismo “(...) *tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción (...)* ”; por consiguiente, es razonable entender que contra los mismos no proceden los recursos de Ley. (Lo subrayado, tomado del artículo 1 del Decreto 01 de 1984).

normativos y jurisprudenciales³⁰ para que proceda el reconocimiento de esa condición, escenario que en el *sub – judice* tampoco se presentó.

En ese orden de ideas, como la señora Gil Lotero no se encontraba beneficiada por algún fuero de inamovilidad que impidiera el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la administración, pasa la Sala a examinar los cargos propuestos por la mencionada señora en aras a determinar si los actos acusados se encuentran ajustados a derecho.

Al respecto, la actora fundamentó su reproche, en que debía seguir en el cargo de Secretaria, Nivel Administrativo, Código 540, hasta tanto existiera justa causa que obligara su retiro; empero, la Sala debe destacar que como los empleados provisionales no ingresaron al servicio en virtud del mérito, sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 4, de la Constitución Política³¹, toda vez que ellas se reservan a los empleados cuyo nombramiento se produjo porque tenían derechos de carrera. Conferirles a aquellos el derecho a que su acto de desvinculación se motive los equipara, sin justificación alguna, a quienes

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-570/06, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

(...) (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. Estas sub reglas, en virtud de todo lo expuesto, son igualmente extensivas a la situación de los padres cabeza de familia que hayan sido desvinculados de sus cargos desconociendo que son beneficiarios del retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en este fallo (...).

³¹ *“(...) El retiro se hará: 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. (...)*”.

concuraron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de determinada entidad³².

Adicionalmente, la provisión de cargos en provisionalidad mientras se hace la designación por concurso de méritos, no envuelve en sí misma el derecho a que la persona designada permanezca en el cargo hasta tanto se produzca el nombramiento como consecuencia del concurso. Lo anterior, porque no es ni ha sido voluntad del legislador condicionar el retiro del servicio a la celebración del concurso de méritos. Lo contrario, sería propiciar un fuero de estabilidad que va en contravía del mérito, pilar fundamental de la carrera administrativa, además se conferiría una estabilidad anormal que no propendería en muchos casos al mejoramiento del servicio.

Tanto el acto por cual se retira del servicio por insubsistencia a un empleado de libre nombramiento y remoción, como al que desempeña un cargo en provisionalidad, son de la misma naturaleza, es decir, se presume que son expedidos en aras del buen servicio público. Esta presunción legal puede ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando que no fueron razones del servicio o motivos de interés general los que indujeron al nominador a dar por terminada la designación en provisionalidad.

Así mismo, se ha advertido que aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo (4 meses) e igualmente esta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo tal situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

³² Sentencia de 17 de abril de 2008, expediente No. 3197-2005, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

La permanencia en el cargo del empleado provisional por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni el nominador adquiere la obligación de motivar el acto, pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad.

De otro lado, la actora consideró que su desvinculación se debió a “(...) *la programación política o burocrática* (...)”, es decir, que se incurrió en desviación de poder cuando el burgomaestre vinculó al señor Balbino de Jesús Chaverra Arboleda, quien le había colaborado en la campaña política.

En este punto se torna necesario destacar, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbre violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente³³.

³³ GÓMEZ, Gustavo. Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá D.C.: ABC Editores Librería Limitada, 2004, p.415 - 420.

La búsqueda de esa intención torcida y alejada de la legalidad, impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente volitiva de las personas que representan a la administración, situación que implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación. Debe entonces aparecer acreditado fehacientemente, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.

Pues bien, sin perder de vista lo anterior, pasa la Sala a examinar los testimonios rendidos en el transcurso del proceso, en aras a determinar si en efecto el Alcalde del Municipio de Ciudad Bolívar tuvo la intención torcida de nombrar a aquellos que le colaboraron en su campaña política, no sin antes señalar, que el hecho de que tan sólo se citen apartes de las manifestaciones, no significa que no se realice un estudio concienzudo e integral de las mismas.

- Isabel Cristina Cortes Bolívar - (folios 83 a 84):

“(...) Seguidamente se entera a la declarante el motivo de su declaración y se le insta para que haga un relato de lo que sepa y le conste con relación a los hechos. CONTESTÓ: (...) El despido de Luz Amaris fue por cuestiones políticas y el mío también, nosotros hacíamos parte un (sic) grupo denominado Colombia Democrática, grupo que apoyó a otro candidato distinto al que lideraba el alcalde actual, personalmente el alcalde nos lo hizo saber, siempre nos dijo que nosotros no éramos de su confianza y también tuvimos conocimientos que fue muy manipulado por Carlos Fernando Márquez que en ese tiempo era concejal y diario (sic) presionaba para que se sacaran las personas que no colaboraron con el (...)”

- Carlos Mario Sánchez Vélez (folios 84 y 85).

