



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2015-00036-01
DEMANDANTE: MILENA TÁMARA RAMOS
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE SUCRE - INSTITUTO
DEPARTAMENTAL DE DEPORTES Y
RECREACIÓN DE SUCRE (INDERSUCRE)
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación, interpuesto por la demandante **MILENA TAMARA RAMOS**, contra la sentencia del 15 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **MILENA TÁMARA RAMOS**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra el **DEPARTAMENTO DE SUCRE - INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SUCRE (INDERSUCRE)**, con el fin que se declare la nulidad de la Resolución N° 057 de agosto 5 del 2014, mediante la cual, se decretó la insubsistencia de la accionante al cargo de Secretaria Ejecutiva, código 525, grado 19, adscrita a la dirección de INDERSUCRE.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita la accionante se le reintegre a un cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración, al que desempeñaba en el momento en que fue retirada del servicio; al igual que se le cancelen todos los sueldos, primas, vacaciones, auxilios de cesantías e intereses que se causen, entre la fecha que fue retirada del servicio, hasta que efectivamente sea reintegrada, debidamente indexados.

Así mismo, solicita se le cancele la liquidación definitiva de las prestaciones sociales y cesantías; y se disponga que no existió solución de continuidad en todo el tiempo que dure separada del servicio.

También pide, que se le reembolsen los aportes que debieron hacerse a la seguridad social, por todo el tiempo de servicio o en su lugar, se envíen a un fondo de pensiones y EPS, respectivamente, donde ella disponga.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifestó la accionante, que laboró en el Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 525, Grado 19, adscrita a la dirección de INDERSUCRE, designación que fue realizada mediante Resolución N° 023 de abril 26 de 2012, tomando posesión en la misma fecha.

Señaló, que desempeñó sus funciones en forma continua e ininterrumpida hasta el día 25 de agosto del 2014, fecha en la cual, se le declaró insubsistente mediante Resolución N° 057 de agosto 5 del 2014. El último salario mensual devengado, fue la suma de un millón cincuenta y nueve mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$1.059.863.00), como sueldo básico.

Refirió la actora, que se desempeñó como Secretaria Ejecutiva de INDERSUCRE, con idoneidad, eficiencia, honestidad, de acuerdo a las exigencias y deberes requeridos para dicho cargo, de ahí que no reposa

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

ningún llamado de atención en su contra, como tampoco, antecedentes disciplinarios en su hoja de vida; por el contrario, dice, lo que recibió fue colaboración para sus estudios de derecho como pago de matrícula, asignaciones de otras funciones y comisiones para capacitación.

Indicó, que la insubsistencia decretada, no tenía motivación fáctica, ni de derecho y no obedeció a directrices encaminadas al mejoramiento del servicio, sino a criterios subjetivos, ocultos y caprichosos de la administración, porque en su hoja de vida laboral no reposaba antecedente disciplinario, ni llamados de atención. Además, la persona que la reemplazó, Elvia María Romero Urzola, no tenía la experiencia y capacitación para el cargo que fue designada, ya que solo contaba con ocho meses de experiencia no relacionada con las funciones del cargo; a su vez, que la demandante tenía estudios profesionales de Secretariado Auxiliar Contable del SENA y cursaba estudios de Derecho.

Anotó la accionante, que el Director de INDERSUCRE, tampoco dejó constancia en su hoja de vida sobre los hechos que le sirvieron de causa para la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, como lo exigía el artículo 26 del Decreto 2004 de 1968 y ello obedecía, a la sencilla razón de que los mismos no existían.

Adujo, que su retiro del servicio se produjo mediante la Resolución 057 del 5 de agosto de 2014, la cual solo fue notificada el día 12 del mismo mes y año y la entrega del cargo se produjo el 27 de agosto del 2014.

Señaló, que el día 6 de marzo se llevó acabo la audiencia de conciliación ante la Procuraduría 103 Judicial I de esta ciudad, pero no hubo ánimo conciliatorio.

Como **soportes jurídicos** de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional, como lo son los artículos 2, 6, 25, 29 y 53.

En su **concepto de violación**³, sostuvo que los actos acusados, desconocían las normas constitucionales invocadas, como quiera que no se le notificó el inicio de un trámite administrativo, vulnerándosele el derecho de defensa, ya que no tuvo la oportunidad de defenderse de infundadas señalizaciones.

Señaló la demandante, que prueba de las anteriores afirmaciones lo era que en su hoja de vida, no reposaba ningún llamado de atención como tampoco sanción disciplinaria, demostrando así que estaba cumpliendo eficazmente con lo encomendado en el cargo que ostentaba.

Que por lo anterior, el acto demandado fue expedido con una falsa motivación, irregularmente y con violación del debido proceso, ya que se debió verificar el supuesto abandono o falta de capacidad laboral.

Por otra parte, adujo que el acto por medio el cual se le declaró insubsistente no era discrecional, porque el artículo 29 de la Constitución y las normas del C.C.A., vigente para la época, señalaban el procedimiento previo exigido para comprobar los hechos, antes de imponer una cesación laboral definitiva y como ello no se realizó, se quebrantó el debido proceso de rango constitucional.

1.3. Contestación de la demanda⁴:

El Departamento de Sucre⁵, se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de sustento legal y de hecho que las amparen. Frente a los hechos, señaló, que algunos eran ciertos, otros no lo eran o debían probarse.

En su defensa, adujo que el cargo que ejercía la actora era de libre nombramiento y remoción, adscrito al Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, por lo tanto, era potestad del nominador prescindir

³ Folio 3 - 4 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios Folio 91 - 162 y 191 -195 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios Folio 91 - 162 y 191 -195 del cuaderno de primera instancia.

de los servicios del empleado en estos cargos.

Señaló, que el derecho que reclamaba la demandante era inexistente, pues, no se nombró en propiedad, sino en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuya insubsistencia no exigía que fuera motivada; por lo que deducía que el derecho material nunca existió o si existió, lo fue de una manera diferente a lo expresado en el acto administrativo, con funciones claras y específicas en el manual de funciones.

Expuso, que en el presente asunto, no existió desviación de poder o que el funcionario que remplazó tenía menores condiciones profesionales.

Advirtió, que no se aportó prueba de buen servicio o calificación laboral y la simple acreditación de diplomas o estudios, no confirmaban el buen funcionamiento laboral. Tampoco existía prueba en el expediente que demostrara, que el demandante hubiese concursado para acceder al escalafón de carrera administrativa en el cargo que ocupaba.

Propuso la excepción denominada, inexistencia del derecho reclamado.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que como el cargo que ocupaba la demandante era de aquellos considerados como de libre nombramiento y remoción, su designación, como su desvinculación, se realizaba en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, por lo que, en principio, el acto de insubsistencia gozaba de presunción de legalidad, que era susceptible de ser desvirtuada; no obstante, la parte demandante no logró acreditar los motivos presuntamente ocultos que generaron la declaratoria de insubsistencia atacada, es más, ni siquiera se enunciaron cuáles eran, no se dijo y mucho menos se probó, que las causas que

⁶ Folios 340 - 349, del cuaderno No. 2 de primera instancia.

originaron la Resolución 057 del 05 de agosto de 2014, fueran de tipo político, religioso, racial o personal, etc.

Frente a la apreciación de que la expedición del acto administrativo no obedeció al mejoramiento del servicio, precisó el A-quo, que si bien se anexó copia de la hoja de vida de la señora Milena Támara Ramos, no se aportaron las respectivas calificaciones obtenidas por la actora en el desempeño de sus funciones, lo que impedía hacer un análisis al respecto.

Así mismo, anotó, que no existía prueba alguna dentro del expediente del tipo de vinculación de la señora Elvia Romero Urzola, como Secretaria Ejecutiva del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre.

Así las cosas, consideró que en el presente asunto, no se encontraban los elementos probatorios o de juicio que confirmaran las aseveraciones expuestas por la accionante, en cuanto al móvil oculto y determinante con el cual, procedió la entidad accionada para declararla insubsistente.

1.5.- El recurso⁷.

Inconforme con la decisión de primer grado, la demandante la apeló, con el fin de que fuera revocada en esta instancia, argumentado que el A-quo desestimó las pruebas allegadas, ya que en el expediente se aportó la hoja de vida con sus anexos, se especificó que tuvo buen desempeño, nunca recibió llamado de atención, investigación o sanción disciplinaria, garantizando así el buen servicio. Tampoco, dijo, se hizo un análisis en lo atinente a la mejora del servicio, frente a la hoja de vida, competencias, habilidades y destrezas tanto de ella, como de la persona que la reemplazó, para así llegar al convencimiento que no hubo mejora en la prestación del servicio público, teniendo en cuenta el perfil, la experiencia en el cargo y en las funciones desempeñadas.

⁷ Folios 353 - 355 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

Indicó, que si bien la Juez consideró importante la prueba de las calificaciones del desempeño de sus funciones, bien pudo decretarla de oficio, pero no lo hizo, sino que decretó requerir al INDER y al Departamento de Sucre, para que remitieran copia del manual de funciones en donde constaran los empleados adscritos para el año 2005. De acuerdo a la carga dinámica de la prueba, le era más fácil a la entidad aportarla, en procura de no dejar vacíos y decidir el asunto.

Sostuvo, que el nominador desvió el poder legal del cual estaba revestido, al expedir un acto administrativo con fines distintos al mejoramiento de la prestación del servicio, ya que con la acreditación de los estudios y la experiencia profesional, se probaba que ella era una empleada altamente calificada y con la preparación para el buen desempeño del cargo; caso contrario ocurrió con el nombramiento de la señora Elvia María Romero, quien no tenía la experiencia, ni la capacitación, ni cumplía con la experiencia de un año, para el buen desempeño del cargo al que fue designada, tal como lo disponía el Acuerdo 001 del 2000.

Anotó, que si bien el acto acusado fue expedido en aplicación de la facultad discrecional de que gozaba el nominador para el cargo que ocupaba, también era cierto que este poder discrecional no era absoluto, es decir, no se confería para su ejercicio arbitrario, sino para un mejoramiento del servicio, el cual en este caso no aconteció.

Sostuvo la demandante, que quedó demostrado que estuvo vinculada al INDER desde el 26 de abril de 2012, hasta el 5 de agosto de 2014, lo cual implicaba que tenía una vasta experiencia en las funciones que desempeñaba en la entidad demandada y estaba dotada de competencias y destrezas laborales para continuar en la función pública.

Por lo anterior, solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda, valorándose las hojas de vidas tanto de ella, como de la persona que la reemplazó, las exigencias, experiencia profesional, comportamiento laboral, logros y capacitación.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 16 de enero de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandante⁸.

- En proveído de 21 de febrero de 2018, se dispuso correr traslado a la partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁹.

- La parte demandante¹⁰, reitera lo expuesto en el recurso de apelación e insiste, en que la presunción de legalidad que cobija el acto acusado, se encuentra desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente y que acreditan de manera fehaciente, que el poder discrecional que invoca el Director del INDERSUCRE, no se subordinó al mejoramiento del servicio, sino a situaciones contrarias y atendiendo a intereses individuales, es decir, tuvo móviles diferentes a los que la ley prevé para ello, por lo tanto, deben prosperar las súplicas de la demanda, toda vez, que el acto acusado debe ser retirado del ordenamiento jurídico, en la medida que no persigue una finalidad jurídicamente plausible, como es el buen servicio.

- El Departamento de Sucre¹¹, además de reiterar lo señalado en la contestación de la demanda, sostiene que la demandante solo se limita a censurar el acto demandado por ser violatorio de normas constitucionales y legales, sin probar en que radica la falta de motivación del acto administrativo censurado; tan solo se refiere de manera escueta, a que se incurrió en una falta de motivación, sin explicar las razones y sin demostrar la violación a sus derechos o a la ley.

Arguye, que el acto demandado fue expedido en debida forma y con apego a la ley, pues, el Director de INDERSUCRE, está facultado legal y

⁸ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 26 - 29, cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 12 - 16, cuaderno de segunda instancia.

jurídicamente para desvincular a los funcionarios que sean de libre nombramiento y remoción. En ese orden, el acto administrativo por el cual se desvincula del servicio a una persona que detenta un cargo de estos, no es requisito motivarlo, en tanto que la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973, artículo 107), responde a *"la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover librement e sus empleados"*.

- El Agente del Ministerio Público, no conceptuó de fondo en esta instancia procesal.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en la presente acción, se encuentra en determinar: ¿La decisión de desvincular a la señora **MILENA TÁMARA RAMOS**, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, código 525, grado 19, mediante declaratoria de insubsistencia contenida en la Resolución N° 057 de agosto 5 del 2014, se encuentra ajustada a los parámetros legales y constitucionales?

2.3. Análisis de la Sala.

El artículo 125 de la Constitución, establece como regla general que los cargos, en las entidades y organismos del Estado, sean de carrera administrativa, es decir, que su designación y provisión, está determinada

por concurso de méritos, el cual, debe realizarse conforme a las formalidades exigidas en la ley; es decir, este artículo, restringe a la Administración Pública, en materia de provisión de cargos, a las normas que regulan la carrera administrativa, exceptuándose, los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás determinados en la ley. En otras palabras, la regla general, es que los empleos en el sector público, son de carrera administrativa, salvo los que se exceptúan por la Constitución y por la ley.

Por lo anterior, la Ley 909 de 2004¹², establece en su artículo 5º, que los empleos públicos de los organismos y entidades que ella regula, dentro de las que se encuentran las entidades territoriales (art. 3º, literal c), son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de período fijo, los de trabajadores oficiales, aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas, conforme con su legislación y los de libre nombramiento y remoción, que para serlo, deben ajustarse a los criterios señalados en el artículo 5, numeral 2 de la Ley 909 de 2004.

De conformidad con los criterios señalados en literal b, del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, un empleo es de libre nombramiento y remoción, cuando su ejercicio implica especial confianza, tiene asignadas funciones asistenciales o de apoyo, está al servicio directo e inmediato del funcionario y se encuentra adscrito a su despacho.

En cuanto al retiro del servicio, de los empleos de libre nombramiento y remoción, el artículo 41, literal a) de la Ley 909 de 2004, consagra como causal de retiro del servicio, de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, competencia, que según el inciso segundo del párrafo 2º, es discrecional y se debe hacer mediante acto no motivado.

Por tanto, a quien desempeñe un empleo de libre nombramiento y

¹² "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

remoción, se le puede declarar insubsistente su nombramiento, de forma discrecional, sin que se requiera motivar el acto administrativo que así lo disponga, lo que no quiere decir, que la insubsistencia, no deba estar conforme a derecho, so pena de que pueda declararse su nulidad, por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, exceptuando, la de falta de motivación del acto, como quiera que por disposición legal, la autoridad competente no está obligada a hacerlo, pues, está sentada la tesis de la discrecionalidad y procedencia inmotivada del acto de declaratoria de insubsistencia, manejada bajo directrices de una presunción legal del buen servicio, que debe ser desvirtuada, para acceder a la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al efecto, en sentencia del 23 de febrero de 2011, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, señaló:

“La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”. El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio”¹³.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación interna 0734-10. C.P Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila. Así mismo, en sentencia del 17 de mayo de 2012, Expediente con radicación interna 0262-10. C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero se preceptuó: “De lo expuesto se observa que la demandante no fue inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, por cuanto no accedió al cargo por concurso o selección por méritos. Se trataba entonces de una empleada de libre nombramiento y remoción para todos los efectos

Por lo tanto, para resolver la litis del presente plenario, es necesario, en primera medida, definir la naturaleza del cargo que desempeñaba la demandante, para así establecer, los parámetros de resolución de la controversia abordada, labor que se cumplirá en el caso concreto.

2.4.- Caso concreto

Aterrizando al sub examine, se tiene que la señora Milena Támara Ramos, pide la nulidad de la Resolución No. 057 de agosto 5 del 2014, expedida por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre; en consecuencia, solicita entre otras, que se ordene su reintegro al cargo de Secretaria Ejecutiva, código 525, grado 19, adscrita a la dirección de INDERSUCRE o a uno de igual o superior jerarquía.

Tramitada la primera instancia, el *A-quo*, negó las súplicas de la demanda, al considerar que como el cargo que ocupaba la demandante era de libre nombramiento y remoción, su designación, como su desvinculación, se realizaba en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, por lo que, en principio, el acto de insubsistencia gozaba de presunción de legalidad, que era susceptible de ser desvirtuada, no obstante, no se logró acreditar los motivos presuntamente ocultos que generaron la declaratoria de insubsistencia atacada.

A su vez, la demandante, en su apelación manifestó, que la primera instancia desestimó las pruebas allegadas, ya que en el expediente se encontraba la hoja de vida con sus anexos, se especificó que tuvo buen desempeño, nunca recibió llamado de atención, investigación o sanción disciplinaria; tampoco se analizó la mejora del servicio frente a la hoja de vida, competencias, habilidades y destrezas tanto de ella, como de la persona que la remplazó, para así llegar al convencimiento que no hubo

legales, por lo que el nominador podía válidamente retirarla del servicio, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, sin necesidad de motivar la providencia ni adelantar procedimiento previo para la expedición del acto respectivo, esto es, no se encontraba amparada por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo."

mejora en la prestación de aquel, teniendo en cuenta el perfil, la experiencia en el cargo y las funciones desempeñadas.

Ahora bien, analizado el presente asunto considera la Sala, que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, por las siguientes razones:

Del plenario se advierte que el cargo desempeñado por la señora Milena Támara Ramos (Secretaria Ejecutiva, código 525, grado 19, adscrita a la dirección de Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre - INDERSUCRE), era de libre nombramiento y remoción, pues, así dan cuenta las siguientes piezas procesales:

- Mediante Resolución No. 023 del 26 de abril de 2012¹⁴, *“Por medio de la cual se hace un nombramiento de libre nombramiento y remoción”*, se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Nombrar como funcionaria de libre nombramiento y remoción a la señora **MILENA TAMARA RAMOS...** en el cargo de Secretaria Ejecutiva Código 425 Grado 19 de la Planta Globalizada del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, con una asignación básica de Novecientos cuarenta y dos mil ochocientos veintisiete pesos (\$942.827.00),...”*

- La señora Milena Tamara Ramos tomó posesión del cargo de libre nombramiento y remoción - Secretaria Ejecutiva Código 525 Grado 19 -, el día 26 de abril de 2012, tal y como da cuenta la respectiva acta de posesión allegada al plenario¹⁵.

- En el Acuerdo 001 de 2000, *“Por el cual se establece el Manual Especifico de Funciones y Requisitos Mínimos de los diferentes empleos que conforman de la Planta de Personal del Instituto Departamental de*

¹⁴ Folios 16 – 17 del cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Folio 20 del cuaderno de primera instancia.

Deportes y Recreación de Sucre "INDERSUCRE"¹⁶, se hace la siguiente descripción del cargo de Secretaria Ejecutiva:

I. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO	
Denominación del Empleo:	Secretaria Ejecutiva
Código:	525
Grado:	19
Número de Cargos:	2
Dependencia Orgánica	Dirección
Naturaleza del Cargo:	Libre nombramiento y remoción

II. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES.

Es un cargo de nivel administrativo. Se dedica al desempeño de labores de oficina y de asistencia administrativa al Director, encaminadas a facilitar la ejecución de las actividades de su dependencia.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES.

** Tramitar la correspondencia recibida y enviada, teniendo en cuenta la aplicación sistematizada para su seguimiento y control.*

** Tomar y transcribir dictado, cartas, memorandos, oficios, informes y demás documentos del despacho.*

** Redactar la correspondencia de acuerdo con las instrucciones recibidas.*

** mantener el archivo actualizado de acuerdo con las técnicas de oficina.*

** Atender oportunamente las llamadas telefónicas solicitadas y recibidas.*

** Atender al público, funcionarios del Instituto y suministrar la información que soliciten.*

** Elaborar los pedidos de elementos devolutivos y de consumo que se requieren en la Oficina.*

** Mantener actualizado los libros radicadores de documentos que se tramitan en la Oficina asignada.*

** Atender las solicitudes de audiencia del Director del Instituto y fijar las citas de acuerdo con él.*

¹⁶ Folios 27 - 28 del cuaderno de primera instancia.

* Llevar la agenda de trabajo de su superior inmediato.

* Responder por la seguridad de documentos y registros de carácter manual, mecánico o electrónico y adoptar los mecanismos para la conservación, el buen uso y evitar pérdida de los mismos.

* Las demás que le sean asignadas y correspondan a la naturaleza de su cargo.

- Mediante Acuerdo No. 001 de 2006, "Por el cual se ajusta el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre "INDERSUCRE"¹⁷, se dispuso frente al cargo de Secretaria Ejecutiva, lo siguiente:

PLANTA DE CARGOS

DIRECCIÓN

No. de Cargos	Denominación del Cargo	Código	Grado
1	Director	050	04
1	Secretaria Ejecutiva	425	19
1	Técnico Administrativo	376	04
3	Subtotal		

(...)

AREA: DIRECCIÓN

I. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO	
Nivel	Territorial
Denominación del Empleo	Secretaria Ejecutiva
Código	525
Grado	19
No. de Cargos	Uno (1)
Dependencia	Dirección
Cargo del Jefe Inmediato	Director
Naturaleza del Cargo	Libre Nombramiento y Remoción

¹⁷ Folios 221 – 225 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

II. PROPÓSITO PRINCIPAL

Administrar información del área para personal interno y externo, aplicando el sistema de gestión documental.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES.

** Elaborar documentos en procesadores de texto, cuadros de hojas de cálculo, presentaciones de software relacionado y manejar aplicativos de Internet.*

** Llevar el registro y control de los documentos y archivos de la oficina.*

** Recibir, radicar, redactar y organizar la correspondencia para la firma del jefe y distribuirla de acuerdo con sus instrucciones.*

** Atender al personal y telefónicamente al público y fijar las entrevistas que le sean autorizadas por el jefe.*

** Llevar y mantener al día el archivo y la correspondencia.*

** Manejar con discreción la información y la correspondencia del Instituto.*

** Mantener actualizado el Directorio telefónico del Instituto.*

** Tramitar los pedidos de útiles y papelería de la oficina.*

** Aplicar el Sistema de Gestión Documental en el Instituto.*

** Llevar la Agenda y recordar los compromisos de la Dirección.*

** Ejercer el autocontrol en todas las funciones que le sean asignadas.*

** Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño".*

- Según certificación de fecha 5 de mayo de 2017, suscrita por el Jefe del Área Administrativa y Financiera del Instituto Departamental de Deporte y recreación de Sucre, la señora Milena Támara Ramos, laboró en INDERSUCRE durante el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2012 hasta el 5 de agosto de 2014, desempeñando el cargo de Secretaria

Ejecutiva, Código 425, Grado 19, cargo de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el Acuerdo No. 001 de 2006¹⁸.

- Mediante Resolución No. 057 del 05 de agosto de 2014, "*Por medio de la cual se declara insubsistente al titular de un cargo de Libre Nombramiento y Remoción*", suscrita por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, se declaró insubsistente a la señora Milena Támara Ramos en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 525, Grado 19¹⁹.

- La anterior resolución fue comunicada a la señora Milena Támara Ramos el día 14 de agosto de 2014²⁰.

- La señora Milena Támara Ramos, hizo entrega de los elementos de trabajo el día 27 de agosto de 2014²¹.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar, que la señora Milena Támara Ramos, fue nombrada en el Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre - INDERSUCRE, a través de Resolución No. 0023 de abril 26 de 2012, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, código 425, grado 19, siendo posesionada el mismo día.

En el acto de nombramiento, como en el acto que declaró la insubsistencia, se especificó la naturaleza del cargo desempeñado por la actora, esto es, de libre nombramiento y remoción.

Del manual de funciones, se lee que el citado cargo, tiene como dependencia jerárquica la Dirección y dependencia orgánica la oficina del Director; de igual manera, que dentro de sus funciones, se encuentran las de elaborar y llevar el registro, control de los documentos y archivos de la oficina, estar a cargo de la correspondencia, atención de personal, manejo discreto de información, actualizar directorio, tramitar pedidos de

¹⁸ Folio 220 del cuaderno No. 2 de primera instancia.

¹⁹ Folio 21 del cuaderno No.1 de primera instancia.

²⁰ Folio 22 del cuaderno No.1 de primera instancia.

²¹ Folios 23- 25 del cuaderno No.1 de primera instancia.

Útiles y papelería de la oficina, llevar la agenda y recordar los compromisos de la Dirección, labores que reafirman su condición de ocupar un empleo de libre nombramiento y remoción, en tanto, hacía parte del staff de los empleados del Director del ente demandado y cumplía funciones de estricta confianza, tales como manejar con discreción las informaciones y correspondencia del despacho.

De acuerdo con lo anotado, estima la Sala, que al haber desempeñado la señora Milena Támara Ramos, un cargo de naturaleza de libre nombramiento y remoción (Secretaria Ejecutiva, código 425, grado 19), es claro que no se hacía necesario expresar de manera clara y concreta, las razones por las cuales se declaraba el retiro de la empleada, lo cual, en efecto ocurrió en el acto que aquí se ataca.

Ahora, la facultad discrecional de la administración puede ser controvertida, quebrantándose la presunción de legalidad que inspira el acto de declaratoria de insubsistencia, eventualidad estrechamente relacionada con las causales de falsa e indebida motivación y desviación de poder; pero como se advirtió, el acto acusado podía carecer de motivos para el retiro del servicio, lo que de plano desecha una posible falsa motivación fundada en su contenido y tampoco se arrió al plenario, prueba contundente de la desviación de poder, como lo señaló la primera instancia.

Ahora, la demandante sostiene, enfáticamente, que con su retiro no hubo un mejoramiento del servicio, teniendo en cuenta su hoja de vida, el perfil y la experiencia en el cargo frente la persona que la reemplazó, además, que tuvo buen desempeño, nunca recibió llamado de atención, ni tuvo investigación o sanción disciplinaria.

Con relación al argumento del buen desempeño laboral y comportamental, debe decirse que ello es lo que se espera de quien brinda un servicio a favor de una entidad pública, por ende, no constituye un factor suficiente para desvirtuar la legalidad del acto acusado. Y en

cuanto a sus calidades profesionales y de experiencia frente a la persona que fue contratada para reemplazarla, esto es, la señora Elvia Romero Urzola, tal aspecto tampoco resulta suficiente para demostrar una desmejora en el servicio, porque para ello, debía demostrarse que la nueva empleada no está cumpliendo eficaz y eficientemente con las funciones establecidas para el referido cargo, generando con su falta de experiencia y calidad, una desorganización en la dependencia del Director del INDERSUCRE.

Así mismo y bien como lo dijo el A-quo, no existe prueba alguna dentro del expediente del tipo de vinculación de la señora Elvia Romero Urzola, como Secretaria Ejecutiva del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, lo que impide cualquier tipo de comparación.

Por otro lado, también refiere la accionante que la presunción de legalidad que cobija el acto acusado, se encuentra desvirtuada con las pruebas que acreditan que el Director del INDERSUCRE, no se subordinó al mejoramiento del servicio, sino a situaciones contrarias y atendiendo a intereses individuales; es decir, tuvo móviles diferentes a las que la ley prevé para ello. Sin embargo, esta Sala, al revisar el acervo probatorio no advierte motivos ocultos que dieran lugar a su retiro, máxime, que la demandante, ni siquiera especifica o puntualiza, cuáles fueron esos "*intereses individuales*".

Finalmente, ha de puntualizarse que si bien es cierto en materia probatoria resulta aplicable la noción de carga dinámica de la prueba²², su aplicación no deviene como regla general, sino que depende mucho del caso en concreto, bajo el sino de quién está en mejores condiciones de probar, noción que además de haber sido revaluada²³, se aplicó en aquellos asuntos que trataban temas de falla médica.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de febrero de 2000. C. P. Dr. ALIER HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. Expediente 11878.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C. P. Dr. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Expediente 15772.

Siendo así, en casos como el tratado, si bien podría traerse a colación tal noción, pues, nada niega que pueda hacerse, lo cierto es que si de aplicarse se trata, resulta evidente que correspondía a la demandante, por lo menos indicar cuáles eran los hechos que sustentaban la desviación de poder, como para permitir que el Juez obre de manera oficiosa.

Y si de aquellos expuestos, esto es, la desmejora en el servicio por aparentemente nombrar a personal nada o poco idóneo se trata, como se advirtió, debía empezarse por demostrar en qué condiciones ocupó el cargo la supuesta reemplazante, lo cual, a efectos probatorios, bien podía ser solicitado por el interesado en el libelo introductorio, sin necesidad de esperar a la actividad oficiosa del Juez, que por demás debe entenderse restringida, en tanto, puede afectar la lealtad procesal, aspecto que en crítica de la doctrina²⁴, también aplica a la noción de carga dinámica de la prueba, pues, se le atribuye al Juez la función de distribuir la prueba, lo que puede ir en desmejora de las partes.

Siendo así, para este caso en particular, no resulta cierto lo afirmado por la recurrente, pues, era su labor demostrar los aspectos fácticos de sus pretensiones.

Desarrollado lo anterior, este Tribunal considera, que al estar demostrado que la accionante desempeñaba el cargo de Secretaria Ejecutiva, código 525, grado 19, adscrita a la dirección de Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre - INDERSUCRE, en atención a su naturaleza de libre nombramiento y remoción y la procedencia de la potestad discrecional de remoción, al ajustarse la declaratoria de insubsistencia a los parámetros legales y constitucionales, máxime cuando a lo largo del plenario no se quebrantó la presunción de legalidad que inspira estos asuntos, existiendo la carga de probar, en cabeza de aquel que alega la supuesta ilegalidad, existen presupuestos jurídicos y fácticos suficientes,

²⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad Civil en los servicios de salud. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. 1993. P. 91.

para confirmar el fallo de primera instancia, conforme a las razones aquí expuestas.

3. Condena en costas.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 4° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0095/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA