



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Expediente: **11001-3342-051-2016-00549-00**
Demandante: **GABRIEL DE LA CUESTA MORA**
Demandado: **AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 148

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gabriel de la Cuesta Mora, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 14.316.238, contra la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES

El demandante solicitó la nulidad de la Resolución No. 408 del 12 de abril de 2016, por medio de la cual la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento ordinario en el cargo de jefe de la Oficina Asesora del Sector Defensa código 2-1 grado 24, asignado a la Jefatura de Planeación de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se declare que no existió solución de continuidad en el desempeño de sus funciones desde el día en que fue declarado insubsistente y hasta el día en que sea reintegrado y que se condene a la demandada a: i) el reintegro al cargo que venía desempeñando en iguales condiciones o en otro de igual o superior categoría; ii) el pago de salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que dejó de percibir desde la fecha de insubsistencia y hasta el efectivo reintegro; y iii) la indexación de la condena y el cumplimiento de la misma en los términos del Artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo narró que el demandante ingresó al extinto Fondo Rotatorio del Ejército desde el 21 de febrero de 1984 en el cargo de jefe de sección de la dependencia de División Contratos e Importaciones; mediante Resolución No. 6009 del 01 de diciembre de 1993 fue nombrado en el cargo de jefe de oficina código 2045 grado 06. Puso de presente que para el año 2005 se fusionan los fondos rotatorios de la Armada Nacional, Fuerza Aérea Colombiana y Ejército Nacional y se crea la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

Adujo que, mediante Resolución No. 0001 del 03 de enero de 2006, la entidad demandada efectuó distribución de cargos y asignación de funciones, correspondiéndole al demandante el empleo de jefe de oficina código 2045 grado 12 en la Oficina Asesora de Planeación; posteriormente, a través de la Resolución No. 150 del 01 de abril de 2008 se incorporan unos funcionarios a la planta de personal de la Agencia Logística establecida a través del Decreto 375 de 2008, en el caso del demandante al cargo de jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa código 2-1 grado 24.

Manifestó que para el año 2014 fue nombrado como subdirector del Sector Defensa el capitán de fragata Rafael Llinas Hernández, quien el 1º de febrero de 2016 en reunión de directivos solicitó la renuncia a todos los asistentes, bajo el entendido de que sería nombrado como nuevo director de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares; el 18 de febrero de 2016, el señor Pablo Federico Przychodny Jaramillo presentó renuncia al cargo de director de la agencia, la cual fue aceptada el 22 del mismo mes y año, razón por la que, mediante Decreto 265 de febrero de 2016, el subdirector

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

general, Rafael Llinas Hernandez, fue encargado de las funciones del director y en ejercicio del referido encargo solicitó renuncia protocolaria al demandante y a todos los empleados del libre nombramiento y remoción.

Adujo que el referido subdirector, sin tener competencia para ello, elaboró estudios y documentos previos con el fin de "contratar el servicio de evolución y selección de competencias de ejecutivos de libre nombramiento y remoción para proveer el cargo de directores y jefes de oficina de la sede principal", documentos suscritos el 8 de febrero de 2016 como encargado de las funciones de director, cuando en realidad el encargo de funciones se dio a partir del 22 de febrero de 2016. Estos estudios previos fueron ajustados para señalar que el proceso se adelanta porque se requiere un cambio generacional.

Mediante Resolución No. 408 del 12 de abril de 2016, el subdirector general, encargado de las funciones de general, declaró insubsistente el nombramiento del demandante, decisión que fue notificada el 13 de abril de 2016 y fue reemplazado por encargo sin que a la fecha se haya nombrado el titular.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 123, 125 y 209.
- Ley 909 de 2004: Artículos 1, 3, 5, 41 y 49 numeral 1 y 2.
- Decreto 2400 de 1968: Artículos 1, 5, 25 y 26.
- Decreto 4746 de 2005.
- Resolución No. 141 de 2008: Artículo 1º.
- Directiva Presidencial No. 01 del 10 de febrero de 2016
- Ley 1437 de 2011: Artículos 3, 42, 44, 173 y 162.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora adujo que el acto administrativo demandado fue expedido de forma irregular incurriendo en falta de motivación, pues estuvo precedido de una serie de irregularidades que muestran que el ejercicio de la facultad discrecional no obedeció al mejoramiento del servicio, toda vez que se desconoció la directiva presidencial de austeridad que prohibía la modificación de las plantas de personal y de las estructuras administrativas; además, a su juicio, el subdirector debió esperar a que se nombrara el nuevo director de la entidad en propiedad.

Argumentó que la decisión de su desvinculación obedeció al "cambio generacional" invocado por el subdirector general el cual desconoce lo preceptuado por la Ley 931 de 2004, que prohíbe exigir una edad determinada para el desempeño de un cargo, pues los requisitos para ejercer un empleo deben referirse a méritos o calidades de experiencia, profesión y ocupación. Precisó que su reemplazo (en encargo) pues cumplir con el requisito de título profesional y tal vez con el título de especialista, pero no cuenta con la experiencia relacionada ni con la idoneidad para desempeñar el cargo, desmejorando significativamente el buen servicio.

Aseveró que el acto administrativo demandado fue expedido con desviación de poder, toda vez que el subdirector de la entidad tomó decisiones como director general sin haber siquiera recibido la asignación de funciones solicitando renuncias protocolarias y, posteriormente, declarando insubsistente el nombramiento de demandante sin la correspondiente motivación y cuya finalidad debe ser la satisfacción del interés general y las necesidades del buen servicio. Esta desviación de poder se evidencia desde el momento mismo en que el subdirector de la entidad, sin tener facultades para ello, inició los estudios previos para contratar el servicio de selección para proveer los cargos de directores y jefes de oficina, con el fin de reemplazar cinco (5) cargos de directores en la entidad, teniendo como fundamento el cambio generacional, pero si la entidad necesitaba empleados más jóvenes, es decisión debía tomarla el director en propiedad y no una persona que estuvo encargada solo durante cinco (5) meses y que paralizó a la entidad y despilfarró los recursos económicos de la misma.

Precisó que pese al desgaste económico y físico desplegado por el director encargado, el demandante no fue reemplazado en titularidad sino con una interinidad que actualmente persiste, interinidad que, a su juicio, ha retrasado los procesos de la dependencia, como es la segunda fase

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del proyecto de modernización institucional, lo cual va en detrimento de la imagen corporativa.

Arguyó que la decisión del subdirector encargado de las funciones de director general de la entidad fue una retaliación en contra de algunos directivos por una decisión que se tomó al interior del Comité de Conciliación de la entidad y con la cual él no estuvo de acuerdo; como consecuencia de ello, un mes después, fueron declarados insubsistentes los nombramientos de 3 de los 5 integrantes del referido comité, los otros dos nombramientos no fueron declarados insubsistentes porque uno está ocupado por una empleada en condición de prepensionada y el otro corresponde a un empleo de libre nombramiento y remoción de competencia del presidente de la República.

Finalmente, consideró que el acto administrativo demandado fue inspirado por móviles extraños al interés público distinto de los que sustentan el ejercicio de la facultad discrecional.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 132 a 162):

Admitida la demanda mediante auto del 08 de noviembre de 2016 (fl. 116), notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en la referida providencia, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares presentó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a los hechos de la demanda efectuando algunas precisiones como: i) la necesidad de efectuar cambios categóricos en el nivel directivo y asesor se venía analizando antes de encargar al subdirector general de las funciones de director, incluso bajo la administración del brigadier general Pablo Federico Przychodny Jaramillo; ii) el subdirector general de la entidad fue encargado de las funciones de director general como consecuencia de la vacancia definitiva del cargo, razón por la cual el encargo recae sobre todas y cada una de las funciones del empleo; iii) los estudios previos para la contratación del servicio de evaluación y selección de competencias de ejecutivos de libre nombramiento y remoción para proveer el cargo de directores y jefes de oficina fueron suscritos el 26 de febrero de 2016, es decir, cuando el subdirector general ya había sido encargado de las funciones de director de la entidad y no el 08 de febrero, como lo señala el demandante; iv) para la época de los hechos, la entidad pasaba por un momento de reestructuración y modernización, especialmente con ocasión del proceso de paz, razón por la que se vio la necesidad de conformar un equipo multidisciplinario idóneo para asumir los retos propuestos incluyendo el cambio generacional, sin que ello implique discriminación por razón de la edad, sino más enfocado a contar con ideas innovadoras, flexibles y con suficiente confiabilidad en la toma de decisiones de la alta dirección; y v) la jefatura de la Oficina de Planeación estuvo encargada al señor Miguel Ángel Arévalo Luque desde el 13 de abril de 2016 hasta el 14 de julio de 2016 y entre el 15 de julio de 2016 y el 31 de octubre de 2016 estuvo como encargada Marlen Parrado Rodríguez, quien posteriormente fue nombrada en el cargo de jefe Oficina Asesora del Sector Defensa con funciones asignadas del cargo de jefe de la Oficina de Planeación.

Propuso como excepciones:

- 1. Excepción al principio general de motivación de actos administrativos:** Preciso que el cargo desempeñado por el demandante es un cargo catalogado como de libre nombramiento y remoción, razón por la cual el nominador tenía la posibilidad de desvincularlo libremente, pues una característica de estos cargos es la facultad discrecional del nominador para proveer y remover, decisión que no requiere de motivación ni se encuentra sujeta a ningún procedimiento previo, sin que ello implique arbitrariedad pues se encuentra inspirada en razones del buen servicio y en el grado de confianza que se genere. Adicionalmente, a su juicio, la no presentación de la renuncia protocolaria a un cargo de confianza, no limita el ejercicio de la facultad discrecional del nominador; además, precisó que aunque la norma no exige motivación para el acto administrativo demandado el nominador hizo constar en la hoja de vida del actor los hechos y las razones que motivaron la insubsistencia.
- 2. Ausencia de fuero de estabilidad laboral en cargos de libre nombramiento y remoción:** Los cargos de libre nombramiento y remoción carecen de fuero de estabilidad alguno, debido a que dichos empleos exigen confianza plena y total dirigida al logro de la buena prestación y los fines estatales, por lo que ni la idoneidad en el cargo, ni el buen desempeño, ni la edad marcada como experiencia, otorgan por sí solos prerrogativa de permanencia. Preciso que las actuaciones alegadas por el demandante como desviación de poder y relacionadas con el comité de conciliación que se celebró el 2 de febrero de 2016 se refieren al giro ordinario de las actividades, funciones y competencias del

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

subdirector general encargado de las funciones de director; además, el referido subdirector, en desarrollo del comité de conciliación, lo que hizo fue manifestar un impedimento para pronunciarse sobre la cuestión pero ello no obstaculizó las recomendaciones del comité, mientras que la verdadera razón que motivó la declaratoria de insubsistencia del demandante fue el mejoramiento del servicio a la luz de los nuevos retos.

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 06 de abril de 2017, como consta a folios 169 y 170 y, en desarrollo de la misma, una vez saneado el proceso y agotada la etapa de excepciones previas, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas documentales correspondientes y se fijó fecha para escuchar las declaraciones de los testimonios solicitados.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 05 de mayo de 2017, se corrió traslado de las pruebas documentales aportadas al proceso, se recibieron las declaraciones de los testimonios decretados y se concedió a las partes el término de diez (10) días para presentar por escrito sus alegaciones finales (fls. 184 - 185).

Alegatos de la entidad demandada (fls. 188 a 191): La apoderada de la entidad demandada, en su escrito de alegaciones finales, adujo que se configura una ausencia de elementos probatorios que demuestren la presunta desviación de poder, pues del material arrojado no se desprende la existencia de conductas irregulares que hayan sido desplegadas por funcionario alguno de la Agencia.

Precisó que las renunciaciones protocolarias fueron solicitadas por el capitán de navío Rafael Antonio Llinás Hernández cuando ya se había posesionado como director general encargado, época para la cual la entidad estaba atravesando por una etapa de reestructuración y modernización, razón por la cual la decisión de declarar insubsistente el nombramiento del demandante tuvo como fundamento el mejoramiento del servicio y la confianza sin desbordar los límites de la razonabilidad y la proporcionalidad.

Se refirió a las pruebas testimoniales practicadas en el proceso, precisando que se trata solo de testigos de oídas, toda vez que para la fecha de los hechos no se encontraba en la Agencia Logística, de tal manera que no conocieron de primera mano las circunstancias de modo tiempo y lugar que rodearon al retiro del demandante, resultando inoficioso demostrar aspectos como el buen desempeño en el empleo, la idoneidad, la antigüedad, la capacidad y la eficiencia del demandante por tratarse de aspectos que no fueron puestos en tela de juicio.

Alegatos de la parte actora (fls. 192 a 194): El apoderado de la parte actora consideró que se encuentra probado dentro del plenario que: i) el subdirector encargado de las funciones de director, en reunión de directivos, solicitó renuncia protocolaria a todos los funcionarios sin justificación alguna; ii) el director Llinás no se encontraba ejerciendo en propiedad sino en provisionalidad; iii) el subdirector Llinás adelantó procedimientos al interior de la entidad sin estar facultado para ello, toda vez que a la fecha no se le había efectuado el encargo de las funciones de director; iv) el idoneidad profesional del demandante denota la arbitrariedad de la administración y la vulneración en el mejoramiento del servicio.

A su juicio, el hecho de no haber presentado la renuncia protocolaria solicitada por el director encargado motivó la declaratoria de insubsistencia sin justificación alguna, buscando de manera arbitraria retirar del servicio a un funcionario de alta experiencia y con una hoja de vida intachable.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante, señor Gabriel de la Cuesta Mora, debe ser restituido al cargo de jefe de oficina asesora jurídica del sector defensa código 2-1 grado 24, asignado a la Jefatura de Planeación de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, del cual fue declarado insubsistente mediante la Resolución No. 408 del 12 de abril de 2016.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

3.2.1. Acervo Probatorio

De las pruebas arrimadas al plenario, se resaltan las siguientes:

1. Resolución No. 265 del 18 de febrero de 2016, por medio de la cual se aceptó la renuncia del director general de la entidad señor Pablo Federico Przychondy Jaramillo y se encarga de las funciones del empleo de director general al subdirector general de la entidad Rafael Antonio Llinas Hernández, a partir de su fecha de expedición (fls. 36 cuaderno de anexos).
2. Acta No. 0014-16 fechada el 22 de febrero de 2016 por medio de la cual el señor Rafael Antonio Llinas Hernández toma posesión en el empleo de director general con ocasión del encargo efectuado a través del Decreto 265 del 18 de febrero de 2016 (fl. 37 del cuaderno de anexos).
3. Certificación en la que consta que los siguientes funcionarios se desempeñaron como jefe de la Oficina de Planeación (fl. 39 cuaderno de anexos):

“Mediante Resolución No. 416 del 13 de 2016 y hasta el 14 de julio de 2016, en encargo de Asesor de Defensa código 2-2 grado 10 MIGUEL ARÉVALO LUQUE, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.963.535.

Mediante Resolución N° 834 del 15 de julio de 2016 y hasta 31 de octubre de 2016, en encargo la Economista MARLEN PARRADO RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 39.727.511.

Mediante Resolución N°. 1316 del 31 de octubre de 2016 Nombramiento en propiedad como Jefe de Oficina de Planeación la Economista MARLEN PARRADO RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 39.727.511”.

4. Proceso contractual que se adelantó en la entidad con el objeto de “contratar el servicio de evaluación y selección de competencias de ejecutivos de libre nombramiento y remoción, para proveer el cargo de directores y jefes de oficina de la sede principal” (medio magnético fl. 46 del cuaderno de anexos).
5. Totalidad del expediente administrativo y hoja de vida de la señora Marlen Parrado Rodríguez (fls. 113-495 del cuaderno de anexos).
6. Solicitud de renuncia protocolaria firmada por el capitán de navío Rafael Antonio Llinas Hernández y dirigida a quienes se desempeñaban en los cargos de director regional Antioquia Chocó Medellín; director regional Nororiente Bucaramanga; director regional Tolima Grande Tolemaida; director regional Suroriente Santiago de Cali; director administrativo ALFM; profesional de defensa encargada de las funciones de la Dirección de Apoyo Logístico ALFM; jefe Oficina de Control Interno Disciplinario ALFM; jefe Oficina Jurídica ALFM; director regional Norte Barranquilla; jefe oficina Asesora de Planeación y renunciadas presentadas por estos funcionarios y por el director regional Llanos Orientales, excepto por el jefe Oficina Asesora de Planeación ALFM señor Gabriel de la Cuesta Mora (fls. 502 a 521 cuaderno de anexos).
7. Resolución No. 177 del 24 de febrero de 2014, por medio de la cual se nombró al capitán de navío Rafael Antonio Llinas Hernández en el cargo de subdirector del Sector Defensa 1-2-1 Grado 19 (fls. 523 – 524 del cuaderno de anexos).
8. Resolución No. 0001 del 03 de enero de 2006, a través de la cual se le asignaron al demandante las funciones correspondientes al cargo de jefe de oficina código 2045 grado 12 (fls. 17 a 25 del cuaderno principal).
9. Resolución No. 150 del 01 de abril de 2008 que incorpora al demandante en la nueva planta de personal de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares para cargos de libre nombramiento y remoción en el empleo de jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa código 2-1 grado 24 (fl. 26 del cuaderno principal).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

10. Oficio No. 309 ALDG-100 del 24 de febrero de 2016 a través del cual el subdirector general de la entidad encargado de las funciones de director general solicita al demandante la renuncia protocolaria (fl. 32 del cuaderno principal).
11. Oficio No. 017 ALDFN-260 del 29 de febrero de 2016, suscrito por las directoras comercial y financiera de la entidad demandada y dirigido al procurador general de la Nación poniendo de presente las irregularidades que, a su juicio, se presentaron en la entidad con la solicitud de las renunciaciones protocolarias (fls. 33-34 del cuaderno principal).
12. Resolución No. 408 del 12 de abril de 2016, suscrita por el subdirector general encargado de las funciones de director general de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, a través de la cual declara insubsistente el nombramiento ordinario del demandante como jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa código 2-1 grado 24 asignado a la Jefatura de Planeación de la entidad (fl. 39 del cuaderno principal).
13. A folios 181 y 182, se aportó en medio magnético las grabaciones de las reuniones de directivos celebradas en la entidad durante el mes de febrero de las cuales se resalta:
 - En la reunión del 1 de febrero de 2016, se escucha a una persona que habla de la necesidad de contratar a una persona de apoyo logístico para un proyecto específico en la Guajira con especialización en marketing, mercadeo y atención al cliente, calificada como una contratación urgente y que se requiere que sea idónea y capaz en el tema; además, señaló que se necesitaba a una persona para dirigir el grupo de modernización con una mentalidad innovadora, conocimiento en estructuración de procesos, estructuración de gerencia; señaló la forma en que se debían organizar los grupos de acuerdo al espacio y adujo que algunos grupos se deben reestructurar e incluso reducirlos, de acuerdo a lo que defina el director de modernización que se piensa contratar. Se refirió a la implementación de una cafetería para todos los empleados, razón por la cual determinó como política institucional la prohibición de ventas de comida al interior de las oficinas. En este punto de la grabación intervino otra persona al parecer quien fungía como director de la entidad con la intención de despedirse de la misma y de los compañeros de trabajo y precisó que a partir de la fecha quedaba el señor Llinas como director encargado y que esperaba que lo trabajado durante el año anterior respecto del proceso de modernización continuara su rumbo; estableció la importancia del sistema de control de acceso y de horarios, el funcionamiento de las cámaras. Explicó la forma en que quería trabajar su plan de acción para el año, resaltando los que consideró grandes problemas de la Agencia Logística originados por la falta de marketing, de capacidad de negociación, incremento en costos, gastos de operación, falta de control, falta de planeación estratégica, planta de personal inoperante con bajos salarios y grandes cantidades de personal sin los perfiles sin la experiencia académica y laboral requerida, desactualización de procesos, subprocesos y procedimientos. Propuso tercerización de tareas no misionales como aseo, soporte técnico y mensajería. Resaltó la importancia de fortalecer la imagen institucional a través de las redes sociales y la página de la entidad. En cuanto al fortalecimiento institucional a nivel interno señaló que se debe hacer una sustitución de personal a nivel estratégico ubicando a la gente en sus dependencias correspondientes de acuerdo a los perfiles, "purificar la agencia" desde la calificación de personal, de manera que el personal mal calificado debe iniciar proceso de retiro de acuerdo a lo señalado por la Ley, respecto de los directivos nacionales y regionales señaló que deben estar permanentemente evaluando a su personal y crear mecanismos de evaluación a través de Talento Humano. Señaló expresamente: *"necesito a nivel directivo mi coronel, mañana llega la doctora Nubia, protocolariamente cuando llega un director nuevo se pasan las cartas de renuncia, entonces protocolario, necesito que todos pasen las cartas de renuncia protocolaria..."*. Los asistentes indagaron acerca del encargo de la persona que dirigía la reunión a lo que éste contestó que el encargo era con la totalidad de las funciones y firmado por el presidente de la República. Resaltó la resistencia al cambio de los diferentes funcionarios.
 - En reunión del 02 de febrero de 2016, se estudió el tema de conciliación en materia contractual.
 - En reunión del 8 de febrero de 2016, se insistió en la necesidad de mejorar la imagen de la entidad, se tocó el tema de la conciliación en materia contractual que se había estudiado días antes y se propuso la posibilidad de llamar en garantía a la Armada Nacional; esta propuesta tuvo oposición por un integrante a la reunión y se llamó la atención sobre la

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

falta de cuidado en el trámite de ese proceso contractual que generó demandas en contra de la entidad. La persona que preside la reunión llamó la atención acerca del compromiso institucional que deben tener todos los empleados tanto de carrera como provisionales y señaló que insistirá en las buenas prácticas hasta el momento en que se le notifique de "la aceptación de su renuncia".

- En reunión del 10 de febrero de 2016, se celebró primera reunión del comité de inversiones.
 - En reunión del 15 de febrero de 2016 se tocó el tema de la planta temporal de la entidad y otros temas de interés de la entidad; la persona líder de la reunión llamó la atención acerca de la falta de tomar decisiones sencillas por parte de los directores regionales.
14. En diligencia que se llevó a cabo el 5 de mayo de 2017, se recibieron las declaraciones de los siguientes testigos (fls. 184-186):

- **Testigo Gustavo Álvaro Porras Amaya:** Manifestó que es oficial en uso de buen retiro de las Fuerzas Militares desde hace 15 años. Puso de presente que conoce al demandante desde hace muchos años cuando este laboraba en la jefatura de ingenieros porque él es oficial de ingenieros del ejército, pero no recuerda que cargo desempeñaba el demandante en ese entonces; posteriormente, lo conoció en el Fondo Rotatorio porque fue director del fondo desde junio de 1997 hasta diciembre de 1998 y tuvo al demandante como jefe de planeación del Fondo Rotatorio, más adelante trabajó como director de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares desde el 2007 hasta el 2011 y allí tuvo al actor como director de planeación durante todo el tiempo. Señaló que con el demandante cursaron una de las especializaciones durante el tiempo que estuvieron en la Agencia Logística. Respecto del proceso señaló que tuvo conocimiento que la Agencia Logística le estaba pidiendo la renuncia a todos los directores con sorpresa, porque durante su dirección de la mano con el demandante obtuvieron resultados importantes en la entidad. A su juicio se cometió una arbitrariedad con el actor porque resultaba ser una persona imprescindible para la entidad ya que manejaba la gestión presupuestal basado en muy buenas relaciones con el Ministerio de Hacienda; así mismo, desde el punto de vista de planeación era una persona de muchos conocimientos, confianza y lealtad, por eso era uno de los pilares de la Agencia Logística; además, sus relaciones interpersonales eran intachables. Resaltó las excelentes calidades y capacidades del demandante a quien consideró que debía fungir como director de la entidad; el actor era cumplidor de sus funciones, el testigo como jefe nunca tuvo que llamarle la atención, era una persona de mucha confianza por su forma de ser y su capacidad para resolver los problemas. Consideró que el retiro del demandante fue una arbitrariedad porque no conoce actuación alguna del demandante que hubiese ocasionado dicha decisión.
- **Testigo Carlos Alberto Garrido Pombo:** Retirado de la Armada Nacional. Conoció al demandante porque fue subdirector de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares entre el 2007 y el 2009. Puso de presente que el actor es una persona idónea, responsable, trabajadora, aunque dependía directamente de la dirección de la entidad él pudo conocer el buen desempeño laboral del actor. Respecto de los hechos que fundamentan el presente proceso señaló que conoció la decisión del subdirector Llinás en cuanto a que solicitó la renuncia a varios directores de la entidad. Resaltó las excelentes condiciones laborales del demandante y precisó que no tuvo conocimiento de aspecto negativo alguno por parte del demandante. Adujo que aunque la decisión de retirar al demandante no puede calificarse como arbitraria sí resulta injusta por el excelente desempeño del demandante en el cargo. Escuchó que el capitán Llinás es una persona muy arbitraria y complicada y abuso del poder que le otorgó el director de la entidad, tan es así que la motivación para retirar del cargo a la gente fue por cambios generacionales más no por las calidades profesionales de los funcionarios, es decir que fueron retirados sin justa causa.

3.2.2. Régimen de personal aplicable a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares

La Agencia Logística de las Fuerzas Militares fue creada por el Decreto 4746 de 2005, como consecuencia de la fusión de los fondos rotatorios de la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y el Ejército Nacional; teniendo como naturaleza jurídica la de un establecimiento público del orden

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, "*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", estableció en su Artículo 3° que sus disposiciones normativas resultan aplicables a los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, razón por la cual son estas las disposiciones aplicables a los empleados públicos de la Agencia Logística de Fuerzas Militares.

Este cuerpo normativo estableció la clasificación de los empleos y la forma de ingreso, ascenso y retiro del empleo público, precisando, entre otros aspectos, que: i) los empleos de carrera administrativa se proveerán en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito; ii) estableció la figura de encargo para suplir vacantes mientras se surte el respectivo proceso de selección y el nombramiento provisional como medida excepcional para aquellas que no se pueden suplir con encargo; y iii) determinó las causales de retiro del servicio, la competencia reglada por la Constitución y la Ley en empleos de carrera y **la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción como discrecional y mediante acto administrativo no motivado (Art. 41).**

Esta disposición normativa ha sido reglamentada mediante diferentes decretos, los cuales se encuentran compilados en el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública No. 1083 de 2015, que en su ámbito de aplicación cubre "*...los empleos públicos pertenecientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Entes Universitarios Autónomos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del Orden Nacional*" y en lo que atañe al tema objeto de debate señaló:

1. Un cargo se encuentra vacante en forma definitiva por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción y por renuncia regularmente aceptada, entre otras (Artículo 2.2.5.2.1).
2. La provisión de vacancias definitivas se debe hacer por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y por nombramiento en periodo de prueba o provisional para los que sean de carrera (Artículo 2.2.5.3.1).
3. Se consagra el encargo como la designación temporal de un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo ya sea para empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción (Artículos 2.2.5.9.7 a 2.2.5.9.11).

Así las cosas, encuentra el despacho que, por disposición normativa, la competencia de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación; además, la figura de encargo recae en empleos tanto de carrera como de libre nombramiento y remoción y se trata de una figura transitoria de provisión del empleo que permite el ejercicio de las funciones total o parcialmente sin importar si la vacancia es temporal o definitiva; a la luz de estas disposiciones se procederá a analizar los cargos endilgados por el demandante.

De la desviación de poder y la falta de motivación

El demandante adujo que el acto administrativo acusado fue expedido con desviación de poder y falta de motivación por las siguientes razones:

1. En reunión de directivos el subdirector general de la entidad solicitó renuncia protocolaria a todos los asistentes bajo el entendido que él sería el nuevo director; sin embargo, para la fecha de este suceso el director aún no había presentado renuncia al cargo, lo que significa que el subdirector aún no había sido encargado de las funciones de la máxima dirección.
2. El referido subdirector, sin competencia para ello, contrató el servicio de evolución y selección de competencias de ejecutivos de libre nombramiento y remoción para proveer

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

el cargo de directores y jefes de oficina de la sede principal, firmando estudios previos desde el 8 de febrero de 2016, cuando en realidad el encargo de funciones se le asignó a partir del 22 de febrero de 2016.

3. Las decisiones de solicitar renuncia protocolaria y declarar insubsistente el nombramiento del demandante debieron ser adoptadas por el director en propiedad y no por el encargado.
4. Su retiro del servicio se dio como retaliación por la discusión que se llevó a cabo al interior el comité de conciliación que celebrado el 2 de febrero de 2016.
5. Con la declaratoria de insubsistencia se configuró discriminación por razón de la edad, toda vez que el subdirector encargado de las funciones de director fundamentó los estudios previos del proceso de contratación selección de competencias de ejecutivos de libre nombramiento y remoción para proveer el cargo de directores y jefes de oficina de la sede principal, en la necesidad de un cambio generacional y como resultado de ello declaró insubsistente su nombramiento.
6. No se evidencia mejoramiento del servicio, menos aun cuando su reemplazo no fue provisto en propiedad sino en interinidad y a la fecha continúa en las mismas condiciones.

Para resolver este cargo es importante señalar, en primera medida, que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador y se encuentra revestida no solo de presunción de legalidad sino de presunción de mejoramiento del servicio; sin embargo, el interesado puede demandar la decisión y demostrar que se configuró desviación de poder, la cual fue definida por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 09 de febrero de 2017, con ponencia de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, dentro del proceso No. 11001032800020140011200, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia y la doctrina han señalado que se expide un acto administrativo con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió, cuando se presentan alguna de las siguientes situaciones: i) que el acto sea ajeno a cualquier interés público por haberse motivado con venganza personal, el interés de un tercero o del propio funcionario; y ii) cuando el acto es adoptado en desarrollo de un interés público, pero quien lo expide emplea sus competencias con una finalidad diferente, maliciosa o abusiva a las que se le confirieron. En estos términos, se trata de una causal de nulidad que tiende a canalizar las atribuciones otorgadas a las autoridades administrativas con el propósito fundamental de que las mismas, procuren materializar los fines esenciales del Estado”.

Por lo anterior, recae en el extremo activo el deber de demostrar que el acto administrativo fue ajeno al interés público, motivado por una venganza personal o con abuso de las competencias.

Para demostrar la desviación de poder en relación con la solicitud de renuncia protocolaria, el demandante allegó (fls. 181 y 182) copia de las grabaciones de las reuniones de directivos que se llevaron a cabo durante el mes de febrero de 2016 y pese a que, al escuchar las mismas, no se puede evidenciar con total precisión los nombres de los asistentes ni identificar la persona que las preside, si se escuchó que en la reunión del 1º de febrero de 2016, la persona que se encontraba liderando dicha reunión solicitó las renunciaciones protocolarias a todos los asistentes; además, aportó copia de los oficios por medio de los cuales el subdirector general encargado de la dirección de la entidad solicitó renuncia protocolaria a varios de los empleados de libre nombramiento y remoción que se desempeñaban en cargos directivos, fechados el 24 de febrero de 2016, renuncia que fue presentada por la mayoría de ellos excepto por el actor (fls. 502 a 521 del cuaderno de anexos).

Adicionalmente, se encuentra probado que, mediante Resolución No. 265 del 18 de febrero de 2016, se aceptó la renuncia del director de la entidad señor Pablo Federico Przychondy Jaramillo y se encargó de las funciones del empleo al subdirector general de la entidad Rafael Antonio Llinás Hernández, quien tomó posesión del mismo con Acta No. 0014-16 fechada el 22 de febrero de 2016, es decir que la insinuación de renuncia efectuada en reunión del 1º de febrero de 2016, en caso de haber sido hecha por el subdirector general de la entidad, se efectuó sin competencia para ello, mientras que para la fecha en que este solicitó la renuncia protocolaria por escrito (24 de febrero de 2016) ya se encontraba encargado de las funciones de director y, en ese sentido, legitimado para actuar de esa manera.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Al respecto, es importante señalar que la renuncia protocolaria se ha avalado jurisprudencialmente como forma legítima de desvinculación de la administración pública, pues *"...la solicitud o insinuación de ésta a los funcionarios o empleados que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza no afecta la legalidad de los actos de retiro, pues dicha facultad obedece a la oportunidad que la ley le otorga a los nominadores de reorganizar el servicio mediante el cambio de sus subalternos. Esta situación se ha denominado jurisprudencialmente como "renuncia protocolaria", con la cual se busca dejar en libertad al nominador para que tome las medidas que considere pertinentes frente al personal Directivo o de confianza, sin necesidad de recurrir al retiro del servicio mediante la declaración de insubsistencia. (...)La solicitud de renuncia a funcionarios públicos del nivel directivo, por parte de la autoridad nominadora (investida de la facultad de libre nombramiento y remoción), no constituye una conducta desviada de la administración, atendiendo el rango y las atribuciones de responsabilidad y confianza que deben manejar quienes ocupan dichos cargos. A este nivel la insinuación de renuncia, constituye un mecanismo protocolario encaminado a evitar la expedición de un acto de insubsistencia"*.

Esta posición ha sido acogida en diferentes pronunciamientos como una forma legal y legítima que hace más decoroso el retiro de la entidad, en estos términos lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E", mediante sentencia del 9 de marzo de 2017, dentro del proceso No. 11001333170820110020901:

*"Por otra parte, debe señalarse que la presentación de renunciaciones protocolarias, por parte de personas que tienen calidades profesionales y un alto status jerárquico, resultan legales y válidas en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la discrecionalidad de que goza el nominador para separarlos del servicio, no irradia un propósito amañado u oscuro, sino que le permite la posibilidad al funcionario de **separarse de una manera más decorosa de la entidad.***

Destaca la Sala, que de los dichos de los declarantes no se infiere ninguna presión ajena a la voluntad ni se insinúa constreñimiento o intimidación alguna por parte de la Fiscalía General de la Nación, a la hora de solicitar la renuncia tantas veces mencionada:

*Además, en casos como el objeto de estudio, lo que busca la administración es quedar en libertad para formar su grupo de trabajo como bien se señaló por uno de los mismos declarantes: **"cuando hubo el cambio de administración en la Fiscalía General de la Nación a finales de 2010 ...y por lo tanto solicitó la renuncia a los funcionarios"**, es cierto que la renuncia protocolaria busca dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo".*

Así, no solamente la solicitud de renuncia protocolaria es legalmente aceptada, sino que además, para el caso de autos, pierde relevancia, pues si bien es cierto inicialmente fue insinuada por el subdirector general sin tener competencia para ello y posteriormente fue solicitada por escrito en ejercicio del encargo de funciones de director general, no es menos cierto que el demandante no fue desvinculado de la entidad con ocasión de la renuncia protocolaria, sino por declaratoria de insubsistencia en ejercicio de la facultad discrecional del nominador frente a los cargos de libre nombramiento y remoción que se dio más de un mes después del suceso de la renuncia, es decir que el trámite dado a la renuncia protocolaria no tiene la facultad de viciar de nulidad el acto administrativo de insubsistencia.

Igual suerte corre el trámite contractual a través del cual se persiguió contratar el servicio de evaluación y selección de competencias de ejecutivos de libre nombramiento y remoción, pues ello no demuestra la desviación de poder del nominador frente a la declaratoria de insubsistencia del demandante, sino la intención de efectuar un proceso de selección para sus colaboradores más cercanos. Ahora bien, si dicho proceso contractual desconoció las reglas de austeridad señaladas por el Gobierno nacional, estuvo alejado de su propósito o resultó perjudicial para los intereses de la entidad, esta no es la vía judicial adecuada para demandarlo, no hace parte del estudio de legalidad que se deba efectuar para establecer si el acto administrativo acusado se encuentra viciado de nulidad; así mismo, su desarrollo tampoco demuestra la desviación de poder endilgada.

En lo que atañe al argumento según el cual la decisión de declarar insubsistente su nombramiento debió recaer en el director general de la entidad que fuese nombrado en propiedad y no en el subdirector encargado de las funciones de la máxima dirección, tampoco resulta de recibo por

¹ Consejo de Estado, sentencia del 10 de junio de 2015, con ponencia del consejero Guillermo Vargas Ayala, dentro del proceso No. 11001031500020020052201.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

parte de este despacho, pues la figura del encargo, como se dijo en precedencia, permite el ejercicio de las funciones de un cargo ante su vacancia temporal o definitiva.

En este sentido, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el Decreto 4746 de 2005, dentro de las funciones del director general de la entidad se encuentra aquella relacionada con *"nombrar y remover el personal de la entidad, así como expedir los actos administrativos relacionados con la administración de personal de la misma, de conformidad con las normas legales vigentes"* y que dichas funciones fueron encargadas al subdirector general a través de la Resolución No. 265 del 18 de febrero de 2016, este último se encontraba debidamente legitimado para adoptar las decisiones que considerara pertinentes en aras del mejoramiento del servicio y en ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Ley.

En un caso similar al que aquí se discute, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de octubre de 2013, con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso No. 25000232500020090063801, señaló:

"Se recauda de lo expuesto, que el encargo además de constituir una modalidad de provisión temporal de empleos, es una situación administrativa que permite el ejercicio de funciones públicas en forma parcial o total, es decir, el encargado puede asumir todas o algunas de las tareas propias del cargo, por ausencia o vacancia definitiva o temporal de su titular. El empleado encargado tiene derecho a percibir la remuneración asignada al nuevo cargo que ejerce, con la salvedad de que en el encargo se exige como presupuesto que el titular del cargo no lo haya percibido². La anterior precisión tiene sustento en el contenido de los artículos 122 y 128 superiores, en cuanto señalan el primero, que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente; y el segundo, que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Empero, en cuanto a las funciones descritas en el artículo 278, particularmente el numeral 6°, perentoriamente dispone que el Procurador General de la Nación tiene la facultad de "nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios de su dependencia", norma que dispone el ejercicio de dicha facultad de manera directa, imponiendo restricciones a la figura de la delegación.

Para este caso, de acuerdo al análisis efectuado en precedencia, la figura desarrollada a través de la Resolución No. 161 de 2009 se trató de un encargo y no de una delegación de funciones, que debe, por supuesto analizarse en concomitancia con artículo 17, numeral 2°, del Decreto 262 de 2000, norma vigente y aplicable al caso, que señala que corresponde a la Viceprocuraduría General de la Nación asumir las funciones del Procurador General de la Nación en sus ausencias temporales y definitivas, mientras se posesiona el nuevo titular.

Por ello, en tanto que como ha quedado ampliamente analizado, al producirse una ausencia temporal del Procurador, al acudir en comisión especial ante organismos extranjeros con el fin de dar cumplimiento a una de las funciones que precisamente le impone la Constitución, era válido que la Viceprocuradora asumiera las funciones de las cuales se desprendió el titular, atendiendo esencialmente al carácter previsivo de la norma, que propende por el normal desenvolvimiento de la entidad de cara a las ausencias de su titular, en atención a que la misma norma no impuso ninguna restricción frente a las funciones a asumir".

Esta posición ya había sido asumida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", con ponencia del magistrado Antonio José Arciniegas, a través de la sentencia dictada el 26 de junio de 2008 dentro del proceso No. 25000232500020021334902, en donde señaló:

*"La normatividad del Decreto 2147 de 1989, invocada en el acto acusado, era la especial aplicable a la situación del demandante, como expresión del debido proceso del Artículo 29 de la C.P.. Esta normatividad establece la causal de retiro aplicada al demandante, la cual está autorizada por el Artículo 125 de la misma Carta fundamental, que señala que el retiro de la carrera puede ocurrir por las causales previstas en la constitución o la Ley. **Se observa que la Subdirectora del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – encargada de las funciones del Despacho del Director, profirió la resolución acusada, invocando su facultad legal del literal d), del artículo 44 del D. 2147 de 1989, la cual en su sentido y alcance no se contrapone** y, por lo tanto, guarda armonía con el artículo 1º del D. 1679 de 1991.*

No se probó que la Subdirectora del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS – encargada de las funciones del Despacho del Director, profiriera la Resolución demandada, con

² Artículo 89 Decreto 262 de 2000

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

abuso o desviación de poder, por motivos y con fines contrarios al buen servicio público, en forma caprichosa o arbitraria, o con ánimo sancionador; ni se probó que la declaración de insubsistencia del nombramiento del demandante, que no es una sanción disciplinaria, tuviera como causa eficiente la imputación de alguna falta disciplinaria para sancionarlo". (Resaltado fuera de texto).

De este recuento normativo y jurisprudencial, es dable extraer que el subdirector general, en ejercicio del encargo de funciones que le fue designado por el presidente de la República, tenía en su cabeza la facultad discrecional de nombrar y remover del cargo a los empleados de libre nombramiento y remoción, pues dicha facultad no se encuentra prevista en la Ley exclusivamente para quien ostenten la calidad de director en propiedad.

El extremo activo también puso de presente que su desvinculación obedeció a una retaliación por las decisiones tomadas en el comité de conciliación en el que se debatió sobre un asunto concerniente a un proceso contractual; al respecto, dentro de las grabaciones que se aportaron concernientes a las reuniones de directivos de la entidad para el mes de febrero se escuchó discusión en torno a una demanda interpuesta en contra de la entidad por un asunto contractual para los días 2 y 8 de febrero de 2016 y de estas reuniones se evidenció que hubo una falla en la ejecución contractual, la persona que lideró las reuniones (se insiste que de las grabaciones no se puede afirmar con certeza el nombre de los intervinientes) llamó la atención acerca del compromiso institucional que deben tener los funcionarios e insistió en las buenas prácticas; en consecuencia, no observa el despacho que de las pruebas recaudadas se logre establecer un nexo causal entre las discusiones en torno al referido proceso contractual y la decisión de desvinculación del demandante; antes bien, lo que si se evidencia es que en cada una de las reuniones de directivos que se llevó a cabo durante el mes de febrero la constante fue un llamado al cumplimiento de los deberes y al compromiso con la institución, el liderazgo que deben tener los jefes de cada área para tomar decisiones sencillas y las buenas prácticas al interior de la entidad.

En cuanto a la discriminación por razón de la edad, fundamentada en que la decisión de su retiro tuvo como sustento el "cambio generacional" que se adujo en los estudios previos sustento del proceso contractual por medio del cual se buscaba la contratación de selección de competencias de ejecutivos de libre nombramiento y remoción para proveer el cargo de directores y jefes de oficina de la sede principal, tampoco resulta de recibo en consideración a que, si bien es cierto la norma establece una estabilidad laboral reforzada en razón de la edad, para ser acreedor este fuero de protección se requiere de ciertos elementos.

La figura de protección laboral surgió con la Ley 790 de 2002, "por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan una facultades extraordinarias al presidente de la república", normativa que tenía por objeto modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional y que en materia de protección especial, señaló:

"ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley". (Resaltado fuera de texto)

Esta disposición normativa fue reglamentada por el Decreto 190 de 2003, en el cual se definió al servidor próximo a pensionarse como aquel a quien le faltaran 3 años o menos, contados desde la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas para obtener el disfrute de la pensión de jubilación; adicionalmente, la Ley 812 de 2003, en el literal d del Artículo 8, precisó: "Conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8º de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez³".

³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-991 de 2004

La redacción de la norma ha resultado restrictiva, toda vez que en principio solo aplica para aquellos prepensionados que presten sus servicios a una entidad del orden nacional sujeta al plan de renovación de la administración pública, dejando por fuera otros escenarios y entidades de distintos niveles, circunstancia que ha originado múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, siendo del caso traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-897 de 2012, en donde la referida corporación efectuó precisiones importantes para dar protección a aquellos funcionarios beneficiarios del retén social, como las siguientes:

1. El término de tres (3) años a que se refiere la norma debe contarse desde la fecha en que se suprimió el cargo y la persona es retirada del servicio y no desde la promulgación de la norma, siendo este el momento determinante para la configuración o no de la garantía.
2. Esta garantía de retén social aplica, en principio, para los funcionarios de las entidades liquidadas en desarrollo del plan de renovación para la administración pública, pero también puede hacerse extensiva a entidades que se liquiden por motivos diferentes, teniendo como fundamento el principio de igualdad.

3. En cuanto a la protección que se debe brindar, la Corte concluyó: "Con base en lo expuesto, la Sala concluye que la protección que se deriva del contenido del derecho **fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que profirió la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensionados, se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación". (Resaltado en el texto)**

Lo anterior implica que las órdenes encaminadas a proteger los derechos de los prepensionados no pueden ser el reintegro del trabajador al cargo que desempeñaba, toda vez que no se puede desconocer la finalidad del proceso liquidatorio de una entidad pública, razón por la cual la orden debe estar encaminada a hacer la provisión presupuestal que permita continuar cancelando los aportes al correspondiente régimen pensional hasta que se cumpla el tiempo mínimo de cotizaciones.

Al finalizar de las consideraciones, la Corte Constitucional arribó a concluir que son beneficiarios de la protección de prepensionados los trabajadores de entidades liquidadas a quienes les falte menos de tres años para pensionarse al momento de supresión del cargo y que la protección debe estar encaminada a garantizar el pago de los aportes correspondientes al régimen pensional hasta cumplir requisitos mínimos para pensión de vejez o jubilación.

El anterior análisis muestra que, en principio, no es posible acudir a estas normas de protección en circunstancias diferentes a la liquidación de la entidad empleadora, como sería en caso de la declaración de insubsistencia del nombramiento en empleos de libre nombramiento y remoción; sin embargo, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 29 de febrero de 2016, con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso No. 05001233300020120028501, señaló:

"Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los "prepensionados" no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raíz en la naturaleza constitucional, es decir, "opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público"; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismos, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causas que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación general del derecho al mínimo vital e igualdad de los prepensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión".

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora bien, en esta misma providencia, la máxima Corporación fue enfática en señalar que el simple hecho de estar próximo a consolidar el estatus pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no genera fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción, es decir que debe analizarse cada situación particular para establecer una ponderación razonable y adecuada al momento de ejercer la facultad discrecional.

Así, es evidente que en este aspecto particular la facultad discrecional del nominador frente a los empleos de libre nombramiento y remoción encuentra su límite por razón de la edad solamente cuando se trata de proteger los derechos de una persona que se encuentra cobijada por una condición de prepensionado, circunstancia que no fue alegada ni probada por el demandante.

Por otra parte, no puede perderse de vista que de las pluricitadas grabaciones que dan cuenta de las reuniones de las directivas de la entidad, se puede extraer que el proyecto de modernización de la misma fue un proyecto que inició incluso antes del encargo de las funciones del director en el subdirector general y que el llamado de atención debido a la mala imagen institucional y las malas prácticas fue general y constante, es decir que se venía evidenciando un detrimento en la buena prestación del servicio y, en esa medida, bien podía el nominador hacer uso de su facultad discrecional para remover libremente los cargos de confianza y manejo, bajo la presunción del mejoramiento del servicio.

Ahora bien, otro de los argumentos del demandante es que no se evidencia mejoramiento del servicio, menos aun cuando su reemplazo no fue provisto en propiedad sino en interinidad y a la fecha continúa en las mismas condiciones; al respecto es importante precisar que en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales se ha dicho que: *“Así como la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que la facultad discrecional no requiere ser motivada; también ha expresado que el solo argumento de las calidades del servidor no es suficiente para considerar la desviación de poder, por cuanto éstas son calidades que la administración exige a todo servidor público. En ese sentido, la carga que se impone al nominador es que la persona que designe para el ejercicio del empleo público cumpla con las condiciones y requisitos establecidos previamente para el desempeño del cargo, sin que ello implique que el servidor, cuya expectativa es ser nombrado en el cargo, deba superar las calidades profesionales, académicas o de experiencia que ostentaba el funcionario predecesor. Tal reflexión conduciría a concluir que los requisitos para acceder el cargo de libre nombramiento y remoción no son los que fija expresamente la ley, sino que serían determinados por los estudios, títulos, experiencia, calidades y aptitudes de los funcionarios que previamente hayan ostentando el cargo, lo cual, escapa de toda lógica. Distinto es, que el funcionario público deba cumplir con los estándares mínimos que demande el ejercicio de un determinado cargo”*.

Así las cosas, el hecho de que los testigos Gustavo Álvaro Porrás Amaya y Carlos Alberto Garrido Pombo hayan señalado en sus declaraciones que el demandante gozaba de excelentes calidades profesionales y personales y que en el desarrollo de sus funciones no recibió llamados de atención durante el tiempo en que ellos fungieron que jefes, no le genera fueron de inamovilidad alguno en atención a la naturaleza del cargo desempeñado, pues para los empleos de libre nombramiento y remoción además de cumplir con los requisitos exigidos por el cargo tiene una relación subjetiva de confianza⁵, lo significa por demás que el reemplazo del demandante solamente debe cumplir con los requisitos exigidos por la norma y con la facultad discrecional del nominador para nombrarlo libremente.

Finalmente, en lo que se refiere a la falta de motivación, debe señalarse que por tratarse de un acto administrativo que se expide en ejercicio de la facultad discrecional, la norma que consagra su ejercicio señala que no requiere de motivación alguna (Artículo 41 de la Ley 909 de 2004); al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2016, dictada dentro del proceso No.

⁴ Ver sentencia del Consejo de Estado en sede de tutela, proferida el 14 de abril de 2016, con ponencia de la consejera Martha Tera Briceño de Valencia, dentro del proceso No. 11001031500020150103901.

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, sentencia proferida el 27 de octubre de 2016, dentro del proceso No. 11001333102020110024001, con ponencia de la magistrada Beatriz Helena Escobar Rojas:

“Aunado a lo anterior, el hecho de que la accionante tenga más experiencia que la persona que la reemplazó no significa que se limita la facultad discrecional del nominador, ya que existe otro ingrediente al que se hizo alusión el apoderado del INVÍAS en la contestación de la demanda y es la confianza estrecha que debe unir a la persona con el nominador.

Conforme a lo anterior, concluye la Sala que la posibilidad de desvincular de forma discrecional a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción obedece a la relación subjetiva de confianza de estos con el nominador, y que se presume que el acto de desvinculación estuvo inspirado en razones del buen servicio”.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00549-00
Demandante: GABRIEL DE LA CUESTA MORA
Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

11001333100820110025301, con ponencia de la magistrada Beatriz Helena Escobar Rojas, señaló:

“Finalmente, con respecto al argumento de falta de motivación, la Sala recuerda a la parte actora que, como se advirtió en precedencia, la administración no debe motivar el acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, sin que ello implique que por el hecho de que un acto sea discrecional pueda ser arbitrario, pues debe estar orientado al mejoramiento del servicio. No obstante, ello sí invierte la carga de la prueba, pues la desviación de poder, la arbitrariedad, o los fines distintos al mejoramiento del servicio en su expedición, deben ser probados por quien los alega”.

Así mismo lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-686 de 2014, en donde dispuso:

“Los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. En consecuencia, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que con ello se vulnere ningún derecho fundamental, siempre y cuando no se produzca arbitrariedad”.

En consecuencia, al no lograr desvirtuar en juicio la presunción de legalidad del acto administrativo acusado no puede el despacho resolver cosa diferente que negar las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas por el juzgado.

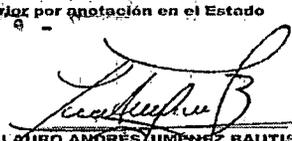
SEGUNDO.- NO CONDENAR en costas ni agencias en derecho a la parte demandante, según lo motivado.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, si lo hubiere, hágase entrega a la parte demandante del remanente de la suma depositada para gastos procesales, y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

AM

JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.	
Hoy <u>16 JUN 2017</u>	se notifica el auto anterior por anotación en el Estado
 LAURO ANDRÉS JIMÉNEZ BAUTISTA SECRETARIO	