“(...) A continuación se entera al declarante el motivo de su declaración y se le insta para que haga un relato de lo que sepa y le conste con relación a los hechos. (...) fue una declaratoria de insubsistencia, la motivación no la conozco, lo que aducen los allegados y los comentarios populares que fue por el acomodamiento de personal de la campaña que llevó a la alcaldía al alcalde actual, yo sé que la filiación política de Luz Amaris era tendencia liberal, distinta a la del alcalde actual, que salió electo por Colombia Democrática, dependencia conservadora, yo personalmente considero que fue por cuestiones políticas por la necesidad que se le presenta al alcalde entrante de poner a trabajar los activistas políticos de su campaña (...). Tuve conocimiento que una vez salió la señora Gil Botero (sic), la reemplazó el señor Balbino Chaverra, no conozco de la idoneidad del señor Chaverra, tampoco sé cuál sería el estilo de contratación, si fue vinculado por contrato, lo que si conozco es que entró a desempeñar las mismas funciones que ella venía haciendo en las dependencias de indeportes (...). No creo que con la salida de Amaris se haya afectado la prestación del servicio porque las funciones que desempeñaba no ameritaban mucho esfuerzo o conocimiento especializado, eran labores de digitación, archivo de correspondencia, labores de un auxiliar de secretaría (...).”

- John Mario Herrera Olaya (folios 85 y 86).

““(...) Seguidamente se interroga al declarante sobre el conocimiento que tiene de las partes y manifestó (...) por lo que escuche en el concejo municipal, las personas que salieron del municipio se debió a la restructuración administrativa con la cual se pretendía bajar la carga laboral dando cumplimiento al alivio de restructuración administrativa (...).”

- John Jaime Serna Medina (folios 86 y 87).

“Seguidamente se entera al declarante del motivo de su declaración y se le insta para que haga un relato de lo que sepa y le conste con relación a los hechos. CONTESTÒ: Luz Amaris era funcionaria pública en provisionalidad, tengo entendido que era supernumeraria, secretaria, le tocaba en todas las dependencias, a ella la mandaban para varias dependencias, estuvo en el Sisben (...). El despido de Luz Amaris fue cuando el alcalde empezó a sacar el personal, salimos varios en esa oportunidad, yo salí primero y ella salió posteriormente, eso se supo que fue por cuestión política (...).”

- Mónica Isabel Puerta Carrasquilla (folios 90 y 91).

“(...) PREGUNTADA: conoció Usted de labios del señor alcalde que el retiro del servicio de la señora Luz Amaris Gil Lotero obedecieron a razones de índole político CONSTETÓ: No, por supuesto que no (...)”.

- Alonso Herrera Caro (folios 91 Vto. 92).

“(...) No conozco el motivo por el cual salió Luz Amaris de la administración, no conozco nada. En el puesto que desempeñaba Luz Amaris se nombró a Balbino Chaverra y con su nombramiento se mejoró el servicio porque primero, el maneja muy bien lo que es la informática, conoce sobre la realización de eventos y entonces muchas de esas funciones se le pueden delegar a él (...)”.

- Antonio de Jesús Castaño (folios 92 Vto. y 93).

“(...) No tengo conocimiento de la causa por la cual salió Luz Amaris del municipio, no escuche ningún tipo de comentario referente a la salida de ella. Apenas se retiró Liz Amaris, el puesto fue ocupado por otra persona, no tengo conocimiento que se haya llamado a concurso para ocupar el puesto (...)”.

Al ver las anteriores declaraciones, se puede concluir que ninguno de ellos conoció las razones que tuvo la administración para desvincular a la señora gil Lotero, pues si bien algunos indicaron que las razones que tuvo la administración para retirarla obedecieron a fines políticos, tal es el caso de los señores Isabel Cristina Cortes Bolívar y John Jaime Serna Medina, lo cierto es que no hay prueba alguna que demuestre que la actora hiciera parte activa de uno o de otro movimiento y que esa fuera la causa de su despido.

En efecto, no se solo se requería de la afirmación de los declarantes, sino también, de elementos adicionales que permitan concretar las circunstancias en las que la

afinidad partidista de la demandante pudo influir en la decisión que tomó la administración de despojarla del cargo que venía ocupando, puesto que en los procesos en los que se alega la desviación de poder resulta insuficiente la mera declaración sobre la existencia de una filiación política como razón del comportamiento ilegal de la administración, razón por la que deben existir otros elementos de prueba que permitan concluir, como en este caso, que la que el Alcalde del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, tuvo la intención injusta de retirar a aquellos funcionarios que supuestamente no hicieron parte del partido o movimiento político que la respaldaba.

Entre tanto, tampoco se probó que con el cambio de personal se hubiese desmejorado el servicio, o en su defecto, que no se cumplieran con los requisitos mínimos para desempeñar el cargo, pues no se aportó al plenario el Manual de Funciones y Requisitos Mínimos del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia, ni la hoja de vida de quien reemplazó al demandante, con el fin de comprobar si contaba con las condiciones necesarias para ocupar el empleo.

Lo anterior, porque lo que en realidad hubiese demostrado un uso desviado, es que el Alcalde hubiese nombrado a personas con inferiores calidades que las retiradas, o que en su defecto, con el nombramiento de estas personas se haya menoscabado el servicio público

Teniendo en cuenta los anteriores razonamientos, la Sala revocará la Sentencia del A – *quo* que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

REVÓCASE la Sentencia de de 22 de agosto de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Luz Amaris Gil Botero en contra del Municipio de Ciudad Bolívar, Antioquia. En su lugar,

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