

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – Retiro del servicio / RENUNCIA – Protocolaria / NOTA PERIODISTICA – No tiene eficacia demostrativa si no es ratificada / DECLARACION DE PERIODISTA – Apreciación y comentario en el ejercicio de la libre expresión / NOTA PERIODISTICA – No fue ratificada por el periodista / RENUNCIA – manifestación de la voluntad inequívoca, libre y espontánea

En este orden, se debe precisar que las publicaciones efectuadas en prensa, y las copias de las grabaciones de las transmisiones desplegadas a través de la radio, y la televisión tienen en nuestra legislación procesal la connotación de prueba documental. De lo anterior fluye que el reconocimiento del documento surge necesariamente cuando se dan los eventos ahí plasmados, situación que no opera en el caso su juicio ante la inasistencia del testigo señor Sánchez Cristo quien a pesar de haber sido citado a rendir testimonio en dos oportunidades no compareció por causas serias y justificables, que se encuentra adosadas en el expediente, más no por renuencia caso en el cual sería viable tal reconocimiento por expresa disposición del artículo 274 citado en precedencia. Resuelto este escollo, debe decirse que en lo que refiere al contenido de la nota periodística, sostenida entre el actor y el director de la “W” se tratan pues de simples apreciaciones que hace un tercero sobre un hecho de manera subjetiva cimentadas obviamente en el ejercicio de la libertad de expresión, que realmente no constituye plena prueba de la situación que ahí expone, parte de precisiones según su criterio, y así se desarrollo toda la entrevista, entre quienes intervinieron en ella. Nada distinto surge de la perspectiva del periodista, que desvirtúa la decisión inequívoca del retiro del actor, las expresiones contenidas en dicha entrevista, y con las cuales se buscan endosar el cargo al demandado nace de la percepción del director de la emisora la “W”, que en modo alguno lo comprometen, de manera que este documento no goza de eficacia demostrativa para acreditar el supuesto de hecho sobre el cual el demandante edifica sus pretensiones. Aserto último que cobra fuerza, de una lado, por que su contenido no fue ratificado dentro del proceso a pesar de haberse citado en dos oportunidades al periodista Julio Sánchez Cristo, y de otro, por cuanto el Procurador General de la Nación en su informe juramentado, respecto de las declaraciones del periodista, puso de manifiesto, que toda la información que se aporta en el CD, son comentarios de los periodistas que se funda en el ejercicio de la libre expresión, y ratifica que el motivo de la renuncia del actor obedeció a la manifestación de la voluntad inequívoca, libre y espontánea realizada por él, ausente de todo vicio y coacción, la cual fue aceptada en virtud de lo establecido en el artículo 161 y ss del decreto 262 de 2000.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintiocho (28) de Junio de dos mil doce (2012)

Radicación No: 25000-23-25-000-2009-00346-01 (0831-11)

Actor: JULIO OSPINO GUTIÉRREZ

Demandado: LA NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

APELACIÓN SENTENCIA – AUTORIDADES NACIONALES

Conoce la Sala, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "C" dentro del proceso seguido por JULIO OSPINO GUTIÉRREZ contra la NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor JULIO OSPINO GUTIÉRREZ presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del Decreto 161 del 11 de febrero de 2009 expedido por el Procurador General de la Nación, por medio del cual aceptó la renuncia presentada por el actor del cargo de Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, Código OPD, Grado EA.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reintegro al mismo cargo o a otro similar o de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio junto con el pago debidamente indexado de todos los sueldos, primas, bonificaciones, incrementos y demás emolumentos dejados de cancelar desde la fecha de su desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro; la declaración de inexistencia de solución de continuidad en la prestación del servicio; el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A., y con los efectos indicados en los artículos 177 y 178 ibídem.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Anuncian los hechos expuestos en sustento de las pretensiones, que el actor se vinculó a la Procuraduría General de la Nación el 4 de abril de 2003 mediante Decreto 751 de 2003 en el cargo de Procurador 23 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3 PJ, Grado EC para el cual tomó posesión a través del acta 382 de 2003.

Mediante Decreto 310 de 2005 el demandante fue nombrado como Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal ante la Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General, Fiscales ante la Corte y Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes, tomando posesión según acta 2154 del 1 de marzo de 2005.

Ante el advenimiento de un nuevo Procurador General de la Nación, se procedió a la acostumbrada renuncia protocolaria, presentándola con la mayoría de los delegados el 19 de enero de 2009, siendo aceptada por Decreto 161 del 11 de febrero de 2009.

El 4 de febrero de 2009 el Procurador General de la Nación expidió una circular dirigida no solo a los procuradores sino a la opinión pública, en donde solicitaba que sus delegados y subalternos en general, previamente a emitir concepto en los casos que se consideraban relevantes, debían dar a conocer a los jefes en cada caso los proyectos o solicitudes que se presentarían ante las diferentes autoridades que venían actuando.

En virtud a lo anterior, el actor presentó directamente en sobre cerrado al señor Procurador General de la Nación, el esquema de lo que sería la intervención en la Audiencia Pública de Juzgamiento en el caso de Álvaro Alfonso García Romero.

El 12 de febrero de 2009 un día después de haberse aceptado la renuncia, el Dr. Ospino Gutiérrez recibe llamadas de varias personas en la que le informan que en la emisora la "W" había dado la noticia que lo habían declarado insubsistente por haber solicitado el archivo del proceso contra García Romero, frente a lo cual se comunicó con la referida emisora en la que le informan que el Procurador General de la Nación en conversación con el director de la emisora Julio Sánchez Cristo le señaló que no le gustaba la orientación que se le estaba dando a la investigación, y por consiguiente, procedió aceptarle la renuncia

Que por la gravedad de los hechos el actor se comunica con la emisora la "W" y les hace saber que él había presentado renuncia protocolaria al cargo, la cual había sido aceptada distinto a la insubsistencia, y que esa era la situación, y que no se explicaba de donde surgió la información que él había solicitado el archivo del proceso hecho que no correspondía a la realidad.

Para culminar refirió sobre la excelente trayectoria profesional del demandante durante los 23 años de servicios al Estado ejerciendo los siguientes cargos: Juez Penal Municipal, de Instrucción Criminal, Fiscal Seccional, Fiscal Regional, Fiscal Especializado, Procurador Judicial II ante el Tribunal de Bogotá y Cundinamarca, Procurador Segundo delegado para la investigación y Juzgamiento Penal ante la Corte Suprema de Justicia, entre otros, además cuenta con especialización en ciencias penales y ser miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y haber sido condecorado por la Fiscaliza General de la Nación el Departamento Administrativo de Seguridad y la Policía Nacional calidades que no tiene quien lo reemplazo, y por lo tanto demuestra desmejoramiento del servicio.

3. DISPOSICIONES VIOLADAS

Se invocaron en la demanda los artículos 1, 20, 25, 277 numeral 7 y 278 numeral 6 de la Constitución Nacional, artículo 84 del C.C.A., Decreto 262 de 2000 artículo 7 numerales 3, 27, 28, 158 y 165.

La parte demandante en suma, señaló que el acto demandado está viciado de nulidad por desviación del poder, en la medida que la Procuraduría General de la Nación aceptó la renuncia del actor apoyado en hechos que no son ciertos, pues se produjo según lo informado por el Procurador General de la Nación al director de la emisora la "W" con el fin de acelerar la salida del Dr. Julio Ospino Gutiérrez, por cuanto en el proceso adelantado en contra de García Romero estaba solicitando el archivo del expediente.

Además, precisó que la aceptación de la renuncia no se inspiró igualmente en razones del buen servicio sino que el fin perseguido se orientó a satisfacer el capricho, y ego personal del señor Procurador General de la Nación al

nombrar como Procuradores Delegados a los amigos más cercanos o que tuviesen respaldo político, sin tener en cuenta la hoja de vida, la experiencia e idoneidad profesional no solo del funcionario que se vincula como remplazo sino del funcionario que se desvinculaba de la institución, implicando el desmejoramiento del servicio.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó aquellos hechos relacionados con la designación y retiro del demandante, frente a los restantes expuso que se tratan de disquisiciones personales, que no tienen relación de causalidad o conexidad con los presuntos vicios endilgados al acto acusado.

Argumenta en su defensa, después de efectuar un análisis de la causal de nulidad de desviación del poder, en cuanto a definición, y procedencia citando inclusive sentencias sobre la misma, que quien la invoca esta llamado a acreditarla en virtud de la carga de la prueba instituida en el artículo 177 del CPC.

Que conforme a la prueba documental aportada, no existe duda que el actor presentó renuncia voluntaria al cargo de Procurador Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal ante la Corte Suprema de Justicia al Procurador General de la Nación, sin que se infiera de aquella dimisión tipo alguno de presión externa que hubiera dado lugar a tal decisión, siendo apenas obvio que el nominador en uso de ese poder discrecional la haya aceptado.

Refiere además, que la hoja de vida que la parte demandante califica como idónea y eficiente, no se puede tener como una prueba indiciaria de la desviación del poder, pues así lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que la excelencia, capacidad, idoneidad y eficiencia del empleado no amparado por fuero de estabilidad alguno, no son condiciones que por sí solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda-Subsección C, negó las súplicas de la demanda con base en la argumentación que a continuación se destaca:

Que la naturaleza del empleo del demandante en la Procuraduría General de la Nación de Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, Código OPD, Grado EA es de libre nombramiento y remoción en virtud del decreto 262 de 2000.

Que se contempla en el artículo 158 de la norma referida en precedencia, como una de las causales de retiro del servicio de los Funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, la renuncia.

Que la dimisión al cargo presentada por el demandante al Procurador General de la Nación cumple con los requisitos establecidos por la ley, en razón a que contiene una decisión libre, inequívoca y espontánea de retirarse del servicio.

Que los hechos que estructuran el cargo de desviación de poder no fueron demostrados, apoyados en una nota periodística de la W que no deja de ser apreciaciones subjetivas de un tercero que no aporta ni contradice el análisis objetivo del texto de la renuncia, y el hecho de que el actor tenga una de hoja de vida excelente más que una prerrogativa de inamovilidad es una obligación constitucional y legal, y que no se puede reclamar una inamovilidad por ser buen trabajador más aun tratándose de funcionarios de que pueden ser removidos a discreción del nominador ya que pueden existir otros factores de buen servicio que aconsejen el retiro del servidor.

III. LA APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación, constituyendo como inconformidades las siguientes:

Manifestó que el Juzgador de instancia incurrió en error de hecho por indebida valoración de la prueba al aseverar que la nota periodística no se aprecia

nada distinto a la visión subjetiva sobre el retiro del actor, pues no analiza su verdadero contenido y efectúa deducciones que no se ajustan a la realidad, pues nada distinto hace el actor que contar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se produce la presentación de su renuncia en el cargo ante el Procurador delegado.

Precisa que la nota periodista y las demás pruebas allegadas determinan que el retiro del demandante no se debió a la renuncia voluntaria que él presentó sino que el Procurador General de la Nación motivo la misma por hechos diferentes, como era la directriz que iba asumir dentro del proceso que tenía a su cargo, como lo esgrimió al director de la emisora la "W" Julio Sánchez Cristo.

Refiere, que la prueba documental contenida en la cinta magnetofónica fue solicitada y allegada dentro de los términos señalados por la ley, y agrega que la inasistencia en dos oportunidades del testigo Sánchez Cristo permite inferir un reconocimiento tácito de aquél documento, por lo que se debe tener por reconocida tanto la voz como el contenido.

Adicional a lo anterior, indica que el acto de la aceptación de la renuncia no puede juzgarse y despacharse de manera adversa con el argumento simplista de "que se presume expidió en aras del buen servicio público..", cuando ello no fue así, pues el retiro del actor fue en detrimento del mismo en la medida que el Procurador General de la Nación en ejercicio arbitrario de su poder, y de satisfacer su ego personal desvincula personal con amplia trayectoria, responsable, motivados por su espíritu de su servicio y honestidad sin ningún análisis de las hojas de vida de las personas que se desvincula, por lo que el mejoramiento del servicio no se evidencio.

Para concluir, hace referencia a una sentencia¹ respecto de la cual considera es similar al caso planteado, con la diferencia que el caso que se estudio en esa oportunidad fue una insubsistencia.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda- Subsección B- sentencia del 18 de mayo de 2000. Radicación 2459-99. Actor Doris Isabel Ceballos Mendoza .Demandado I.S.S., C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado

La Señora Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación consideró acertada la decisión del a quo.

Manifestó, que la renuncia que presentó el demandante no tiene ningún tipo de motivación, deduciéndose que la misma lo fue en forma voluntaria, libre e inequívoca a su voluntad de retirarse.

Sostuvo, que el acto administrativo de aceptación igualmente carece de motivación, por lo que se concluye que fue expedido por el Procurador General de la Nación en cumplimiento de sus obligaciones legales por lo que no tiene ninguna ilegalidad.

Expuso, que el cargo desempeñado por el actor es de libre nombramiento, y remoción en virtud a lo establecido en el artículo 182 del decreto 262 de 2000 frente a los cuales opera la facultad discrecional, por tanto no es necesario motivar el acto de retiro, y menos el que acepta la renuncia,

Respecto, al cargo de desviación del poder con fundamento en las emisiones radiales de la "W" los días 12 y 13 de febrero de 2009, señaló que las afirmaciones efectuadas con base en esa publicación radial carecen por si solo de probidad para acreditar las manifestaciones que se encuentra en él contenidas, y cita para tal efecto lo expuesto por el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente Myriam Guerrero de Escobar en sentencia del 6 de abril de 2010².

Se decide previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

En razón a las argumentaciones expuestas por la parte demandante en el recurso de apelación, y a la luz del acervo probatorio obrante en el proceso corresponde a esta Sala, determinar si el acto acusado por medio del cual se aceptó la renuncia del señor Julio Ospino Gutiérrez, del cargo de Procurador Segundo

² Radicación 110010315000200900638-0. Actor Jorge Eliecer Hernández Bustos. Demandado Manuel Enrique Rosero.

Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal adolece del vicio de desviación del poder, que infirme su presunción de legalidad.

2. Situaciones fácticas y probatorias

En el proceso se encuentra probado que el demandante mediante Decreto 751 del 4 de abril de 2003 fue nombrado como Procurador 23 Judicial II Penal de Bogotá (fl. 65 y 66), y que posteriormente, fue designado como Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, Código OPD, Grado EA a través del Decreto 310 del 18 de febrero de 2005 (fl. 67).

También esta demostrado que el actor el 19 de enero de 2009 presentó renuncia al cargo de Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, Código OPD, Grado EA, siendo recibida en la misma fecha (fl. 64) y aceptada mediante Decreto 161 del 11 de febrero de 2009 (fl. 69).

Así mismo, esta acreditado que se trató de una renuncia protocolaria pues el hecho que la refiere fue aceptada por la demandada (fls. 93 y 199).

Además, esta comprobado porque así se infiere de la hoja de vida del actor su formación profesional en donde no solo muestra ampliamente los cargos que ocupó sino igualmente su preparación académica.

3. Marco Normativo

En virtud de lo demostrado en juicio, no existe duda que la normatividad aplicable al actor es el Decreto 262 de 2000 como quiera que prestó sus servicios en la Procuraduría General de la Nación, para lo cual se tiene que:

El artículo 152 ibídem señala: “RETIRO DEL SERVICIO: El retiro definitivo de un servidor de la Procuraduría General de la Nación, se produce por:

(...).

4. Renuncia.....”

Por su parte, el artículo 161 de la norma referida establece: “...La renuncia se produce cuando el servidor manifiesta por escrito, de manera

inequívoca, libre y espontánea, su voluntad de separarse definitivamente del servicio.....”

A su turno el artículo 163 precisa: “La aceptación de la renuncia corresponde al nominador y deberá de hacerlo por escrito dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de presentación...”

Finalmente, el artículo 182 del mismo cuerpo normativo regla la clasificación de los empleos de acuerdo con su naturaleza y la forma de provisión, así a) de carrera, y b) de libre nombramiento y remoción, precisando taxativamente cuáles son los cargos que se encuentran dentro de esta última categoría, así:”(...)

- Viceprocurador General
- Secretario General
- Tesorero
- Procurador Auxiliar
- Director
- Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Procurador delegado
- Procurador judicial.....”

4. Caso en Concreto.

Bajo el esquema normativo mencionado es indudable que el cargo que desempeñó Julio Ospino Gutiérrez de Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, Código OPD, Grado EA es de libre nombramiento y remoción, hecho en el cual son concordantes las partes.

Igualmente, que su retiro obedeció a la dimisión que del cargo venía ejerciendo, causal que se encuentra tipificada en el artículo 152 del Decreto 260 de 2000, como de retiro de los servidores de la Procuraduría General de la Nación.

Renuncia que se encuentra personificada en la misiva adosada a folio 65 del expediente, dirigida por el actor al Procurador General de la Nación, en la cual expresó: **“Comedidamente me dirijo a usted, con el fin de presentarle renuncia del cargo de Procurador Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal ante la Corte suprema de Justicia. Que a su disposición....”**.

Textualización que permite inferir que el demandante no hizo más que ejercer ese derecho de manifestar de manera escrita e inequívoca su decisión de retirarse del cargo que se está ejerciendo, forma legítima de desvinculación de la

administración pública prevista para los empleados de libre nombramiento y remoción, sin que se haya demostrado en el curso del proceso que al haber adoptado tal determinación haya estado inmerso en algún vicio del consentimiento, que haya compelido su voluntad de abdicación.

Resulta claro entonces, que el actor no tenía status de permanencia, dado que ocupaba el cargo de Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, Código OPD, Grado EA, por lo cual habrá que decir que dado el nivel de preparación y experiencia que tenía le permitían discernir sobre la conveniencia de renunciar o inhibirse de hacerlo, si así lo estimaba, pero no lo hizo, y eligió, proceder de conformidad con lo estatuido en el artículo 161 del Decreto 262 de 2000, dejando en libertad al nominador para decidir su continuidad en el cargo emitiendo un acto originado en la libre voluntad declarada del accionante de desvincularse del mismo.

4.1. Desviación del Poder

Resulta pertinente anotar que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas que debe someterse.

Encuentra la Sala, en virtud del recurso de apelación, que la desviación del poder alegado por el recurrente, yace en dos situaciones: (i) La indebida valoración probatoria que el Juez de primera instancia le otorgó a la nota periodística de la emisora la "W" en donde insiste se demuestra que el Procurador General de la Nación precipito la salida del demandante debido a la dirección que le estaba dando a la investigación dentro del proceso adelantado contra el exsenador Álvaro Alfonso García Romero en el que estaba solicitando el archivo del mismo, y (ii) el desmejoramiento del servicio, reiterando los mismos argumentados bosquejados en la demanda, en cuanto a la excelente trayectoria profesional, y académica del actor frente a quien lo reemplazó en el cargo.

En este orden, se debe precisar que las publicaciones efectuadas en prensa, y las copias de las grabaciones de las transmisiones desplegadas a través de la radio, y la televisión tienen en nuestra legislación procesal la connotación de prueba documental³.

Pero no constituye el elemento determinante para la solución esbozada, pues es apenas un elemento evidente del hecho; lo que prueba la versión divulgada por el medio de comunicación es el suceso de una situación en las condiciones plasmadas en el momento del citado registro, pero que no conlleva al establecimiento de verdad procesal sobre el hecho mismo.

Esta Corporación, en su jurisprudencia conserva esta posición al considerar que las publicaciones cuando surgen en los distintos medios de comunicación, “...**son indicadores solo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia...**”⁴

Igualmente, advirtió que: “...**si bien son susceptibles de ser apreciados como medios probatorios, en cuanto a la existencia de la noticia y de su aserción en medio representativo (periódico, televisión, internet....etc) no dan fe de a veracidad y certidumbre de la información que contienen...**”

Obra en el proceso copia de la grabación de la transmisión de la nota periodística de la emisora la “W” los días 12 y 13 de febrero de 2009, en la que se informó el retiro del actor, cuyo contenido fue transcrito en la sentencia impugnada (fls. 374 a 377), y comparada en esta instancia al auditarla coincidiendo su texto, medio probatorio que según lo expuesto por el *A quo* le resta credibilidad para la demostración de la causal de nulidad invocada, en la medida que consideró de que se trataba simple y llanamente de una valoración subjetiva del periodista respecto del retiro del demandante.

Valoración probatoria, que hoy es objeto de censura por el apelante en donde sostiene que el fallador le dio un sentido diferente al que realmente correspondía, incurriendo en un error de hecho por indebida estimación de la prueba, e insiste que con dicha noticia periodística se demuestra que el retiro del actor no se debió a la renuncia voluntaria de aquél sino que el Procurador General de la Nación

³ Artículo 251 del CPC., que dice: “Son documentos los escritos, impresos planos, dibujos cuadros, fotografías....grabaciones magnetofónicas, radiografía. Talones....”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de enero de 2001. Expediente 11413, M.P. Alíer Eduardo Hernández Henríquez.

la motivó por hechos diferentes como era la actitud que iba a asumir como Procurador Delegado dentro de un proceso que tenía a su cargo.

Agregando, el recurrente, que sobre tal cinta magnetofónica operó el reconocimiento tácito ante la inasistencia del testigo Sánchez Cristo, por lo que se debe tener por reconocida tanto la voz como el contenido del mismo

Aunque, esta última aseveración no fue materia de pronunciamiento por parte del Juez de primera instancia, esta Sala no quiere dejar pasar por alto la apreciación equivocada que efectúa la parte recurrente sobre el reconocimiento tácito de un documento que según él recayó sobre la cinta magnetofónica, el artículo 274 del C.P.C., modificado por la ley 794 de 2003, aplicable por remisión del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo precisa:

“..Si el citado no concurre a la diligencia, o si a pesar de comparecer se niega a prestar juramento o a declarar, o de dar respuesta evasivas, no obstante la amonestación del Juez, se tendrá por surtido el reconocimiento, y así se declarará en nota puesta al pie del documento; si así lo hiciera, el Juez señalará por segunda vez fecha y hora para el reconocimiento por auto que no requiere notificación personal

Dentro de los tres días a la fecha señalada para la diligencia, el citado podrán probar al menos sumariamente que su no comparecencia se debió a un impedimento serio; si así lo hiciera, el juez señalará por segunda vez fecha y hora para el reconocimiento por auto que no requiere notificación personal..”.

De lo anterior fluye que el reconocimiento del documento surge necesariamente cuando se dan los eventos ahí plasmados, situación que no opera en el caso su judice ante la inasistencia del testigo señor Sánchez Cristo quien a pesar de haber sido citado a rendir testimonio en dos oportunidades no compareció por causas serias y justificables, que se encuentra adosadas en el expediente (fls. 262 y ss y 311 y ss), más no por renuencia caso en el cual sería viable tal reconocimiento por expresa disposición del artículo 274 citado en precedencia.

Resuelto este escollo, debe decirse que en lo que refiere al contenido de la nota periodística, sostenida entre el actor y el director de la “W” se tratan pues de simples apreciaciones que hace un tercero sobre un hecho de manera subjetiva cimentadas obviamente en el ejercicio de la libertad de expresión, que realmente no

constituye plena prueba de la situación que ahí expone, parte de precisiones según su criterio, y así se desarrollo toda la entrevista, entre quienes intervinieron en ella.

Nada distinto surge de la perspectiva del periodista, que desvirtúe la decisión inequívoca del retiro del actor, las expresiones contenidas en dicha entrevista, y con las cuales se buscan endosar el cargo al demandado nace de la percepción del director de la emisora la "W", que en modo alguno lo comprometen, de manera que este documento no goza de eficacia demostrativa para acreditar el supuesto de hecho sobre el cual el demandante edifica sus pretensiones.

Aserto último que cobra fuerza, de una lado, por que su contenido no fue ratificado dentro del proceso a pesar de haberse citado en dos oportunidades al periodista Julio Sánchez Cristo, y de otro, por cuanto el Procurador General de la Nación en su informe juramentado, respecto de las declaraciones del periodista, puso de manifiesto, que toda la información que se aporta en el CD, son comentarios de los periodistas que se funda en el ejercicio de la libre expresión, y ratifica que el motivo de la renuncia del actor obedeció a la manifestación de la voluntad inequívoca, libre y espontánea realizada por él, ausente de todo vicio y coacción, la cual fue aceptada en virtud de lo establecido en el artículo 161 y ss del decreto 262 de 2000.

4.3 Desmejoramiento del servicio

En sentir del actor, la entidad demandada incurrió igualmente en desviación del poder, pues a pesar de su trayectoria profesional y académica demostrada vehemente en el proceso decide desvincularlo sin haber efectuado un estudio de su hoja de vida, y finaliza su reproche expresando que el retiro del actor obedeció no en aras del mejoramiento del servicio sino para satisfacer caprichos personales del nominador.

Es cierto, y en eso es copioso el material probatorio allegado por la parte demandante, que de los documentos que componen la hoja de vida laboral del actor visibles en el Cuaderno No. 3, sobre su gran trayectoria laboral, profesional y academia, sin embargo, esta Sección ha afirmado en numerosas oportunidades que las cualidades laborales y personales de un funcionario, por sí solas no otorgan inamovilidad en el empleo ni coartan la facultad discrecional, más aún entratándose de cargos de libre nombramiento y remoción.

El supuesto desmejoramiento del servicio alegado, no se probó por quien tenía la carga probatoria de hacerlo en virtud de lo establecido en el artículo 177 del CPC, debiéndose proveer ante la renuncia presentada por el actor, en tanto que, la hoja de vida de quien lo reemplazo señor Jaime González Sarmiento deja entrever así mismo su trayectoria profesional en donde se aprecia que es abogado, especializado en derecho penal, y que cuenta con una basta experiencia de 20 años en la materia, desempeñando cargos públicos tales como Juez Promiscuo Municipal, y Fiscal Local de Cimitarra (Cuaderno Nro. 2).

En cuanto al precedente traído en la apelación y sobre el cual refiere su aplicación, resulta pertinente decir como igualmente lo refirió el *A quo* que la situación fáctica ahí expuesta en nada se ajusta al caso planteado, en la medida que en el sub examine refiere la legalidad de la aceptación de una renuncia en tanto que en ella se analizó una declaración de insubsistencia motivada por supuestos de hechos que difiere al de la Litis.

En conclusión, al no configurarse los cargos formulados contra el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del Juzgado de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 25 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "C" que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor JULIO OSPINO GUTIÉRREZ contra la NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO