



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “E”
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Bogotá D. C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 25000-23-42-000-2017-05220-00
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Jesús Orlando Ospitia Garzón
Demandado: Fiscalía General de la Nación

1. ASUNTO

Procede la sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por el señor Jesús Orlando Ospitia Garzón contra la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN).

2. PRETENSIONES

El señor Jesús Orlando Ospitia Garzón en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, presentó demanda contra la FGN, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 1491 de 10 de abril de 2017, por la cual se aceptó su renuncia.

Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada, a:

2.1 Reintegrarlo al cargo que venía desempeñando al momento del retiro o a otro de igual o superior categoría, con funciones y requisitos afines para su ejercicio y, declarar que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad.

2.2 Pagarle todos los salariales, primas, bonificaciones, vacaciones, prestaciones sociales legales y convencionales y aportes al sistema de seguridad social en pensión, con los correspondientes ajustes anuales, dejados de percibir desde que se produjo el retiro hasta que se haga efectivo el reintegro.

2.3 Pagarle por concepto de daño emergente, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000), correspondiente a los gastos y honorarios asumidos para impetrar la presente demanda.

2.4 Indemnizar los daños morales causados por su retiro del servicio, los cuales estima en la suma de 100 SMLMV.

3. HECHOS

Los relacionados por la parte demandante y jurídicamente relevantes son los siguientes:

3.1 El señor Jesús Orlando Ospitia Garzón desempeñó el cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías, del 9 de abril de 2014 al 10 de abril de 2017.

3.2 Mediante la Resolución No. 01491 de 10 de abril de 2017, se aceptó la renuncia que el demandante presentó al cargo de Director Nacional II, acto administrativo que fue notificado el 11 de abril de 2017.

3.3 Para dicha calenda, el actor era padre cabeza de familia y se encontraba a menos de tres años de pensionarse.

4. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se aducen como transgredidos por el acto acusado, los siguientes preceptos:

- Artículos 38, 95, 137, 138, 152, 157, 161, 191 y 195 de la Ley 1437 de 2011
- Artículo 1.º, 2.º, 4, 6, 13, 29 y 90 de la Constitución Política
- Artículo 27 del Decreto 2400 de 1968
- Artículos 96 y 97 del Decreto Ley 20 de 2014
- Artículo 41 de la Ley 909 de 2004
- Ley 27 de 1997
- Decreto 1716 de 2009
- Artículo 13 de la Ley 1285 de 2009
- Artículo 75 de la Ley 446 de 1998
- Ley 640 de 2001
- Artículo 50 de la Ley 1395 de 2010
- Artículo 8.º de la Ley 153 de 1887
- Artículo 19 del Código Sustantiva de Trabajo

Como argumentos para sustentar la vulneración de las normas señaladas en precedencia, alegó que el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad por desviación de poder, como quiera que:

De conformidad con el artículo 96 de la Ley 020 de 2014, es causal de retiro de los cargos de libre nombramiento y remoción en la FGN, la renuncia regularmente aceptada, la cual, según el artículo 97 *ibidem*, se produce cuando el servidor manifiesta por escrito en forma espontánea e inequívoca su decisión de separarse del servicio.

No obstante, en el presente caso el demandante presentó la renuncia por presiones de sus superiores, lo que implica que su acto de dimisión no cumple con las características de ser libre, espontáneo e inequívoco, como lo exige el artículo 97 de la Ley 020 de 2014.

Adicionalmente, la entidad demandada al aceptar la renuncia por él presentada, desconoció la estabilidad laboral reforzada de la que gozaba, por encontrarse *ad portas* de obtener su pensión de vejez, aunado a que ostentaba la calidad de padre cabeza de familia.

Las anteriores circunstancias fácticas vician de nulidad el acto administrativo acusado, por lo que se debe acceder a todas y cada una de las súplicas de la demanda.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La FGN contestó la demanda a través de escrito en el que se refirió a los hechos relatados en ella, y se opuso a las pretensiones allí formuladas.

Para el efecto, en relación con cada una de las irregularidades imputadas al acto administrativo acusado, indicó que:

(i) El demandante presentó su dimisión de manera libre y espontánea, y la FGN la aceptó de manera regular, de acuerdo al procedimiento establecido en la normatividad para el efecto, por lo que el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a derecho.

