

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B
MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicado: 25000-23-25-000-2009-00417-01
Nº Interno: 2805-2013
Demandante: María Elena Upegui Galvis
Demandada: Personería de Bogotá D.C.
Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho- Decreto 01 de 1984
Tema: Aceptación renuncia

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la señora María Elena Upegui Galvis contra la sentencia del 28 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F que negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Pretensiones

La señora María Elena Upegui Galvis, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos¹:

- Decreto Nº 030 del 13 de febrero de 2009, por medio del cual se aceptó la renuncia al cargo de Personera Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Protección de la Familia y el Menor.
- Decreto Nº 031 del 13 de febrero de 2009, mediante el cual se aceptó la renuncia al cargo de Profesional Especializado Código 222, grado 07, presentada por la demandante.
- Resolución Nº 043 del 13 de febrero de 2009, mediante la cual se ordenó la

¹ Inicialmente la demanda fue presentada ante los Juzgados Administrativos de Bogotá, sin embargo, mediante auto del 11 de septiembre de 2009 el Juzgado Veinticinco Administrativo de Bogotá remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, en razón a la cuantía de las pretensiones.

cesación de una comisión.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, **a título de restablecimiento del derecho**, se ordene a la entidad demandada reintegrar a la señora María Elena Upegui al cargo que venía ocupando o a otro similar o de superior categoría, de acuerdo con los requisitos que para el mismo se exigen.

Adicionalmente, solicitó que se ordene a la Personería de Bogotá pagar el valor de todos los sueldos, primas y demás prestaciones correspondientes al cargo que venía ocupando, junto con los incrementos legales desde cuando se produjo el retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrada al empleo.

Asimismo, pidió que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, para todos los efectos legales y prestacionales y que se disponga que la liquidación de las condenas se ajusten tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, conforme a lo dispuesto en el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes:

Indicó que la señora María Elena Upegui Galvis laboró al servicio de la administración pública desde octubre de 1987 a octubre de 1990, en el Congreso de la República.

Posteriormente, el 2 de abril de 1991 fue vinculada a la Personería de Bogotá D.C., entidad en la que ocupó diferentes cargos. Señaló que mediante Resolución N° 359 del 29 de noviembre de 2005 fue incorporada a la planta de personal de la Personería de Bogotá D.C., como Profesional Especializado código 222, grado 07 y, posteriormente, solicitó una comisión para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad, siendo así que mediante Decreto 130 del 31 de marzo de 2008 fue nombrada con carácter ordinario como Personera Delegada código 040, grado 03 de la Personería Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Protección de la Familia y el Menor.

Indicó que obtuvo la máxima calificación como servidora de la Personería de Bogotá, de acuerdo con el desempeño eficiente de sus funciones y aseguró que desde su nombramiento como Personera Delegada emprendió una ardua labor relativa a la defensa, protección, promoción y divulgación de los derechos humanos en el Distrito Capital, para servir a la ciudadanía bogotana y a las poblaciones más vulnerables.

Afirmó que el 13 de febrero de 2009 la demandante se encontraba desempeñando sus funciones, por lo que asistió al Comité del Ministerio Público convocado para ese día, cuando se le informó que era requerida en la Dirección de Personal. Una vez se presentó en dicha dependencia, el Jefe de Recursos Humanos le solicitó que firmara un documento previamente elaborado que contenía la renuncia al cargo de Personera Delegada para la Protección de la Familia y el Menor, y se le indicó que el Personero de Bogotá había dicho que de no firmar ese documento la declaraba insubsistente, razón por la cual procedió a dar cumplimiento a la orden que le fue impartida.

Aseguró que aunque la demandante laboró en la Personería de Bogotá hasta el 13 de febrero de 2009, pues asistió a reuniones y firmó documentos, el decreto de desvinculación se profirió a partir de esa fecha, es decir, que el salario y prestaciones sociales se pagaron como si hubiera laborado hasta el 12 de febrero de 2009.

Manifestó que una vez fue retirada del servicio, se nombró a la señora Mirtha Patricia Bejarano Ramón como Personera Delegada para la defensa de los Derechos Humanos, protección de la Familia y el Menor por el término de un mes, periodo dentro del cual se desempeñó simultáneamente como Coordinadora de Personerías Locales.

Asimismo, indicó que en el mes de marzo de 2009 se nombró como Personera Delegada para la defensa de los Derechos Humanos, protección de la Familia y el Menor a la señora Mónica Naranjo Londoño, quien no reunía los requisitos de formación académica y experiencia profesional para ocupar el cargo e incluso había sido sancionada disciplinariamente con multa que solo canceló en el mismo mes de la posesión como Personera, por lo que se desvirtúa que éste nombramiento se hubiera efectuado con el fin de mejorar el servicio.

Advirtió que los meses anteriores a su desvinculación de la Personería de Bogotá fueron difíciles, toda vez que debió conocer y pronunciarse sobre varios temas de interés en la ciudad, como son: (i) la retención masiva de personas en la unidad permanente de justicia; (ii) falsos positivos; (iii) el escándalo de DMG, dentro del cual designó a un funcionario para que atendiera el requerimiento del señor David Murcia, en el sentido de que se le permitiera hablar con los medios de comunicación, siendo así que el 12 de febrero de 2009 fue entrevistado en el centro carcelario, sin embargo, dicha entrevista no fue publicada, y posteriormente surgió el escándalo en el que se vinculó al señor Personero de Bogotá con el tema DMG.

Señaló que mientras la demandante permaneció en el cargo de Personera Delegada tuvo discrepancias sobre las decisiones que se adoptaban en la entidad en relación con el cumplimiento de los objetivos misionales, por temas como: el agotamiento del presupuesto en septiembre de 2008; por querer la entidad enviar a los jóvenes adscritos al componente Personeros Estudiantiles al departamento del Guaviare con el fin de presionar la liberación de personas secuestradas, pese a que habían circulado pasquines que evidenciaban riesgo para ellos.

Finalmente, resaltó que para la fecha de desvinculación de la demandante había cumplido 53 años de edad, es decir, que se encontraba cobijada por la garantía de estabilidad laboral que le da el retén social al ser prepensionada.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas los artículos 25, 29 y 53 de la Constitución Política; y 44, 45 y 48 del Código Contencioso Administrativo.

Advirtió que los actos demandados se encuentran viciados por violación al debido proceso, falsa motivación y desviación de poder, toda vez que la demandante fue coaccionada para que presentara la renuncia, bajo la amenaza de ser declarada insubsistente si no lo hacía, lo que generó que su consentimiento estuviera alterado porque la decisión de renunciar no fue espontánea ni libre.

