



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2015-00036-00.
Demandante: Milena Tamara Ramos.
Demandado: Departamento de Sucre – Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre.
Temas: Insubsistencia Empleado Libre Nombramiento y Remoción.

SENTENCIA N° 108

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **MILENA TAMARA RAMOS**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 64.578.906 expedida en Sincelejo, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **DEPARTAMENTO DE SUCRE – INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SUCRE.**

¹ Folio 7 del expediente.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad de la resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014, expedida por el señor Gerente del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, por medio del cual se declaró insubsistente a la demandante en el cargo de Secretaría Ejecutiva, Código 525, Grado 19 adscrita a la Dirección de INDERSUCRE.

Segunda: Que como consecuencia de la nulidad deprecada, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene reintegrar a la accionante a un cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba en el momento que fue ilegalmente retirada del servicio.

Tercera: Que se cancele a la actora el pago de todos los salarios, primas, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses que se causen entre la fecha que fue ilegalmente retirada del servicio hasta que efectivamente sea reintegrada, debidamente indexada.

Cuarta: Que se disponga que no existió solución de continuidad en la relación laboral.

Quinta: Que se reembolse a la actora los aportes que debieron hacer al sistema de seguridad social en salud y pensión o en su lugar se envíen al respectivo fondo de pensiones y E.P.S. que disponga la demandante.

Sexta: Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con el artículo 189 y 192 del CPACA.

Séptima: Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

1.1.3. HECHOS.

Indica que, la señora MILENA TAMARA RAMOS, a través de resolución N° 023 del 26 de abril de 2012, fue vinculada laboralmente en el Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 525, Grado 19, adscrita a la dirección INDERSUCRE.

Señala que, por medio de resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014, la accionante fue declarada insubsistente del cargo que venía desempeñando.

Refiere que, la actora durante el tiempo que se desempeñó como Secretaria Ejecutiva de INDERSUCRE, lo hizo con idoneidad, eficiencia, honestidad y de acuerdo con las exigencias y deberes requeridos para el ejercicio del mismo, por lo que no reposa en su hoja de vida ningún llamado de atención o antecedentes disciplinarios.

Expresa que, el acto administrativo atacado no contiene ningún tipo de motivación fáctica o jurídica y no obedeció a un mejoramiento del servicio, toda vez que se expidió basado en criterios subjetivos, ocultos y caprichosos de la administración.

Anota que, el Director de INDERSUCRE, no dejó constancia en la hoja de vida de la demandante, sobre los hechos que le sirvieron de causa para la declaratoria de insubsistencia, tal como lo exige el artículo 26 del decreto 2004 de 1968. Sumado a ello se tiene que la persona que fue nombrada en reemplazo de la señora MILENA TAMARA RAMOS, no cumple con los requisitos señalados en el manual de funciones y requisitos de INDERSUCRE, consignado en el acuerdo 001 de 2000.

Narra que, realizó audiencia de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, con la entidad demandada, obteniendo resultado fallido, cumpliéndose el requisito de procedibilidad.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Constitución Política: Artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53, 121, 122, 123, 125 y 209.

1.1.5. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Manifiesta que, el acto acusado carece de motivación fáctica o jurídica, lo cual constituye una violación al debido proceso aplicable a todas las actuaciones administrativas, por lo que debe ser retirado del ordenamiento jurídico.

Explica que, la actitud de retirar a una persona del cargo sin motivar el acto administrativo, ubica al afectado en una indefensión constitucional y le obstruye el efectivo acceso a la justicia por que la motivación es necesaria para el efectivo control de la decisión atacada.

Apunta que, la demandante es poseedora de una intachable hoja de vida laboral, nunca recibió un llamado de atención o sanción disciplinaria, lo cual demuestra que con su presencia estaba más que garantizado la adecuada prestación del servicio público. Lo anterior evidencia que la resolución enjuiciada no obedeció al mejoramiento del servicio, sino a situaciones contrarias y ajenas al mismo.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 06 de marzo de 2015².
- El Despacho mediante auto del 19 de marzo de 2015³ admitió la demanda, decisión comunicada a través de correo electrónico N° 025 del 20 de marzo de 2015⁴.
- La demanda fue notificada a las partes el 03 de junio de 2015⁵.
- La entidad demandada Departamento de Sucre, contestó la demanda el 28 de julio de 2015⁶. De igual forma lo hizo INDERSUCRE, con fecha 30 de julio de 2015⁷.
- El apoderado de la parte demandante, el 26 de agosto de 2015⁸, presentó escrito reformando la demanda inicial.
- A través de providencia del 15 de abril de 2016⁹, se corrió traslado de la reforma de la demanda a las entidades demandadas.
- La entidad demandada Departamento de Sucre, contestó la reforma de la demanda con fecha 06 de mayo de 2016¹⁰.
- Por Proveído de 11 de noviembre de 2016¹¹, se fijó el día 14 de marzo de 2017 a partir de las 08:30 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- Con fecha 14 de marzo de 2017¹², se llevó a cabo audiencia inicial, fijando el día 23 de mayo de 2017 a partir de la 02:30 p.m. para llevar a cabo audiencia de pruebas.
- Llegado el día 23 de mayo de 2017¹³, se realizó audiencia de pruebas, ordenándose a las partes la presentación de alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes.

² Folio 70 del expediente.

³ Folio 72 - 73 del expediente.

⁴ Folio 74 del expediente.

⁵ Folio 75 - 82 del expediente.

⁶ Folio 91 - 162 del expediente.

⁷ Folio 163 - 167 del expediente.

⁸ Folio 168 - 174 del expediente.

⁹ Folio 185 del expediente.

¹⁰ Folio 191 - 195 del expediente.

¹¹ Folio 203 del expediente.

¹² Folio 206 - 210 del expediente.

¹³ Folio 324 - 326 del expediente.

- La apoderada del Departamento de Sucre, aportó alegatos de conclusión con fecha 06 de junio de 2017¹⁴. De igual forma lo hace la apoderada de la demandante, el día 06 de junio de 2017¹⁵.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.3.1. ENTIDAD DEMANDADA - DEPARTAMENTO DE SUCRE¹⁶.

La entidad demandada Departamento de Sucre, dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Frente a los hechos, acepta como ciertos, el primero, segundo y octavo, referidos a la vinculación de la actora como Secretaria Ejecutiva en el INDERSUCRE, a su posterior desvinculación de tal entidad por medio de la resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014 y al agotamiento de la accionante del procedimiento de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público. Sobre el hecho tercero, quinto y sexto expresa que deben ser probados; y de los hechos cuarto, séptimo y noveno, demarca que no son situaciones fácticas.

Como argumentos de su posición advierten que, desde el momento de la vinculación de la demandante, ocurrida el día 26 de abril de 2012, esta se dio en un cargo de libre nombramiento y remoción, adscrito al Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, por lo cual era potestad del nominador prescindir de los servicios del empleado que ocupaba tal cargo.

Asevera que, el derecho que reclama la actora es inexistente, pues al ser una empleada de libre nombramiento y remoción, su declaratoria de insubsistencia no requiere motivación alguna.

Expone que, en el presente caso no existe desviación de poder, pues en aras del buen servicio, el nominador posee facultad para desvincular al empleado que se encuentra en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Como excepción propuso la de inexistencia del derecho reclamado.

¹⁴ Folio 329 - 333 del expediente.

¹⁵ Folio 334 - 338 del expediente.

¹⁶ Folio 91 - 162 Y 191 - 195 del expediente.

1.3.2. ENTIDAD DEMANDADA – INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SUCRE “INDERSUCRE”¹⁷.

La entidad demandada INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SUCRE – INDERSUCRE, no contestó la demandada de conformidad con lo señalado en la audiencia inicial celebrada el día 14 de marzo de 2017¹⁸.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE¹⁹:

La apoderada de la parte demandante arguye que, dentro del expediente se encuentra probado que la demandante posee una hoja de vida intachable, nunca recibió un llamado de atención, investigación o sanción disciplinaria en su contra, por lo que con su permanencia en su cargo se encontraba garantizado el buen servicio público. Por lo anterior, la desvinculación laboral de la accionante en nada beneficio el buen servicio público, por el contrario se sufrió una desmejora del mismo pues se prescindió de una funcionaria altamente calificada, para asignar a otra persona que no cumplía con los requisitos para ingresar a la entidad.

Demarca que, con fundamento en lo anterior, 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 invocó la entidad demandada, 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.

En cuanto al cargo de desviación de poder, aseguró que se encuentra probado atendiendo que el nominador se apartó de la facultad discrecional de que se encuentra revestido debido a que la declaratoria de insubsistencia no se debió a causas de mejoramiento del servicio.

¹⁷ Folio 163 - 167 del expediente.

¹⁸ Folio 206 - 210 del expediente.

¹⁹ Folio 334 - 338 del expediente.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA – DEPARTAMENTO DE SUCRE²⁰:

El Departamento de Sucre alega que, la parte demandante fue consciente de que su vinculación fue en un cargo de libre nombramiento y remoción, por tanto es potestad del nominador prescindir de los servicios del empleado en estos cargos de manera discrecional.

Relata que, solamente cuando se cumplen los requisitos y condiciones establecidas en los concursos y la persona es inscrita en el escalafón de carrera, se puede hablar de que el servidor público tiene derechos de carrera. El solo hecho de ocupar un empleo no otorga derecho de carrera respecto al cargo desempeñado.

Afirma que, el artículo 107 del decreto 1950 de 1973 consagra que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

Destaca que, el artículo 41 de la ley 909 de 2004, determina que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción se produce por declaración de insubsistencia del nombramiento.

Sostiene que, en el caso de estudio, no existe prueba que demuestre que la demandante hubiere concursado para acceder al escalafón de carrera administrativa en el cargo que ocupaba y la prueba testimonial practicada no ayudó a esclarecer los hechos expuestos en la demanda.

1.4.3. ENTIDAD DEMANDADA – INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE DEPORTES Y RECREACION DE SUCRE - INDERSUCRE.

La entidad demandada INDERSUCRE, no aportó alegatos de conclusión.

1.4.4. MINISTERIO PÚBLICO:

Se abstuvo de emitir concepto de fondo.

²⁰ Folio 329 - 333 del expediente.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014²¹, expedido por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, mediante la cual se declaró insubsistente a la señora MILENA TAMARA RAMOS, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 525, Grado 19, adscrito a la Dirección de INDERSUCRE.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿existe falsa motivación o desviación de poder en la expedición de la resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014²², proferida por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora MILENA TAMARA RAMOS, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 525, Grado 19, adscrito a la Dirección de INDERSUCRE?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) marco normativo de la carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. (ii) caso concreto.

²¹ Folio 21 del expediente.

²² Folio 21 del expediente.

2.4. NORMATIVIDAD DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN²³.

Desde la Carta Política de 1886, se elevaron a rango constitucional, las reglas generales sobre el acceso, organización y administración del servicio público y sobre quienes se vincularan laboralmente al mismo, así se extrae del artículo 62 de la norma superior. Luego de un amplio desarrollo legal, la Carta Política de 1991, varió de manera trascendente el texto del artículo 62 de la anterior Constitución hasta el punto de dedicar a la Función Pública, todo el Capítulo 2º, es decir, de los artículos 122 a 131.

Es así como en el artículo 125 prescribe, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Señala además que, los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; el retiro ocurrirá 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; y en ningún caso la filiación de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

En su artículo 130, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Con relación a la carrera administrativa, cabe resaltar que son también concordantes el numeral 13 de su artículo 189, que estableció que es al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. Y determinó que en todo caso, al Gobierno le asiste la

²³ El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08)

facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. En el artículo 209 estableció, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones; con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal.

La Ley 909 de 2004 señala en su artículo 1º, que su objeto es la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos reguladores de la gerencia pública y señala que los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, de período fijo y temporales hacen parte de la Función Pública. En su artículo 3º describe en forma taxativa sus destinatarios.

En el artículo 4º por primera vez se define lo que es un sistema específico de carrera. Enlista las carreras específicas agregando a las que traía la normativa anterior, las Superintendencias, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la U.E.A de la Aeronáutica Civil.

En el artículo 19, precisa lo que es un empleo público y en su artículo 22, contempló la ordenación de la jornada laboral.

El artículo 23 señala que las clases de nombramientos son: ordinarios, en período de prueba o en ascenso, de acuerdo a si se trata de empleo de libre nombramiento y remoción o de carrera.

En su artículo 24 en cuanto al encargo dispone, que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera y una vez convocado el concurso, los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados, previa acreditación de requisitos, aptitudes y habilidades, situación que no puede superar los 6 meses, este encargo debe recaer en empleado inferior. En el caso de empleos de libre nombramiento y remoción, cuando se trate de vacancia temporal o definitiva, procede el encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento, y en el caso de vacancia definitiva el término del encargo es de 3 meses, vencido el cual se debe proveer en forma definitiva.

En el artículo 25 establece, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será

provisto en **forma provisional**, *“sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”*.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, los que se producen en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) Inexequible. [Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004](#), por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; [Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005](#).
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-501 de 2005](#), en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1189 de 2005](#), en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;

- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Parágrafo 1º. Inexequible. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

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

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

El Parágrafo 2º del artículo 41 prescribe, que el retiro de los empleos de carrera debe efectuarse por acto motivado, y la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y por acto **no** motivado.

Recientemente sobre el tema de los empleos de libre nombramiento y remoción, el Honorable Consejo de estado ha manifestado²⁴:

Visto lo anterior, se tiene que la legislación previó una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 09 de marzo de 2017. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Rad. 73001-23-33-000-2013-00447-01 (4519-14).

Así las cosas, resulta razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Como se observa, para el desempeño de los cargos de libre nombramiento y remoción, la confianza juega un rol preponderante, lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, tal como lo dispone el inciso 2º del párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

En la misma sentencia²⁵ anteriormente anotada, sobre el retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, se dijo:

“La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública. Entonces, la discrecionalidad «surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público»²⁶.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional²⁷ ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 09 de marzo de 2017. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Rad. 73001-23-33-000-2013-00447-01 (4519-14).

²⁶ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 143.

²⁷ En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

“(…)la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(…) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.”

Al igual, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico²⁸.

En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”.

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría²⁹, el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad.”

2.5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014³⁰, suscrito por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, mediante la cual se declaró insubsistente a la señora MILENA TAMARA RAMOS, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 525, Grado 19, adscrito a la Dirección de INDERSUCRE, por haberse incurrido en su expedición en falta de motivación y desviación de poder.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

²⁸ Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

²⁹ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 144

³⁰ Folio 9 – 10 del expediente.

- Copia de la ordenanza N° 06 del 03 de agosto de 1999³¹, por medio de la cual se subroga la ordenanza N° 01 de febrero 15 de 1999, por medio de la cual se creó el Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre.
- Resolución N° 023 del 26 de abril de 2012³², por medio de la cual se nombra a la señora MILENA TAMARA RAMOS, como Secretaria Ejecutiva, Código 425, Grado 19 de la Planta Globalizada del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre.
- Acta de posesión de la señora MILENA TAMARA RAMOS, como Secretaria Ejecutiva, Código 425, Grado 19, de fecha 26 de abril de 2012³³.
- Resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014³⁴, suscrita por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, por medio de la cual se declara insubsistente a la demandante en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 425, Grado 19.
- Oficio de fecha 05 de agosto de 2014³⁵, con constancia de recibido 12 de agosto de 2014, suscrito por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre.
- Acta de entrega de elementos de trabajo de la señora MILENA TAMARA RAMOS, de fecha 27 de agosto de 2014³⁶.
- Resolución N° 044 del 31 de julio de 2012³⁷, por medio de la cual se concede una comisión a la accionante.
- Apartes del acuerdo 001 de 2000³⁸, que contiene identificación del empleo de Secretaria Ejecutiva, naturaleza de las funciones, descripción de funciones y requisitos.
- Formato de hoja de vida³⁹ de la señora ELVIA MARÍA ROMERO URZOLA.
- Formato de hoja de vida⁴⁰ de la señora MILENA DEL CARMEN TAMARA RAMOS, con sus respectivos anexos.
- Certificado laboral de la señora MILENA TAMARA RAMOS, expedido por el Jefe del Área Administrativa y Financiera del Instituto Departamental de Deporte y recreación de Sucre, de fecha 05 de mayo de 2017⁴¹.

³¹ Folio 8 – 15 del expediente.

³² Folio 16 - 17 del expediente.

³³ Folio 20 del expediente.

³⁴ Folio 21 del expediente.

³⁵ Folio 22 del expediente.

³⁶ Folio 23 - 25 del expediente.

³⁷ Folio 26 del expediente.

³⁸ Folio 27 - 28 del expediente.

³⁹ Folio 29 - 33 del expediente.

⁴⁰ Folio 38 - 68 del expediente.

⁴¹ Folio 220 del expediente.

- Acuerdo N° 001 de 2006⁴², por medio del cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre INDERSUCRE.
- Copia del estudio técnico⁴³ para la modificación de la planta de empleos y del manual específico de funciones y competencias laborales del Instituto departamental de Deportes y Recreación de sucre – INDERSUCRE.
- Acta de conciliación extrajudicial celebrada entre las partes ante el señor Procurador 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 06 de marzo de 2015⁴⁴.
- Constancia de conciliación extrajudicial celebrada entre las partes ante el señor Procurador 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 06 de marzo de 2015⁴⁵.

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, anteriormente relacionado, se encuentra acreditado que la accionante fue vinculada al Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre - INDERSUCRE, a través de la resolución N° 023 del 26 de abril de 2012⁴⁶, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 425, Grado 19, empleo de libre nombramiento y remoción.

Igualmente está probado que, la señora MILENA TAMARA RAMOS, fue declarada insubsistente en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 425, Grado 19, a través de resolución N° 057 del 05 de agosto de 2014⁴⁷, suscrita por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre, decisión que le fue notificada el día 12 de agosto de 2014⁴⁸, ejerciendo sus funciones hasta el día 25 de agosto de la misma anualidad.

En pertinente dejar sentado que, no se observa en el proceso controversia alguna acerca de la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo que desempeñaba la señora MILENA TAMARA RAMOS.

⁴² Folio 221 - 225 del expediente.

⁴³ Folio 226 - 323 del expediente.

⁴⁴ Folio 34 - 35 del expediente.

⁴⁵ Folio 36 - 37 del expediente.

⁴⁶ Folio 16 - 17 del expediente.

⁴⁷ Folio 21 del expediente.

⁴⁸ Folio 22 del expediente.

Desde que se realizó la vinculación laboral de la demandante en la entidad accionada, se describió el cargo en el que fue nombrada como de libre nombramiento y remoción, situación ratificada con el acuerdo N° 001 de 2006⁴⁹, aportado por el Director de INDERSUCRE, por medio del cual se ajustó el manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos de la planta de personal del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre.

Lo anterior pone de presente que, como quiera que el cargo que ocupaba la demandante es de aquellos considerados como de libre nombramiento y remoción, su designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, por lo que, en principio el acto de insubsistencia goza de presunción de legalidad, que es susceptible de ser desvirtuada. Por tratarse de una presunción de legalidad que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso.

Es claro que la facultad discrecional de que goza el nominador para los cargos de libre nombramiento y remoción, no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio.

Frente al caso concreto, el demandante aduce que el acto administrativo atacado fue expedido con falta de motivación y desviación de poder, alegando que no hubo un mejoramiento del servicio pues la actora goza de mejores condiciones académicas y con mucha más experiencia que la persona que fue designada para reemplazarla.

Para tal efecto se recibió testimonio de la señora LEODITH PACHECO CAMARGO⁵⁰, identificada con C.C. N° 64.565.378, quien manifestó que estuvo vinculada a INDERSUCRE, desde el año 2013 hasta el mes de junio de 2014, es decir, que la declarante no se encontraba laborando en la entidad demandada para la fecha en que fue declarada insubsistente la actora en el cargo de Secretaria Ejecutiva, situación que le impide pronunciarse sobre los motivos que generaron la expedición de la

⁴⁹ Folio 221 - 225 del expediente.

⁵⁰ Folio 327 del expediente CD audiencia de pruebas Min 09:50 a 32:30.

resolución 057 del 05 de agosto de 2014⁵¹, máxime si como bien lo dice un su testimonial, desde que salió de la entidad demandada, no se ha encontrado más con la demandante.

Por lo más, lo único que se logra demostrar con la testimonial de la señora LEODITH PACHECO CAMARGO, es que la señora MILENA TAMARA RAMOS, cumplía cabalmente con las funciones asignadas por su jefe inmediato, situación que no se debate dentro del asunto bajo examen.

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 originaron la resolución 057 del 05 de agosto de 2014⁵², fueran de tipo político, religioso, racial o personal, etc.

Frente a la apreciación hecha por la demandante de que, la expedición del acto administrativo no obedeció al mejoramiento del servicio, se debe precisar que si bien se anexó copia de la hoja de vida de la señora MILENA TAMARA RAMOS, no se aportaron las respectivas calificaciones obtenidas por la actora en el desempeño de sus funciones, lo cual le impide al despacho hacer algún análisis al respecto.

La accionante pretende que se realice una comparación entre su hoja de vida y la de la señora ELVIA ROMERO URZOLA, persona que según su decir la reemplazó en el cargo de Secretaria Ejecutiva, y así probar que su desvinculación de la entidad demandada no obedeció al mejoramiento del servicio.

Sobre tal razonamiento, debe expresar este despacho, que 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.

Así las cosas, si bien es posible que los actos administrativos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional puedan ser afectados por la causal de nulidad por desviación de poder, lo cierto es que, en el presente asunto, no se encuentran los elementos probatorios o de juicio que confirmen las aseveraciones expuestas por la accionante,

⁵¹ Folio 21 del expediente.

⁵² Folio 21 del expediente.

en cuanto al móvil oculto y determinante con el cual, procedió la entidad accionada para declarar insubsistente a la señora MILENA TAMARA RAMOS, lo cual, conduce en estricto derecho, a que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Colofón de lo anterior, se dejará intacto el acto administrativo contenido en la resolución 057 del 05 de agosto de 2014⁵³, expedida por el Director del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Sucre - INDERSUCRE, por medio del cual se declaró insubsistente a la señora MILENA TAMARA RAMOS, en el cargo de Secretaria Ejecutiva, Código 525, Grado 19, adscrita a la Dirección del INDERSUCRE, empleo de libre nombramiento y remoción, declarando de esta forma probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado propuesta por la entidad accionada.

CONCLUSION:

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante es negativo, dado que, como quedó establecido, no se logró demostrar que la autoridad nominadora desbordara la facultad discrecional de que se encuentra investido para realizar desvinculaciones de cargos que ostentan la naturaleza de libre nombramiento y remoción, quedando incólume la presunción de legalidad del acto demandado.

3. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁵³ Folio 21 del expediente.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho, promovida por la entidad demandada, según lo precedentemente expuesto.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, por Secretaría tásense, en un porcentaje del 5%.

CUARTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