(ii) La insinuación de la presentación de la renuncia, en el caso de empleados de libre nombramiento y remoción, no vicia de nulidad por desviación del poder el acto de aceptación, pues por su naturaleza, son cargos de confianza, los cuales pueden ser provistos libremente por parte del nominador, ejerciendo la facultad discrecional que la ley le otorga y, la renuncia se erige como una forma decorosa de apartarse del cargo.

(iii) La FGN nunca ejerció presión para motivar la renuncia del actor y nunca lo obligó a presentarla; no hay prueba si quiera sumaria de que el accionante fue coaccionado a presentar la renuncia.

(iv) De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando al empleado que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción tan solo le falta el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzado de prepensionado, dado que dicha exigencia puede ser cumplida de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente, razón por la cual no se le concedió dicha protección al accionante.

(v) La figura del retén social, como estabilidad laboral reforzada por ostentar la calidad de padre cabeza de familia, se circunscribe a programas de renovación o reestructuración de la administración pública del orden nacional, por lo que no es aplicable al presente caso.

(vi) Finalmente, ni en sede administrativa o judicial, el actor ha acreditado su condición de padre cabeza de familia, de conformidad con las exigencias efectuadas por la Corte Constitucional para el efecto, por lo que no se le puede conceder la protección especial que deprecia.

En atención a los anteriores argumentos, solicita se denieguen todas las pretensiones de la demanda, y se condene en costas a la parte demandante.

6. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda se presentó el 24 de octubre de 2017 y se admitió mediante proveído de 8 de agosto de 2018, que fue notificado en forma personal a través de envío al buzón de correo electrónico de la FGN.

Mediante providencia de 21 de abril de 2021, se fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial, la que se realizó el día 27 de abril de la misma anualidad, posteriormente, el 18 de mayo de 2021 se realizó la audiencia de pruebas, en la que se prescindieron de los testimonios decretados, ante la inasistencia del demandante, su apoderado y los testigos: en la misma diligencia se dispuso correr traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad en la que guardaron silencio.

7. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

7.1 Competencia

Es competente esta corporación para conocer del medio de control promovido en este asunto, tal como lo establece el artículo 152 (ordinal 2.º) de la Ley 1437 de 2011, vigente para la época en que se presentó la demanda.

7.2 Problema jurídico planteado

Corresponde a la sala establecer si, ¿la Resolución No. 1491 de 10 de abril de 2017, acto administrativo acusado, mediante el cual se le aceptó la renuncia que presentó el señor Jesús Orlando Ospitia Garzón al cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías, se encuentra viciada de nulidad por desviación de poder, como quiera que: **(i)** la renuncia presentada por el demandante no fue libre, espontánea y voluntaria y, **(ii)** no tuvo en cuenta la calidad de prepensionado y padre cabeza de familia del actor?

7.3 Tesis que resuelven el problema jurídico principal

7.3.1 Tesis de la parte demandante

Considera que el acto administrativo acusado, a través del cual se aceptó su renuncia, se encuentra viciado de nulidad, toda vez que: **(i)** su dimisión no fue libre, espontánea y voluntaria, por el contrario, fue producto de presiones por parte de sus superiores; **(ii)** la entidad demandada desconoció su calidad de padre cabeza de familia y prepensionado, lo que le concedía un fuero de estabilidad reforzada.

7.3.2 Tesis de la parte accionada

La entidad demandada sostiene que no hay lugar a acceder al reconocimiento pretendido, como quiera que: **(i)** el demandante presentó su dimisión de manera libre y espontánea, no hay prueba si quiera sumaria de que el actor fue coaccionado a presentar la renuncia; **(ii)** la insinuación de la presentación de la renuncia, en el caso de empleados de libre nombramiento y remoción, no vicia de nulidad por desviación del poder el acto de aceptación; **(iii)** el accionante no puede gozar de fuero de estabilidad de prepensionado, pues tan solo le falta satisfacer el requisito de edad, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este se puede cumplir sin que exista un vínculo laboral vigente y, **(iv)** no acreditó de manera si quiera sumaria su calidad de padre cabeza de familia.

7.3.3 Tesis de la sala

Se **NEGARÁN** las súplicas de la demanda, toda vez que no se acreditó que el disenso del demandante al cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías obedeció a presiones, o fue producto de alguno de los vicios del consentimiento como el error, la fuerza, la coacción física o moral, o el dolo.

Adicionalmente, porque presentar su dimisión de forma libre y voluntaria, renunció a las garantías que las calidades de prepensionado y padre cabeza de familia le podían conceder, por lo que no puede posteriormente aducirlas, a efectos de que se declare la nulidad del acto administrativo demandado.

8. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. El señor Jesús Orlando Ospitia Garzón nació el 30 de diciembre de 1957.	Documental: Registro civil de nacimiento del señor Jesús Orlando Ospitia Garzón (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fl. 49).
2. El señor Jesús Orlando Ospitia Garzón contrajo matrimonio con la señora Libia Patiño Silva el 26 de junio de 1993. Fruto de esa unión, nacieron los hijos Nicolás y Sebastián Ospitia Patiño.	Documentales: -Registro civil de matrimonio con indicativo serial No. 1791768 (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fl. 50). - Registros civiles de nacimiento con indicativos serial Nos. 21619664 y 21619663 (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fls. 52-53).
3. La señora Libia Patiño Silva falleció el 24 de julio de 2013.	Documental: Registro civil de defunción No. 07486880 (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fl. 51).
4. Para el año 2016, los jóvenes Nicolás y Sebastián Ospitia Patiño dependían económicamente de su padre.	Documentales: Declaraciones extraprocesales del los señores Luz Marina Padilla Bocanegra, Melquisedec Villareal Rosas y Lilia Suescun Carreño (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fls. 58-60).
5. En el año 2016, el joven Sebastián Ospitia Patiño cursaba el programa de administración de empresas en la Universidad de los Andes.	Documental: Certificado de 21 de octubre de 2016, suscrito por la Directora de la Oficina de Admisiones y Registro de la Universidad de los Andes (Documento No. 35 índice Expediente Digital Samai Fl. 132).
6. Para el año 2017, el joven Nicolás Ospitia Patiño cursaba un máster universitario en ingeniería estructural y de la construcción en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puentes de Barcelona.	Documental: Certificado del 15 de junio de 2017, suscrito por la Jefe del Área Académica de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puentes de Barcelona (Documento No. 35 índice Expediente Digital Samai Fl. 124).
7. El señor Jesús Orlando Ospitia Garzón desempeñó el cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías del 9 de abril de 2014 al 10 de abril de 2017.	Documental: Certificado de fecha 27 de julio de 2017, suscrita por la Jefe del Departamento Administrativo de Personal de la FGN (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fls. 58-21).
8. El 7 de abril de 2017, el señor Jesús Orlando Ospitia Garzón presentó la renuncia al cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías.	Documental: Copia de la mencionada renuncia (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fl. 8).
9. Con la Resolución No. 1491 del 10 de abril de 2017, el Fiscal General de la Nación aceptó la renuncia del señor Jesús Orlando Ospitia Garzón al cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías.	Documental: Resolución No. 1491 del 10 de abril de 2017 (Documento No. 13 índice Expediente Digital Samai Fls. 1-2).
10. El señor Jesús Orlando Ospitia Garzón se encuentra afiliado a la Administradora	Documental: Reporte de semanas cotizadas en pensiones (Documento No. 9

Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y para el mes de abril de 2017, tenía un total de 1.026,29 semanas cotizadas.	índice Expediente Digital Samai Fls. 71-79).
--	--

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

9.1 De los empleos de libre nombramiento y remoción

El sistema actual del empleo público y el régimen de la carrera administrativa se encuentra consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, que reza:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.⁹

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 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”.

Con posterioridad a la Constitución de 1991, la Ley 27 de 1992¹ desarrolló el tema del empleo público y, en particular, la carrera administrativa; este cuerpo normativo en el artículo 4.º prescribió que los empleos de los organismos y entidades que ella refiere son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y a la ley, los de libre nombramiento y remoción determinados en la Ley 61 de 1987, en los sistemas específicos de administración de personal, y en los estatutos de las carreras especiales (inciso final del artículo 2.º *ídem*).

Más tarde, en desarrollo de la preceptiva constitucional antes aludida, el Congreso de la República expidió la Ley 909 de 2004, que recogió las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, con el ánimo de profesionalizar y modernizar la administración pública en el nivel directivo, con la acreditación de las competencias necesarias para su desempeño².

Este cuerpo normativo, estableció que los empleos públicos, por regla general, son de carrera y los demás tipos de empleos allí señalados constituyen la excepción, entre ellos, los de libre nombramiento y remoción (artículo 5.º numeral 2.º *ídem*).

De los anteriores preceptos se concluye que, por regla general, el ingreso al servicio público se efectúa a través del sistema de carrera administrativa; sin embargo, en algunos eventos la administración requiere de libertad para incorporar y retirar a sus empleados, por la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se requiere para el desarrollo de las mismas.

¹ Ley 27 del 23 de diciembre de 1992, “Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones”.

² Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Para dichos casos se ha previsto una excepción al sistema de carrera administrativa, ya que se ingresa al servicio público sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, con el fin de desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, pues el factor determinante para la provisión de esos cargos es la confianza que se predica del ejercicio de la labor encomendada. Vale la pena precisar que, respecto a estos empleos al nominador le está permitido disponer libremente tanto de su provisión como de su retiro, sin que sea menester que exprese los motivos de dichas determinaciones.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional³ ha sostenido que la discrecionalidad debe ejercerse dentro de los parámetros de la racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, que se satisfacen siempre que se cumpla con las siguientes exigencias: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

De ahí que, el artículo 44 del CPACA respecto a las decisiones discrecionales prevea que: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

En reciente sentencia del 23 de enero de 2020, el Consejo de Estado se pronunció sobre las características de esta clase de empleos, su forma de vinculación y de desvinculación, respecto a lo cual indicó:

“En conclusión, los cargos de libre nombramiento y remoción están destinados a la dirección y conducción de las entidades oficiales, y en tal contexto, los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacía el mismo propósito. Por ello, un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral”⁴.

9.2 De la renuncia como causal de retiro del servicio

El Decreto 2400 de 1968, “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil”, en artículo 27 preceptuó lo siguiente:

“**Artículo 27.** Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio. La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá

³ C. Const., Sent. T-372, may. 16/12 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2014-00135, ene. 23/2020 M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo. Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otra circunstancia pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado. Cuando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva”.

Por su parte, los artículos 110 y 113 del Decreto 1950 de 1973, previeron lo siguiente:

“**Artículo 110.** Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. (...)”

Artículo 113 Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno”.

Las normas anteriormente relacionadas hacen referencia a la facultad que tiene el servidor público de apartarse de su cargo mediante la renuncia regularmente aceptada, precisando que una vez esta es manifestada al empleador, la autoridad nominadora deberá pronunciarse sobre su aceptación, dentro de los 30 días siguientes. En caso contrario, el servidor público podrá separarse de su empleo, sin incurrir en abandono del cargo o continuar prestando sus servicios, circunstancia en la cual se tendrá por no presentada la renuncia.

A su vez, la Ley 909 de 2004 preservó como causal de retiro de la función pública la renuncia regularmente aceptada, en los siguientes términos:

“**Artículo 41.** Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)”
d) Por renuncia regularmente aceptada”.

Por su parte, el Consejo de Estado⁵ ha definido el acto de renuncia como aquel en el que no cabe duda acerca de la voluntad de quien lo suscribe de cesar en el ejercicio del empleo que viene desempeñando.

En pronunciamiento más reciente, indicó que cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante esta modalidad: “la dimisión ha de tener su origen o fuente generatriz en el libre, franco, espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad (artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 a 116 del Decreto 1950 de 1973).

⁵ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2000-01405, ene. 23/2003 M.P. Ana Margarita Olaya Franco.

En consecuencia, esa renuncia debe reflejar la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo, debe ser consciente y ajena a todo vicio de la voluntad”⁶.

9.3 De la renuncia en el régimen especial de carrera de la FGN

Por su parte, el Decreto Ley 20 de 2014, “por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”, reguló lo concerniente a la renuncia como causal de retiro del servicio de los empleados de dicha entidad.

En efecto, el artículo 96 de dicho cuerpo normativo dispuso que el retiro del servicio de quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción o de carrera en la FGN y sus entidades adscritas, se produce por renuncia regularmente aceptada.

A su vez, el artículo 97 *ibidem*, se refirió a la renuncia en los siguientes términos:

“**Artículo 97.** Renuncia regularmente aceptada. La renuncia se produce cuando el servidor manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio. Si la autoridad nominadora cree que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla. La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad nominadora se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días calendario de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

Carecerán de absoluto valor y no se dará trámite a las renunciaciones sin fecha determinada”.

Como puede verse, el régimen especial de carrera de la FGN regula en idénticos términos la renuncia y sus efectos como causal de separación del servicio a las normas de carácter general.

9.4 De la desviación del poder

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la causal de nulidad denominada desviación de poder, al indicar que: “es una de las causales de nulidad de los actos administrativos establecida en el artículo 137 del CPACA. Ella se presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia y la doctrina, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, y amparándose en la legalidad formal del acto, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”⁷.

⁶ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2008-00942, feb. 22/2018 M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁷ C.E., Sec. Segunda, Sent.2013-00111 may. 4/2017 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Así pues, esta causal de nulidad se configura cuando quien ejerce una función administrativa expide un acto, que se ajusta formalmente a la ley, pero que satisface una finalidad contraria a los intereses públicos, o al propósito del legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

10. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que ocupa la atención de esta corporación, se encuentra claro que la renuncia debe ser libre, voluntaria, consciente y ajena a todo vicio de fuerza o engaño, motivo por el cual procede la sala a determinar si la dimisión presentada por el accionante satisface tales exigencias.

Con esa finalidad, sea lo primero memorar que las pretensiones del demandante se fundamentan en que su renuncia careció de los elementos antes mencionados, toda vez que se vio obligado a dimitir del cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías por presiones de sus superiores.

Así pues, procede la subsección a determinar si la ocurrencia de dicha circunstancia fue acreditada en el decurso procesal y, por lo tanto, si le asiste razón al demandante.

Para el efecto, es menester recordar que el señor Jesús Orlando Ospitia Garzón desempeñó el cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías del 9 de abril de 2014 al 10 de abril de 2017, cargo que era de libre nombramiento y remoción de conformidad con el artículo 5.º del Decreto 20 de 2014, que es del siguiente tenor:

“Artículo 5.º. Clasificación de los empleos. Los empleos de la Fiscalía General de la Nación, del Instituto Nacional de Medicina Legal y de la Institución de Educación Superior son de carrera, con excepción de los siguientes cargos que se clasifican como de libre nombramiento y remoción, dada la especial confianza y la prestación in tuitu personae que conlleva el desarrollo de sus funciones, así:

1. Los cargos del nivel directivo:

1.1. En la Fiscalía General de la Nación: El Vicefiscal General de la Nación, Consejero Judicial, Director Nacional, Director Estratégico, Director Especializado, Subdirector Nacional, Subdirector Seccional, Jefe de Departamento (...).”

De dicho empleo, que en principio no le concedía fuero de estabilidad alguno, el demandante dimitió el 7 de abril de 2017, a través de escrito, en el que manifestó:

“Doctor
NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA
Fiscalía General de la Nación
La ciudad.

Distinguido Dr. Martínez Neira.

De manera respetuosa acudo ante usted con el fin de manifestarle mi voluntad de presentar renuncia al cargo de Director Nacional II de la Dirección de Fiscalías Nacionales que he venido desempeñando desde el 9 de abril de 2014.

Quiero expresar mi agradecimiento por la oportunidad que me brindó de formar parte de sus colaboradores en tan importante cargo, y augurarle significativos logros en el ejercicio de sus trascendentales funciones”.

Con la Resolución No. 1491 del 10 de abril de 2017, el Fiscal General de la Nación aceptó la renuncia del señor Jesús Orlando Ospitia Garzón al cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías.

Ahora, si bien el demandante aduce que presentó la mencionada renuncia producto de presiones por parte de sus superiores, lo que vicia de nulidad el acto administrativo que aceptó dicha dimisión, pues la misma no cumpliría las características de ser libre, voluntaria, consiente y ajena de todo vicio de fuerza o engaño, lo cierto es que en el plenario no obra ningún elemento de prueba que de cuenta de dicha situación.

Por el contrario, en el escrito de renuncia el actor manifiesta que era su voluntad presentar la renuncia al cargo que venía desempeñando en la FGN, sin que obre ningún medio de prueba que pueda controvertir o restarle credibilidad a dicha afirmación.

Así pues, lo que se evidencia en este asunto es una simple afirmación y una absoluta orfandad probatoria, motivo por el cual la consecuencia jurídica no puede ser otra que la no prosperidad o no acreditación del vicio que según el demandante se presenta.

Recuérdese que, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen según el artículo 167 del CGP, y la consecuencia de la inobservancia de dicha carga probatoria no es otra que la denegación de las súplicas.

De otro lado, la sala no pasa por alto que, ciertamente, el accionante podría tener la calidad de padre cabeza de familia, pues a su retiro sus dos hijos Nicolás y Sebastián Ospitia Patiño tenían 23 años de edad y seguían cursando estudios universitarios. Respecto a la calidad de prepensionado, se debe indicar que el actor no la ostentaba, dado que a la fecha de su desvinculación tan solo contaba con 1.026, 29 semanas, es decir, le faltaban 273,71, esto es, algo más de cinco (5) años, para cumplir el requisito de tiempo de servicios de las 1.300 semanas de aportes, para ser acreedor de la pensión de jubilación en el régimen de prima media con prestación definida.

Sin embargo, al presentar su dimisión de forma libre y voluntaria renunció a las garantías que dichas calidades le podían conceder, por lo que no puede con posterioridad aducirlas a efectos de que se declare la nulidad del acto administrativo demandado.

Ciertamente, lo que el demandante pretende es que se le conceda una protección que incluso supere su voluntad, pues en su sentir, pese a que de manera espontánea y libre renunció al cargo que ostentaba, conociendo las calidades de la que era acreedor era deber de la entidad nominadora rechazar dicha dimisión, pero si fuese cierto lo sostenido por el actor, tal actuación no resultaría ajustada a derecho, pues la FGN estaría soslayando entre otros derechos de carácter fundamental, el contemplado en el artículo 26 superior, esto es, la libertad de elegir profesión u oficio.

Adicionalmente, porque en este asunto el actor no puede alegar a su favor su propia culpa, esto es, no puede aducir que el acto administrativo demandado desconoció sus calidades de pre pensionado y padre cabeza de familia, cuando no obra prueba en el plenario de que tales circunstancias hubiesen sido puestas en conocimiento de la FGN a la fecha de su

desvinculación, aunado a que lo que se encontró acreditado es que su retiro fue producto de su decisión libre y voluntaria de dimitir al cargo que ostentaba.

Así pues, dado que el demandante no logró enervar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, se deberán denegar las súplicas de la demanda.

11. CONCLUSIÓN

Se **NEGARÁN** las súplicas de la demanda, toda vez que no se acreditó que el disenso del demandante al cargo de Director Nacional II de la Dirección Nacional de Fiscalías obedeció a presiones, o fue producto de alguno de los vicios del consentimiento como el error, la fuerza, la coacción física o moral o el dolo.

Adicionalmente, porque al presentar su dimisión de forma libre y voluntaria, renunció a las garantías que las calidades de prepensionado y padre cabeza de familia le podían conceder, por lo que no puede ahora aducirlas a efectos de que se declare la nulidad del acto administrativo demandado.

12. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La sala negará las pretensiones de la demanda formulada por el señor Jesús Orlando Ospitia Garzón contra la Fiscalía General de la Nación -FGN.

13. COSTAS DE LA INSTANCIA Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre este aspecto, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso, el cual en art. 365 dispone:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este Código (...)
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...).”

En el presente caso, se observa que la parte demandante resultó vencida en el proceso. Conforme a lo anterior, la sala considera que deberá condenar en agencias en derecho de primera instancia a la parte demandante, para lo cual se fija el valor de quinientos mil pesos moneda legal (\$500.000 M/L).

14. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda formulada por el señor Jesús Orlando Ospitia Garzón contra la Fiscalía General de la Nación -FGN, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: De acuerdo con el artículo 365 del Código General del Proceso, se condena en costas en esta instancia a la parte demandante según lo señalado en precedencia; para tales efectos, se fija como agencias en derecho el valor de quinientos mil pesos moneda legal (\$500.000 M/L). Por la secretaría liquídense.

TERCERO: Una vez en firme, por la secretaría archívense las presentes diligencias, previas las constancias secretariales correspondientes, los registros en el sistema de gestión SAMAI, y la devolución de los remanentes de los gastos ordinarios del proceso al demandante si los hubiere, luego de haber liquidado la condena en costas.

Esta providencia, fue estudiada y aprobada en sala de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
Magistrado

Firmado electrónicamente
PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
Magistrada

Firmado electrónicamente
RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
Magistrado

Nota: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace: <http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador>.