Indicó que pese a que en el Decreto 030 de 2009 se dispuso que debía permanecer en el cargo hasta que se nombrara a la titular del mismo; el 13 de febrero de 2009 se nombró en encargó a la Coordinadora de Personería Locales, y un mes después se efectuó el nombramiento de quien quedó como titular del cargo, lo que conllevó a que la demandante fuera retirada del servicio en la misma fecha de presentación de la renuncia.

Afirmó que también se presentó una irregularidad en la medida en que el acto de aceptación de la renuncia del cargo de Profesional Especializado fue anterior a la cesación de la comisión.

2. Contestación de la demanda

La Personería de Bogotá se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos²:

Expuso que las actuaciones que la demandante lideró como Personera Delegada son funciones propias del cargo, en el cual se manejan temas que son de gran

² Folios 1-59 del cuaderno 2).

impacto social, independientemente de quien se encuentre nombrado.

Agregó que las políticas de la entidad demandada se encuentran trazadas por el Personero de Bogotá, lo que delimita el margen de acción de las dependencias, que siempre deben obedecer los planes de acción asignados a cada área de trabajo, siendo así que se ha dado gran importancia a los Derechos Humanos por ser función constitucional y estar relacionado con la comunidad en particular.

Advirtió que si en verdad la renuncia presentada por la demandante hubiera sido bajo presión, su contenido habría sido distinto, sin embargo, en el documento en cuestión la señora María Elena Upegui renuncia no solamente al cargo de Personera Delegada, sino también al de Profesional Especializada 222-07 sobre el cual ostentaba derechos de carrera.

Adicionalmente, en el mismo documento la actora agradeció al nominador la confianza depositada en ella, lo que demuestra que tenía claras intenciones de retirarse de la institución, por lo que es impensable que hubiera sido coaccionada para que presentara la renuncia.

Indicó que no existe prueba si quiera sumaria que la renuncia de la demandante obedeciera a hechos diferentes a la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar dentro de su equipo de trabajo del nivel directivo a personal de su confianza. Al respecto citó jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado sobre la materia.

Afirmó que el Consejo de Estado en un caso en el que se discutía sobre las diferencias suscitadas entre empleado y empleador por diferencias de opinión sobre el manejo de la entidad, concluyó que *“la diferencia de criterio debe ser solucionada utilizando la facultad discrecional que la Ley y la Constitución ha previsto justamente para el efecto”*.

Asimismo, advirtió que contrario a lo indicado por la demandante, la persona que ocupó el cargo de Personera Delegada para los Derechos Humanos con posterioridad a ella cumplía los requisitos para este y no tenía ninguna inhabilidad para posesionarse en el mismo.

Alegó que tampoco es cierto que el acto administrativo por medio del cual se encargó a la señora Mirtha Patricia Bejarano Ramón como Personera Delegada para los Derechos Humanos, fue proferido sin que se hubiera definido lo relativo a la cesación de la comisión, pues la entidad demandada le remitió copia a la señora María Elena Upegui de la Resolución N° 043 del 13 de febrero de 2009, mediante la

cual se dispuso la terminación de la comisión otorgada para desempeñar el cargo de Personera Delegada.

Al respecto, afirmó que mientras los actos administrativos que aceptaron la renuncia de la demandante a los cargos de Personera Delegada y Profesional Especializado, fueron Decretos; el que ordenó la cesación de la comisión fue una Resolución, razón por la cual, contrario a lo indicado por la parte actora, el hecho que el consecutivo fuera diferente no vicia los actos administrativos demandados.

Agregó que como la demandante fue nombrada en comisión en un cargo directivo, de manejo y confianza, podía ser removida libremente por el Personero Distrital, bajo el amparo de la facultad discrecional que la ley le otorga, sin que por ello pueda considerarse que existió abuso o desviación de poder.

Por otra parte, señaló que no es posible aplicar la Ley de “retén social” que la demandante alega como violada, toda vez que la personería de Bogotá D.C. no se encuentra en ningún proceso de reestructuración para disminuir su planta de personal, ni mucho menos en liquidación.

Aseguró que en el presente asunto no existe prueba sobre la supuesta presión de la cual fue objeto la demandante, así como tampoco del desmejoramiento del servicio, toda vez que la persona que ocupó el cargo después de su retiro, se encontraba ampliamente calificada para ello.

Propuso las excepciones de: (i) ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) indebido agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad; y (iii) indebida acumulación de pretensiones.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F mediante sentencia del 28 de septiembre de 2012: (i) declaró no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada; y (ii) negó las demás pretensiones de la demanda³.

Expuso que una vez leída la carta de renuncia presentada por la señora María Elena Upegui Galvis se evidencia que la misma era de obligatoria aceptación, pues ostentaba el carácter de irrevocable y no se infiere ninguna presión ajena a la voluntad de la dimitente, ni se insinúa constreñimiento o intimación alguna por parte del nominador de ese entonces, lo cual pudo haberse dejado consignado en el

³Folios 352-379.

mismo acto de renuncia, como una manifestación clara y expresa de no ser absolutamente voluntaria o consentida, máxime si la autora de la misma es una persona profesional y, por tanto, de un nivel cultural óptimo que le permite en esas condiciones dejar plasmada su inconformidad con la solicitud que califica de ilegal e improcedente.

Asimismo, el A quo consideró que el nominador podía insinuar a la actora que presentara la renuncia del cargo de Personera Delegada siendo este un cargo de libre nombramiento y remoción, sin embargo, advirtió que la demandante al ser abogada y con la experiencia profesional que tenía, era conocedora del procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004 respecto al cargo que ocupaba en carrera administrativa como Profesional Especializado, por lo que la supuesta amenaza de declaratoria de insubsistencia no debió ser atendida frente a este cargo, pues no es una forma de retiro del servicio de los empleados escalafonados.

Advirtió que al revisarse los medios probatorios obrantes en el expediente, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, toda vez que los elementos de juicio no permiten inferir si hubo constreñimiento por parte del Personero de Bogotá o el Jefe de Recursos Humanos, en la formación de la voluntad de la demandante de presentar su renuncia respecto de los cargos de Personera Delegada y Profesional Especializada que desempeñaba en la entidad demandada, por supuestas discrepancias frente a las decisiones que adoptaban en torno al cumplimiento de los objetivos misionales de la Personería de Bogotá.

El Tribunal consideró que aunque los testimonios presentados en el proceso muestran que la demandante fue requerida por el Jefe de Recursos Humanos el día en que presentó su renuncia, ninguno dice conocer las razones de la entrevista ni les constan los motivos por los cuales la actora presentó la renuncia.

En relación con los artículos de opinión publicados en revistas, el A quo manifestó que no podían ser tenidos en cuenta porque no se cumplieron las previsiones del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y, en gracia de discusión, concluyó que esta clase de artículos no pueden tomarse como fuente para declarar la nulidad de un acto administrativo.

Igualmente, el Tribunal consideró que no son válidos los argumentos de defensa presentados por la demandante, relacionados con la supuesta aplicación de la figura del retén social y la falta de requisitos por parte de quien entró a ocupar el cargo de personera Delegada, toda vez que la decisión de retirarse de la entidad fue producto de la voluntad libre y espontánea de la demandante y por lo mismo, no es posible

estudiar dichos motivos de defensa, los cuales son propios de un proceso en los que se estudie el retiro del servicio producto de la declaratoria de insubsistencia.

4. Recurso de apelación

La señora María Elena Upegui Galvis interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos⁴:

Reiteró lo manifestado en la demanda y señaló que el A quo se basó solamente en lo indicado por la entidad demandada, sin valorar las pruebas documentales y testimoniales allegadas y practicadas en el proceso, a partir de las cuales se hubiera podido destruir la legalidad del acto de aceptación de renuncia.

Manifestó que resulta contradictorio que en la sentencia de primera instancia se aceptara que pudo generarse una afectación de la voluntad de la demandante, pero posteriormente considerara que no hubo presión, cuando en realidad se demostró que existieron motivos ocultos que se configuran como intenciones distorsionadas del nominador, que le hacen perder la presunción de legalidad a los actos administrativos acusados.

Señaló que en la sentencia apelada se cuestiona su profesionalismo y la pone en el papel de victimaria, pues desconoce que fue víctima de decisiones arbitrarias por parte de la administración, y pese a ello afirma que debía orientar a la administración respecto de la forma como debía retirarla del servicio, pues en la decisión de primera instancia se afirma que por el hecho de ser abogada y conocedora del procedimiento, debía indicarle al Jefe de Personal la manera correcta de hacerlo.

5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

5.1. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación y señaló que al momento del retiro del servicio gozaba de un fuero especial que otorga el régimen de carrera administrativa, siendo así que la Corte Constitucional ha señalado la especial protección de los derechos subjetivos del empleado de carrera, tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, como de la titularidad de derechos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado⁵.

Aseguró que la presión de la que fue objeto para que presentara la renuncia se dio

⁴ Folios 381-403.

⁵ Folios 432-445.

dentro de un contexto difícil, por cuanto el día en que se le dio la orden de renunciar o se le declaraba insubsistente, estaba de cumpleaños; lo cual le generó inestabilidad al ser objeto de maltrato por parte de la administración, además porque solamente se le allegó un documento con el espacio para que firmara la renuncia.

5.2. La Personería de Bogotá reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda⁶.

5.3. El Ministerio público no conceptuó sobre el asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el artículo 129 *ídem*, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación presentado por la señora María Elena Upegui Galvis, corresponde a la Sala establecer si se debe revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, la Sala determinará si la solicitud de la renuncia al cargo que ocupaba la demandante como Personera Delegada para la defensa de los Derechos Humanos, protección de la familia y el menor afecta la legalidad de los actos administrativos demandados.

Con el propósito de desatar el problema jurídico se abordarán los siguientes temas: (i) Marco normativo y jurisprudencial; (ii) Hechos relevantes probados y (iii) Caso concreto.

2.1. De la renuncia como causal de retiro del servicio

Entre las causales de retiro del servicio el legislador previó la renuncia regularmente aceptada de un empleo público; entendida como la manifestación espontánea y voluntaria de separarse definitivamente del ejercicio de la función pública.

⁶ Folios 446-453.

Lo anterior, debe precisarse, constituye un desarrollo del derecho de “*escogencia de profesión u oficio*” previsto en el artículo 26 de la Constitución Política, según el cual, toda persona es libre de escoger o dejar de lado un oficio u profesión, de acuerdo a sus intereses, sin que existan limitaciones distintas de aquellas que pretendan salvaguardar la continuidad y buena prestación del servicio.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-374 de 5 de abril de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnet), sostuvo:

“(...) La libertad se despliega de maneras diversas a través del ordenamiento. El derecho a ocupar cargos públicos supone el derecho a renunciar al cargo, pues constituye desarrollo de la libertad de la persona decidir si permanece o no en un cargo. En este orden de ideas, por principio la decisión sobre la permanencia en un cargo, o en un puesto de trabajo, no puede restringirse o impedirse.

Ahora bien, al ser la renuncia a un cargo público manifestación de la voluntad personal, es decir, una expresión del ejercicio de su libertad, el deber de respeto de la libertad exigible al Estado comporta la obligación de aceptar, dentro de un término razonable, la renuncia. En estas condiciones, la actuación de las autoridades demandadas, antes que configurarse en una violación de sus derechos políticos fundamentales, supone el cumplimiento del deber jurídico de respeto por el ejercicio de su libertad. (...).”

En relación con la causal de retiro del servicio en comento, el Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil*”, en su artículo 27 preceptúa que, quien sirva en un empleo de voluntaria aceptación puede manifestar su dimisión voluntariamente. Así se observa en la citada norma.

“ARTICULO 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 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 otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado.

Quando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva.”.

En este mismo sentido, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 110, reitera la posibilidad con que cuenta un servidor público de dejar sus funciones mediante la renuncia regularmente aceptada, precisando para ello que, una vez esta sea puesta en conocimiento de la administración, la autoridad nominadora, deberá pronunciarse en relación con su aceptación, dentro de los 30 días siguientes a su presentación, en caso contrario, el servidor público podrá separarse de su empleo, sin incurrir en abandono del cargo o continuar prestando sus servicios, evento en el cual la renuncia presentada no producirá efecto alguno.

Para mayor ilustración se transcriben los artículos 110 y 113 del Decreto 1950 de 1973.

“ARTICULO 110. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

ARTICULO 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.”.

Y, en relación con la Ley 443 de 1998, “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa” se advierte que a través de ella se preservó dentro del ordenamiento jurídico como causal de retiro de la función pública de los empleados de carrera la renuncia regularmente aceptada de un servidor público, en los siguientes términos:

“ARTICULO 37. CAUSALES. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> El retiro del servicio de los empleados de carrera se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral;*
 - b) Por renuncia regularmente aceptada;*
- [...]“.*

A su vez, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, estableció la discrecionalidad en el retiro para los empleos de libre nombramiento y remoción, sin que sea necesario la

motivación del acto, al disponer:

“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:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

[...]

d) Por renuncia regularmente aceptada;

[...]

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

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

Causal de retiro de la cual disponen, en igual forma, los empleados nombrados en provisionalidad en el momento en que así lo manifiesten, esto, con carácter libre, voluntario e inequívoco, y en los términos previstos en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, aplicables a dichos servidores ante la falta de regulación concreta, en relación con su forma de desvinculación por renuncia regularmente aceptada.

De otra parte, la Sala no pasa por alto que esta Corporación ha señalado en reiteradas ocasiones que la solicitud o insinuación de renuncia 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 su subalternos.

En efecto, se ha precisado que quien ocupa un cargo del nivel directivo o asesor, sin estar amparado por los derechos que confiere la carrera administrativa ni por algún otro sistema o fuero de estabilidad, se encuentra bajo el imperio de una potestad discrecional de libre nombramiento y remoción y, en consecuencia, en una situación de confianza distinta de la que se advierte en los demás niveles de la administración.

Sobre el particular esta Sección en sentencia del 10 de mayo de 2007. Rad. 0322-2005 (M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante), sostuvo:

“(…) La jurisprudencia de la Sala ha sido uniforme en señalar que la renuncia

solicitada a los titulares de determinados Cargos (...), es válida, puesto que ella obedece a la facultad que tiene el nominador de integrar los cuadros en la cúpula administrativa en determinada entidad, para el cumplimiento de las metas tendientes a garantizar un adecuado servicio público. La insinuación de la renuncia en dicho nivel, se convierte en un mecanismo acorde a la investidura de tales cargos, busca evitar el retiro por insubsistencia, que no es de común ocurrencia en esos destinos y se repite, no se presenta desvío de poder en la solicitud de renuncia (...), dicho proceder se justifica por el rango y atribuciones que demanda la función administrativa en el cumplimiento de los fines del Estado. (...).

Así mismo, en sentencia de 12 de mayo de 2011. Rad. 2194-2008 (M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve), precisó que:

“(...) Bajo estos supuestos, respecto de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción tanto en el régimen general como en el de la Fiscalía, que tienen similares previsiones, la solicitud o insinuación de renuncia a los funcionarios o empleados que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza no afecta la legalidad de los actos de retiro.

Dicha facultad obedece a la oportunidad que la ley le otorga a los nominadores de reorganizar el servicio mediante el cambio de sus subalternos y porque estos cargos son excepcionales, en la medida en que en ese ente prevalece el sistema de carrera, que es la regla general (...).”.

3. Hechos probados relevantes

- La señora María Elena Upegui Galvis se vinculó, en propiedad, al servicio de la Personería de Bogotá desde el 2 de abril de 1991, fecha desde la cual ocupó diferentes cargos. Posteriormente, mediante Decreto N° 130 del 31 de marzo de 2008 y Acta de Posesión 9257 del 7 de abril de 2008 fue nombrada con carácter ordinario en el cargo de Personero Delegado Código 040 Grado 03 de la Personería Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Protección de la Familia y el Menor, para lo cual se le otorgó comisión a partir de la misma fecha mediante Resolución N° 105 del 1 de abril de 2008⁷.
- La señora María Elena Upegui Galvis el 13 de febrero de 2009 presentó escrito de renuncia ante la Oficina de Personal de la Personería de Bogotá⁸.
- Decreto N° 030 del 13 de febrero de 2009 “*Por medio del cual se acepta una renuncia*” presentada por la señora María Elena Upegui Galvis al cargo de

⁷ Según certificado expedido por el Director de Recursos Humanos de la Personería de Bogotá D.C. visible a folios 13-15.

⁸ Folio 4.

Personero Delegado Código 040 Grado 03 de la Personería Delegada para la defensa de los Derechos Humanos, protección de la Familia y el Menor de la Personería de Bogotá, a partir de la misma fecha⁹.

- Resolución N° 043 del 13 de febrero de 2009 “*por la cual se ordena la cesación de una comisión*” a partir de la misma fecha, teniendo en cuenta que la demandante renunció al cargo que venía ocupando en encargo como Personera Delegada para la defensa de los Derechos Humano, protección de la Familia y el Menor, por lo que debía asumir el empleo respecto del cual tenía derechos de carrera administrativa¹⁰.
- Decreto N° 031 del 13 de febrero de 2009 “*Por medio del cual se acepta una renuncia*” presentada por la señora María Elena Upegui Galvis al cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 07 de la Personería de Bogotá, a partir de la misma fecha¹¹.
- Acta N° 01 del 13 de febrero de 2009 del Comité Ministerio Público en la cual se advierte que estuvo presenta la señora María Elena Upegui Galvis¹².
- Resolución N° 096 del 9 de marzo de 2009 “*Por la cual se reconoce uno haberes laborales*” a la demandante¹³.
- Para la fecha en que se dio el retiro del servicio de la demandante, había cumplido 53 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 13 de febrero de 1956¹⁴.

4. Caso concreto

- Sobre la no intención de renunciar al cargo

La demandante sostiene que los actos administrativos demandados, mediante los cuales se aceptó su renuncia a los cargos de Personero Delegado y Profesional Especializado Código 222 Grado 07, último sobre el cual tenía derechos de carrera administrativa y se le había otorgado una comisión para desempeñarse en uno de

⁹ Folio 5.

¹⁰ Folios 7-8.

¹¹ Folio 6.

¹² Folios 50-52.

¹³ Folios 9-11.

¹⁴ Folio 115.

libre y nombramiento y remoción, fueron producto de la presión que ejerció el Personero de Bogotá en su contra.

Manifiesta que durante el periodo en que ocupó el cargo de Personera Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, la Protección de la Familia y el Menor *“tuvo serias discrepancias frente a las decisiones que se adoptaban en torno al cumplimiento de los objetivos misionales de la entidad adecuados al contenido del Plan Estratégico del Señor Personero y así lo manifestó”*.

Asimismo, indica que su desempeño en el cargo fue sobresaliente y realizó diferentes gestiones y actuaciones con el fin de hacer cumplir la ley y fomentar los derechos humanos en la ciudad de Bogotá, para lo cual participó, e incentivó la realización de diferentes proyectos.

No obstante lo anterior, señala que el 13 de febrero de 2009, encontrándose en un comité del Ministerio Público, fue llamada por la Oficina de Personal de la Personería de Bogotá, y al acudir al llamado se le entregó un documento que contenía su renuncia al cargo de Personera Delegada, y se le informó que de no firmar dicha carta, el Personero había indicado que sería declarada insubsistente. Por lo anterior, considera que fue constreñida para que firmara la renuncia que fue elaborada por la misma entidad, pues nunca tuvo la intención de renunciar al cargo que ocupaba allí.

Se observa que la demandante presentó renuncia el 13 de febrero de 2009, en los siguientes términos:

“Mediante el presente escrito presento renuncia irrevocable al cargo que vengo desempeñando como Personera Delegada Código 040 Grado 03 De la Personería Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Protección de la Familia y del menor, así como al cargo de Profesional Especializada 22 grado 7, teniendo en cuenta que mediante Resolución 105 del 1 de abril de 2008, se me había otorgado una comisión para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción.

Le agradezco la oportunidad otorgada al permitirme formar parte de su equipo de trabajo así como desarrollar las labores encomendadas de manera responsable, esperando haber contribuido con el cumplimiento de las metas y objetivos trazadas por tan prestigiosa entidad en beneficio de la población Bogotana”.

Asimismo, se evidencia que la parte actora allegó con la demanda un escrito que, según ella, fue *“previamente elaborado y entregado para la firma de la doctora María Elena Upegui G, por parte del Jefe de Recursos Humanos de la Personería de Bogotá doctor Jesús Alberto Rivera Cifuentes”*, el cual tiene el siguiente contenido:

*“Con toda atención por medio del presente escrito, me permito presentar a usted, renuncia irrevocable al cargo que vengo desempeñando como **PERSONERO DELEGADO CÓDIGO 040 GRADO 03 DE LA PERSONERÍA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DEL MENOR, a partir de la fecha**”.*

Al respecto, la Sala considera que no es posible tener certeza sobre el origen de este último escrito, ni se puede saber quién lo elaboró, pues solamente se cuenta con lo manifestado por la actora cuando enuncia las pruebas aportadas con la demanda, sin embargo, en otros escritos señala que la carta de renuncia que suscribió fue entregada directamente por la Oficina de Recursos Humanos de la Personería de Bogotá, lo que genera contradicción en lo manifestado por la señora María Elena Upegui dentro del presente proceso.

Asimismo, se observa que el supuesto escrito que fue entregado a la demandante por parte del Jefe de la Oficina de Recursos Humanos se refiere solamente a la renuncia al cargo de Personera Delegada, mientras que el escrito presentado por la actora en el mismo día menciona también que renuncia al cargo de Profesional Especializado, sobre el cual tenía derechos de carrera y, adicionalmente, la funcionaria dio las gracias por la oportunidad brindada, lo que demuestra que fue voluntario lo indicado por la actora en la correspondiente carta y se opone a lo manifestado en la demanda, en la cual hace ver que no tuvo otra opción que renunciar a los dos cargos, el de libre nombramiento y remoción y aquel sobre el que tenía derechos de carrera administrativa.

A juicio de la Sala, no resulta coherente que en una situación en la que presuntamente se constriñe a un funcionario para que renuncie, este último en vez de manifestar su oposición o dejar plasmado que no es su intención y voluntad renunciar, opte por mostrar su agradecimiento con el nominador. Igualmente, no es claro ni la parte demandante justifica en el proceso, las razones por las que presentó su renuncia al cargo de Profesional Especializado, sobre el cual tenía los derechos y estabilidad propios de la carrera administrativa, especialmente si se tiene en cuenta que en el supuesto escrito entregado por la Oficina de Derechos Humanos de la Personería de Bogotá, no se menciona nada sobre este cargo, sino que es la misma demandante la que, de manera voluntaria, decide renunciar a este también.

Lo anterior no implica como lo señaló la demandante en el recurso de apelación, que tenía que indicarle al Jefe de la Oficina de Personal de la Personería de Bogotá, cómo debían retirarla de la entidad, sino que debido a su formación profesional y a la trayectoria en la Personería de Bogotá, era conocedora de los derechos y

procedimientos propios para retirar a una persona que gozaba derechos de carrera, por lo que sabía que no podían declararla insubsistente del cargo de carrera administrativa, sino que previamente debía surtirse un trámite y calificarse su desempeño, sin embargo, de manera voluntaria la actora optó por presentar la renuncia a dicho cargo.

Ahora bien, dentro del proceso de la referencia se tomaron varias declaraciones con el fin de establecer las circunstancias en las que se generó el retiro del servicio de la señora María Elena Upegui Galvis de la Personería de Bogotá, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- **Declaración rendida por la señora Alba Luz Rodríguez González¹⁵:**

[...] PREGUNTADA: Indique al Tribunal si sabe y le consta de manera personal [la] razón o razones por las cuales la demandante ya no labora en la Personería de Bogotá? CONTESTÓ: En el año 2008, la Dra. María Elena Upegui fue nombrada Personera Delegada para Defensa, Promoción y Protección de los Derechos Humanos, yo me encontraba adscrita a esa dependencia hacía aproximadamente 5 años, motivo por el cual tuve la oportunidad de trabajar durante el período en el que ocupó dicho cargo. El 13 de febrero de 2009, nos encontrábamos laborando como normalmente se hacía y durante toda la mañana se recibieron llamadas en el Despacho de la Jefatura de Personal. La Dra. Upegui se encontraba en la reunión ordinaria mensual del Ministerio Público, a la cual era citada desde las 7:00 a.m.; hacia medio día ella se presentó en la oficina y me contó que el Jefe de Personal la había llamado a donde se estaba celebrando el Comité, que ella había hablado con el Jefe de Personal y que él le había dicho que le tenía una buena y una mala razón. La buena era que la felicitaba por su cumpleaños, y la mala que el señor Personero le pedía que le firmara la renuncia para ese efecto, le entregó un documento pedía que le firmara la renuncia para ese efecto, le entregó un documento redactado con el especio (sic) para que ella lo firmara y a la vez le dijo, según ella me contó que en caso de que no la firmara declararían su insubsistencia. El Jefe de Personal no le explicó las razones por las cuales se tomaba esa decisión, sin embargo, ante la situación ella recibió e documento y fue a la oficina, nos contó lo que había pasado y durante ese lapso de la Jefatura de Personal hicieron varias llamadas para que se presentara con el documento firmado. Ante esta situación y debido a la insistencia del Jefe de Personal la Dra. Upegui se vio obligada a presentar la renuncia. PREGUNTADA: Manifieste al Despacho si recuerda, en qué fecha se dio la renuncia de la señora MARÍA ELENA UPEGUI GALVIS? La exigencia de la renuncia se hizo el día de su cumpleaños, es decir, el 13 de febrero de 2009. PREGUNTADA: Manifiéstele al Despacho si es cierto o no que la Doctora MARÍA ELENA UPEGUI GALVIS, se presentó a laborar normalmente el día 13 de febrero del año 2009 y qué labores desarrolló ese día? CONTESTÓ: Como le indiqué anteriormente, para dicha fecha se había concertado una reunión de Comité de Ministerio Público, escenario en el cual se fijaba la Política de Intervención en las diferentes Áreas del Ministerio Público y teniendo en cuenta que la Delegada de Derechos Humanos, ejerce esta función ante las Comisarías de Familia, los establecimientos carcelarios y penitenciarios, y para esa época ejercía el Ministerio Público ante algunos Despachos Judiciales en el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes era indispensable, la

¹⁵ Folios 267-271.

presencia de la Personera Delegada quien tenía voz y voto en dicho Comité y por regla general a los mismos iba acompañada de alguno de los Profesionales que ejercían dicha labor, además se desarrollaron funciones que ordinariamente se cumplían en un día laboral, motivo por el cual suscribió algunos oficios dirigidos a entidades, de lo cual debe dar cuenta el archivo de la dependencia. Igualmente, aclaro que del Comité del Ministerio Público debe obrar copia de la correspondiente acta de sesión. PREGUNTADA: Manifiéstele al Despacho si la Dra. UPEGUI GALVIS le mostró el documento de renuncia allegado a este proceso, y si tiene conocimiento de si ella lo elaboró o si le fue entregado por alguna otra persona? CONTESTÓ: Como lo manifesté anteriormente, el Jefe de Personal le presentó un documento que estaba redactado señalando que ella presentaba su renuncia y ella la presentó cumpliendo el requerimiento sistemático que le hizo el citado funcionario. [...]"

○ **Declaración rendida por el señor Roger Rodríguez Ceferino¹⁶:**

"[...] PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si es cierto o no que la Doctora MARÍA ELENA UPEGUI GALVIS, se presentó a laborar normalmente el día 31 de febrero del año 2009 y qué labores desarrolló ese día? CONTESTÓ: Fecha exacta no recuerdo si el día de la reunión del Ministerio Público coincide con la de su cumpleaños si mi memoria no me falla ese día recibió una llamada durante la reunión referida y ella se ausentó para atender la llamada, y al final del día en la oficina se comentaba la salida de la Dra. María Elena. La relación siempre fue de jefe y subordinado, y no puedo dar fe ni siquiera de si ese día cumplía años, no puedo decirlo con certeza. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si conoce los motivos que originaron la renuncia de la Dra. UPEGUI GALVIS, de dicha entidad? CONTESTÓ: Los desconozco totalmente, no me consta cuáles [son] los móviles, motivos o circunstancias, que llevaron a la salida de la Dra. Upegui. Sé que era de carrera administrativa, y estaba encargada por Comisión. PREGUNTADO: Indique al Tribunal, si sabe qué persona fue nombrada en reemplazo de la Señora MARÍA ELENA UPEGUI GALVIS y, si con ese nombramiento se mejoró la prestación del servicio público? CONTESTÓ: Fue nombrada por un mes, la señora Mirta Patricia Bejarano Ramón, creo que desempeñó el cargo por uno o dos meses de manera provisional mientras se nombraba a alguien en propiedad. Se nombró posteriormente a la Dra. Claudia Mónica Naranjo Londoño, que fue mi jefe hasta hace como 10 días, reasumiendo la Dra. Bejarano Ramón, ya creo que en propiedad. El H. Magistrado Conductor del presente asunto, concede la palabra al apoderado judicial de la parte actora, quien manifiesta que no va a formular ninguna pregunta. En este estado de la diligencia se le concede la palabra a la apoderada de la demandada, quien procede a interrogar al declarante así: PREGUNTADO: Sírvase manifestar a esta diligencia cuántos años lleva trabajando en la entidad y especificar cuánto lleva vinculado a la Delegada para Derechos Humanos? CONTESTÓ: Yo entré el 5 de mayo de 1998, casi todo el tiempo he estado vinculado a la Delegado de Derechos Humanos [...] PREGUNTADO: Dada su trayectoria en la entidad y su profesión de abogado, sabe usted la naturaleza del cargo que desempeñaba la Dra. Upegui en la entidad como Delegada? CONTESTÓ: Tengo entendido que los personeros delegados son de libre nombramiento y remoción, en cuanto a la Dra. Upegui, tengo entendido que ella antes de ser Personera Delegada era funcionaria de carrera administrativa. PREGUNTADO: Sabe usted como subalterno de la Dra. Upegui, si durante su labor como Delegada de Derechos Humanos, hubo diferencias conceptuales con su nominador a saber Dr. Francisco Rojas Birry? CONTESTÓ: No me consta, porque nunca presencié una reunión donde estuviera el Personero de Bogotá con ella, PREGUNTADO: Sabe usted si la Dra. Upegui, puso en conocimiento de la Comisión de

¹⁶ Folios 272-274.

personal, los presuntos hechos que aparentemente motivaron su renuncia? CONTESTÓ: No me consta. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si estuvo usted presente en la reunión que sostuvo la Dra. María Elena, con exdirector de Recursos Humanos, el día en que supuestamente le fue solicitada su renuncia. CONTESTÓ: No estuve presente, porque yo continué en la audiencia del Ministerio Público, la Dra. Upegui se retiró pero nunca recuerdo que haya regresado a la reunión. [...]”.

○ **Declaración rendida por María Luisa Correal Bernal¹⁷:**

“[...] PREGUNTADA: Manifieste al Despacho si recuerda, en qué fecha se dio la renuncia de la señora MARÍA ELENA UPEGUI GALVIS? CONTESTÓ: El día del cumpleaños de ella, el día 13 de febrero de 2009. PREGUNTADA: Manifiéstele al Despacho si es cierto o no que la Doctora MARÍA ELENA UPEGUI GALVIS, se presentó a laborar normalmente el día 13 de febrero del año 2009 y que labores desarrolló ese día? CONTESTÓ: Como lo dije anteriormente, desde las 7 de la mañana Comité del Ministerio Público. PREGUNTADA: Manifiéstele al Despacho si conoce los motivos que originaron la renuncia de la Dra. UPEGUI GALVIS, de dicha entidad? CONTESTÓ: No lo sé. PREGUNTADA: Indique al Tribunal, si sabe qué persona fue nombrada en reemplazo de la Señora MARÍA ELENA UPEGUI GALVIS y, si con ese nombramiento se mejoró la prestación del servicio público? CONTESTÓ: Después de que salió la Dra. María Elena, encargaron a la Dra. Mirta Patricia Bejarano Ramón, por 15 o 20 días, posterior a ella nombraron a la Dra. Claudia Mónica Naranjo Londoño como personera Delegada de Derechos Humanos.

El H. Magistrado Conductor del presente asunto, concede la palabra al apoderado judicial de la parte actora, quien procede a interrogar a la declarante de la siguiente forma: PREGUNTADA: Podría usted decir si la Dra. Upegui, le comunicó a usted que se la había solicitado la renuncia al cargo que desempeñaba en la Personería? CONTESTÓ: Ella bajó y nos comentó al grupo de personas que estábamos compartiendo la torta de sus cumpleaños, que le habían pedido la renuncia. [...]

En este estado de la diligencia se le concede la palabra a la apoderada de la demandada, quien procede a interrogar a la declarante así: PREGUNTADA: Sírvase manifestar a esta diligencia si aparte de la relación laboral, existe o existió relación de amistad con la Dra. Upegui Galvis? CONTESTÓ: La única relación era de Jefe a funcionaria, no más. PREGUNTADA: Sírvase manifestar al Despacho, si estuvo usted presente en la reunión que sostuvo la Dra. Upegui con el Director de Recursos Humanos, el día en que supuestamente le fue solicitada su presentación de renuncia. CONTESTÓ: No estuve presente, pero si le informe a la Dra. María Elena que la necesitaban en la Oficina de Recursos Humanos, ya que para la época yo era su secretaria. PREGUNTADA: Sabe usted por información directa de algún funcionario de la Dirección de Recursos, el objeto de las llamadas realizadas el 13 de febrero, que argumenta recibió? CONTESTÓ: No, no sé. PREGUNTADA: Podría manifestar al Despacho cuántos años lleva trabajando en la entidad? CONTESTÓ: 15 años. PREGUNTADA: Sabe usted, si durante la labor como Delegada para los Derechos Humanos la Dra. María Elena, tuvo diferencias conceptuales con su nominador, a saber Francisco Rojas Birry o con el Director de Recursos Humanos. CONTESTÓ: No tuve conocimiento. [...]

○ **Declaración rendida por la señora María Stella Bello de Rodríguez¹⁸:**

¹⁷ Folios 275-277.

¹⁸ Folios 278-279.

“[...] PREGUNTADA: Indique al Tribunal si sabe y le consta de manera personal la] razón o razones por las cuales la demandante ya no labora en la Personería de Bogotá? CONTESTÓ: Pues yo laboraba en la Delegada de Derechos Humanos cuando ella era la Jefe de allí, y las razones no las sé, solo sé que estábamos un día celebrándole el cumpleaños a ella y en la mañana ella había salido a un Comité, y fuimos almorzar después y ya en la tarde ella dijo que había pasado contenta pero que nos tenía que comentar que la habían llamado de Personal, y se había visto en la necesidad de renunciar. PREGUNTADA: Supo usted y tuvo conocimiento personal y directo de las razón o razones por las cuales la señora Upegui, presentó su renuncia? CONTESTÓ: La verdad es que ella solamente nos comentó eso y yo no pregunté nada, porque no era de confianza para preguntarle cosas personales. [...]”

Una vez examinados los testimonios citados, la Sala considera que los mismos no son suficientes para establecer si en verdad el Personero de Bogotá solicitó o le insinuó a la demandante que presentara la carta de renuncia al cargo que ocupaba en esa entidad como Personera Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, protección de la Familia y el Menor, pues aunque algunos declarantes manifestaron que la actora les indicó que le habían pedido la renuncia, ello por sí solo no demuestra que en efecto así hubiera ocurrido, pues en ninguno de los casos los testigos estuvieron presentes cuando presuntamente se constriñó a la señora María Elena Upegui para que renunciara, sino que tuvieron conocimiento de los hechos porque la misma interesada se los manifestó así.

No obstante lo anterior, la Sala resalta que incluso en el caso en que en efecto el Personero de Bogotá hubiera solicitado a la señora María Elena Upegui que renunciara al cargo de Personera Delegada, ello no implicaba necesariamente que los actos administrativos demandados se encontraran viciados por nulidad, toda vez que de acuerdo a la naturaleza jurídica del cargo que ocupaba la demandante cuando se retiró del servicio, una eventual solicitud de renuncia por parte del nominador (investido de la facultad de libre nombramiento y remoción), no desconoce el ordenamiento legal, ni constituye una desviación de poder por parte de la administración, ello en consideración al rango, responsabilidades y confianza que deben manejar quienes ostentan dichos cargos.

Sobre la insinuación en la presentación de la renuncia, esta Corporación ha reiterado que en lo atinente a los cargos de libre nombramiento y remoción, la misma no puede considerarse como ilegal, en cuanto obedece a la naturaleza misma del cargo y a la posibilidad que tiene el nominador para conformar su equipo de trabajo, así como de permitir a quien deja el cargo una salida decorosa, ajena a cualquier connotación negativa que ello pueda ocasionar.

Esta Corporación¹⁹ ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la insinuación de la renuncia, en los siguientes términos:

“(…) La jurisprudencia de la Sala ha sido uniforme en señalar que la renuncia solicitada a los titulares de determinados Cargos (...), es válida, puesto que ella obedece a la facultad que tiene el nominador de integrar los cuadros en la cúpula administrativa en determinada entidad, para el cumplimiento de las metas tendientes a garantizar un adecuado servicio público. La insinuación de la renuncia en dicho nivel, se convierte en un mecanismo acorde a la investidura de tales cargos, busca evitar el retiro por insubsistencia, que no es de común ocurrencia en esos destinos y se repite, no se presenta desvío de poder en la solicitud de renuncia (...), dicho proceder se justifica por el rango y atribuciones que demanda la función administrativa en el cumplimiento de los fines del Estado. (...)”.

De ahí que deba arribarse a la conclusión que respecto de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, la solicitud o insinuación de renuncia a quien ejerce funciones de dirección, manejo y confianza, no afecta la legalidad del acto de retiro; se trata entonces, de la oportunidad que la ley le otorga al nominador para reorganizar su equipo de trabajo y cambiar a sus subalternos, si lo considera pertinente.

Ahora bien, sobre las supuestas discrepancias existentes entre la demandante y la administración frente a las políticas misionales de la entidad, la Sala advierte en primer lugar que las noticias impresas por la parte actora y allegadas al proceso²⁰, carecen del valor probatorio que pretende darle la demandante, toda vez que no es posible establecer con certeza la fuente de dichas impresiones, así como tampoco la fecha de las publicaciones, pues son documentos sin ningún membrete, ni se encuentra constancia que acredite su procedencia.

En cuanto a la publicación del artículo *“Así paga el personero a quien bien trabaja”*, la Sala observa que se trata de una carta que remitió la misma demandante a *“la bancada del Polo en el consejo (sic) capitalino, agradeciéndoles el valioso apoyo que le brindaron en su labor humanista, imparcial, por el bien común”*.

Ahora bien, en gracia de discusión y así se pudiera valorar su contenido, la Sala considera que dichas noticias aunque muestran la labor desempeñada y algunas opiniones de la demandante sobre la protección de los derechos humanos, al ser temas de interés para la ciudad; no son suficientes para demostrar que la supuesta solicitud de renuncia se originó en la posición que adoptó la funcionaria frente a esos casos, pues no demuestran que se trate de posturas que iban en contra de lo

¹⁹ Sentencia de 23 de julio de 1998, Consejero Ponente, Javier Díaz Bueno, Radicación, 190-98.

²⁰ Folios 116-121. Los titulares de las publicaciones en medios impresos allegadas por la demandante son los siguientes: “16.738 personas fueron retenidas por sospecha en enero en Bogotá, según la Personería”; “Joven quemado por policías dice que demandará a la Institución Caracol – Febrero 10 de 2009”; y “Le buscan el quiebre al general Rodolfo Palomino”.

indicado por el Personero de Bogotá, o que dichas afirmaciones hubieran generado inconformidad en la entidad demandada, que llevaran a que el nominador le solicitara la renuncia.

Por el contrario, se observa que las opiniones que presenta la demandante se dan dentro del giro normal y habitual de sus funciones al expresar la posición de la Personería Delegada de la cual es titular sobre problemáticas que aquejan a la ciudad frente al respeto de los derechos humanos.

Asimismo, se evidencia que en los testimonios anteriormente citados tampoco se evidencia que hubieran existido discrepancias conceptuales entre la demandante y el Personero de Bogotá, por lo que no es posible para el juez darle un alcance diferente a las declaraciones, como lo pretende la actora, pues cuando se preguntó a algunos de los declarantes sobre ello, indicaron que no tenían conocimiento que entre la señora María Elena Upegui y el Personero de Bogotá existieran discrepancias a partir de las cuales supuestamente se tomó la decisión de pedir la renuncia de la actora.

Ahora bien, de la prueba testimonial transcrita, la Sala considera que la misma no resulta concluyente ni idónea para dar por probado el hecho de que la renuncia presentada por la demandante al cargo que venía desempeñando en la Personería de Bogotá tuvo origen en que presuntamente existían discrepancias conceptuales entre la señora María Elena Upegui y el Personero de Bogotá, por lo que se concluye que no se cumplió con la carga argumentativa y probatoria para demostrar que existió una desviación de poder.

- **Sobre la falta de mejoramiento del servicio y el retén social**

La parte actora considera que su retiro de la entidad no tuvo como fin mejorar el servicio, toda vez que quien ocupó el cargo de Personera Delegada para la defensa de los Derechos Humanos y la Protección de la Familia y el Menor inmediatamente después de su retiro y por casi un mes, también era la Coordinadora de Personerías Locales, por lo que a su juicio, no podía desempeñar las funciones apropiadamente.

Asimismo, indicó que quien fue nombrada en el cargo de Personera Delegada después de ese mes, no cumplía con los requisitos para hacerlo y, adicionalmente, había sido sancionada con una multa mientras fue Alcaldesa Local, multa que pagó en el mismo mes en que se posesionó como Personera Delegada.

La actora también manifiesta que el día en que el Jefe de la Oficina de Personal de la Personería de Bogotá le pidió la renuncia se encontraba cumpliendo 53 años,

razón por la cual era beneficiaria del retén social, al faltarle menos de 3 años para adquirir su status pensional.

Al respecto, la Sala considera que como en el caso bajo estudio el retiro del servicio de la señora María Elena Upegui Galvis se presentó por renuncia irrevocable a los cargos de Personera Delegada para la defensa de los Derechos Humanos y la Protección de la Familia y el Menor y al de Profesional Especializado sobre el cual tenía derechos de carrera administrativa, no es viable analizar si existió o no un desmejoramiento del servicio, toda vez que fue la misma demandante quien decidió presentar su renuncia al cargo.

A juicio de la Sala dicha inconformidad se estudia por el juez administrativo en aquellos eventos en los que el retiro del servicio se da por voluntad unilateral de la entidad, a través de la figura de la insubsistencia, caso en el cual el empleado público puede manifestar que la decisión de retirarlo de la entidad se encuentra viciada, porque quien fue nombrado en su lugar no tiene la experiencia, conocimiento o requisitos para ocupar el cargo, lo que conlleva a un desmejoramiento del servicio.

No ocurre lo mismo cuando es decisión del empleado renunciar al cargo de libre nombramiento y remoción que ocupaba en la entidad, pues la decisión de proveer el cargo por parte del nominador se lleva a cabo en ejercicio de la facultad discrecional, una vez este se encuentra vacante por retiro voluntario del funcionario.

Ahora bien, en gracia de discusión, la Sala observa que en las declaraciones rendidas dentro del expediente se cuestionó sobre el posible cambio que se pudo presentar en la Personería a raíz del retiro del servicio de la señora María Elena Upegui, ante lo cual manifestaron lo siguiente:

- **Declaración rendida por Roger Rodríguez Ceferino:**

“[...] PREGUNTADO: Posterior a la renuncia de la Dra. Upegui, continuó usted laborando en esa Delegada. CONTESTÓ: Hasta la fecha he seguido vinculado a la Delegada de Derechos Humano. PREGUNTADO: Como funcionario adscrito a la Delegada de derechos humanos, notó algún cambio significativo en el desempeño de las funciones por parte de la nueva titular de la Delegada? CONTESTÓ: Cada jefe trae sus políticas de organización, de manejo gerencial, nosotros como funcionarios de la delegada cumplimos con el plan de acción, unas metas, unos objetivos que se trazan por proyectos, en el caso particular pertenezco al Proyecto del Ministerio Público ante Comisarías de Familia, como ya está establecido a grandes rasgos nuestra función está delimitada por el plan de acción y objetivos de la entidad, como funcionarios buscamos cumplir con los mismos independientemente del jefe de turno. No es un cambio que se note más sino que cada jefe se somete a las políticas generales de la entidad, a los planes y programas que se tracen, y

durante el año muy pocos cambios sustanciales se hacen sobre el mismo. [...]”.

○ **Declaración rendida por María Luisa Correal Bernal:**

“[...] PREGUNTADA: Posterior a la renuncia de la Dra. Upegui, continuó usted trabajando con la Delegada para los Derechos Humanos? CONTESTÓ: Sí continúo como secretaria de la Delegada. PREGUNTADA: Con fundamento en su respuesta, podría informar a este Despacho, si notó algún cambio negativo en el desempeño de las funciones por parte de la nueva titular de la Delegada? CONTESTÓ: No noté ningún cambio, todo siguió normalmente con uno que otro cambio dentro de la misma delegada. [...]”.

Visto lo anterior, se concluye que aunque fuera procedente establecer si se generó un desmejoramiento con el retiro del servicio de la actora, las pruebas allegadas al proceso no resultan suficientes para acreditar dicha situación.

Finalmente, ocurre lo mismo en relación con la aplicación del retén social pretendido por la demandante, máxime si se tiene en cuenta que ella de manera voluntaria decidió no solamente renunciar al cargo de libre nombramiento y remoción, sino también al de carrera administrativa, último en el cual podía permanecer hasta que se configurara una de las causales de retiro previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Así las cosas, la Sala estima que la actora no cumplió con la carga probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

III. DECISIÓN

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 28 de septiembre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

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

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 28 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo considerado en esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

TERCERO.- RECONOCER personería a la abogada Leyla Lizarazo Valencia, identificada con cédula de ciudadanía 63.314.470, portadora de la tarjeta profesional 55.571 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en representación de la Personería de Bogotá, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 463.

CUARTO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER