

133

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "C"

MAGISTRADO PONENTE: DR. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA.

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

REFERENCIA:

PROCESO No.	: 11001-33-35-017-2015-00425-01
DEMANDANTE	: JOHN HENRY ORDUZ BUITRAGO
DEMANDADO	: NACIÓN-MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
ASUNTO	: APELACIÓN SENTENCIA INSUBSISTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes litigantes, contra la Sentencia proferida en Audiencia de pruebas y juzgamiento celebrada el veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta, que accedió parcialmente las pretensiones dentro de la demanda presentada por el señor **Jhon Henry Orduz Buitrago** contra el **Ministerio de Relaciones Exteriores**.

ANTECEDENTES:

El demandante, por intermedio de apoderado y, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., instauró demanda contra la **Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores**, solicitando se declare la nulidad del Decreto No. 2392 del 26 de noviembre de 2014, que declaró insubsistente el nombramiento provisional en la Planta de personal de la citada entidad.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la entidad demandada, a reintegrar al demandante en el empleo que desempeñaba en el momento del retiro o a otro de igual o similar categoría y remuneración, declarándose la no solución de continuidad en la relación laboral para todos los efectos legales.

Que se ordene a la entidad demandada, pagar a título de indemnización, todos los salarios con los aumentos o ajustes anuales, los aportes para pensión y las prestaciones sociales dejadas de percibir sin solución de continuidad, entre el retiro y el reintegro.

Disponer pagar el ajuste de valor conforme al inciso 4º del artículo 187 de la Ley 1437/11 sobre los valores causados.

Igualmente disponer el pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el día de su pago efectivo.

Condenar en costas procesales.

Para fundamentar sus peticiones, expuso los siguientes

HECHOS:

Manifiesta que previo concurso de selección de mérito, el 2 de julio de 1993 fue nombrado en la Planta interna Global del Ministerio de relaciones exteriores en la ciudad de Bogotá, tomando posesión el 4 de agosto de 1993 y el 15 de octubre de 2010 fue nombrado en el empleo de Segundo Secretario 2114 15 en la Planta externa perteneciente a la carrera Diplomática y Consular del que tomó posesión el 15 de noviembre de 2010 para un periodo legal de 4 años que se cumplirían el 14 de noviembre de 2014.

La designación en el nuevo cargo, no afectó el derecho adquirido de carrera del actor, quien para la fecha del acto acusado conservaba su derecho de carrera y se encontraba vigente su inscripción en el Registro Público de Carrera.

La Ministra de relaciones Exteriores profirió el Decreto No. 2392 del 26 de noviembre de 2014, y pese a que el actor era empleado con derecho adquirido de carrera e inscripción vigente, debió ser regresado a su empleo de carrera, y no retirado como se ordenó en el señalado acto.

Cuando se ordenó el retiro, ya había vencido el periodo de nombramiento, es decir, vencido el término de 4 años de la provisionalidad, dado que por haberse iniciado el 15 de octubre de 2010 y posesionado el 15 de noviembre de ese mismo año, venció el 14 de noviembre de 2014.

Que no fue retirado del servicio para ser reemplazarlo con una persona tomada de Lista de Elegibles y además no mostró bajo rendimiento o imposición de sanción disciplinaria de destitución.

Durante el último año de servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores, no recibió comunicaciones escritas de llamados de atención, amonestaciones, objeciones, reparos o sanciones por incumplimiento de sus funciones y su retiro no se debió a causal taxativa consagrada en la Constitución o en la ley y prestó sus servicios hasta el 8 de febrero de 2015.

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Cuarenta y Uno (41) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., en Sentencia proferida en la Audiencia de pruebas, alegaciones y juzgamiento celebrada el veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), declaró la nulidad del acto acusado y ordenó reintegrar al demandante

al cargo que ocupaba en carrera administrativa, al momento del retiro, esto es, el de operario 6000 grado 09 en el que se encontraba inscrito en el Escalafón de carrera en la Comisión del Servicio Civil, u otro de igual o superior naturaleza, y a cancelarle los salarios y prestaciones dejados de devengar respecto se ese empleo, desde el momento de la separación del servicio, hasta la fecha en que se causen las prestaciones, debiendo pagarse indexadamente y negó las demás pretensiones de la demanda¹:

Fundamentó su decisión, en las siguientes razones:

Señaló que el artículo 125 de la Constitución, previo la vinculación en carrera a los cargos de los órganos y entidades del Estado, y exceptuó, entre otros, a los de libre nombramiento y remoción, que corresponden a empleos de dirección y confianza, y deben estar expresa y previamente determinados en la Ley.

Refirió que La Ley 909 de 2004, aplicable en su integridad al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores y de forma supletoria (en caso de vacíos), a los del personal de carrera diplomática y consular, previo en el artículo 42, como causales de retiro, las previstas en el artículo 41 y la "*posesión de un cargo de **libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva***".

También indicó que el párrafo del artículo 9º del Decreto Ley 274 del 2000, dispuso que "*Cuando un funcionario de Carrera Administrativa fuere designado en cualquiera de los cargos de libre nombramiento y remoción, será nombrado en comisión de acuerdo con las reglas generales de la Carrera Administrativa, sin que el cargo pierda su carácter de libre nombramiento y remoción, ni el funcionario sus derechos de Carrera*".

Frente al tema, expuso que la Corte Constitucional en la sentencia C-372 del 26 de mayo de 1999, M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo, declaró la exequibilidad condicionada de una norma de idéntico contenido, bajo el entendido de que el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, sólo "*tendrá lugar sobre la base de la probada mala fe del empleado*", orientación sobre la que se basó para resolver el presente caso por tratarse de los mismos presupuestos que sirvieron de base para tal pronunciamiento.

Puntualizó que el régimen de carrera Diplomática y Consular, se clasificó en el artículo 5º *Ibíd*em, así: i.-)Libre nombramiento y remoción, ii.-)Carrera Diplomática y Consular y iii.-)Carrera

¹ Fls. 110 – 118.

Administrativa, y en relación a los primeros, el artículo 6° los limitó a los cargos de Embajador, Cónsul General Central y a los de Viceministro, Secretario General, Directores: Técnico, Operativo y Administrativo y Financiero y Director de la Academia Diplomática, Director del Protocolo, Subsecretarios, Jefes de Oficina Asesora, Empleos de cualquier nivel jerárquico adscritos al Despacho del Ministro o de los Viceministros, cuyo ejercicio implique confianza, y que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, Agregado Comercial, Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión.

En relación a la causal aludida en el acto administrativo acusado, para dar por terminado el nombramiento provisional del actor, señaló que corresponde a la prevista por el literal b), del artículo 61 del Decreto Ley 274 del 2000, que establecía:

"b. El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años, salvo circunstancia de especial naturaleza calificada en cada caso por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular".

Que en la Sentencia C-292 de 2001, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado, en el entendido que el plazo allí señalado debe ser entendido como "máximo" y, puntualmente declaró inexecutable el aparte subrayado.

Descendió al caso concreto, e indicó que de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, en relación con el debate propuesto se evidenció que mediante Resolución 1599 del 2 de julio de 1993, el accionante fue designado en periodo de prueba como Operario Calificado, Código 6000, Grado 09, del cual tomó posesión el 04 de agosto de ese año y a través de Resolución 13632 del 21 de septiembre de 1994, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue inscrito en el Escalafón de Carrera Administrativa, en el citado empleo.

Que con ocasión del proceso de reestructuración de la entidad, el demandante fue incorporado en el cargo de Operario Calificado, Código 5300, Grado 11, mediante Resolución 5357 del 29 de noviembre de 2001 y Resolución 0273 del 30 de enero de 2004 y finalmente en el de Operario Calificado, Código 4169, Grado 13, con la Resolución 4028 del 16 de septiembre de 2009 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Reseñó que por encargo, el actor ocupó los cargos de: Técnico Operativo, Código 3132, Grado 08 del 24 de enero al 1° de febrero de 2009; de Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 18 del 2 de febrero de 2009 al de septiembre de 2009 y Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 20 del 18 de septiembre de 2009 al 14 de noviembre de 2010.

Preciso que por Decreto 3853 del 15 de octubre de 2010, fue designado en provisionalidad en el

cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Nueva Loja Ecuador, del cual tomó posesión el 14 de noviembre de ese mismo año, y posteriormente con el Decreto 2392 del 26 de noviembre de 2014, la Ministra de Relaciones Exteriores declaró insubsistente ese nombramiento.

Confrontó las pruebas con las premisas normativas y jurisprudenciales puestas de presente, y concluyó que el cargo de violación de las normas en que debía fundarse el acto administrativo acusado, por desconocer los derechos de carrera del demandante está llamado a prosperar, en la medida, que no existía duda que el ingreso su Ministerio de Relaciones Exteriores, lo fue por superar las etapas de un concurso público de méritos y no se dio ninguna de las causales del régimen general de carrera administrativa, al cual pertenecía, para que fuera separado del servicio con el Decreto acusado.

Sostuvo que, ni el régimen general (Ley 909 de 2004), ni el especial de carrera Diplomática y consular (Decreto Ley 274 de 2000), previeron la pérdida de los referidos derechos para aquellos empleados que habiendo ingresado por mérito a la entidad pública, pasen a ocupar en provisionalidad un empleo de igual naturaleza, pues tal causal se contempló de forma exclusiva para los que se posesionen en empleos de libre nombramiento y remoción, sin que antes les hubiere sido conferida comisión.

Puntualizo que por razones del servicio, los funcionarios que ocupan cargos de Carrera Diplomática y Consular podrán ser removidos en cualquier tiempo, en los términos de los artículos 60 y 61 del Régimen Especial, sin que se habilite a la entidad para desconocer los derechos a la estabilidad reforzada que protege el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia para los empleados que se hallen en carrera administrativa.

Puso de presente que la orientación Jurisprudencial sobre el tema, es que el retiro de los empleados de carrera administrativa debe ajustarse a las causales expresamente consignadas en la ley, que para el caso, no contempla el retiro del ejercicio en provisionalidad de un empleo, sin comisión.

Ordenó el reintegro del actor, sin solución de continuidad, al cargo que ocupaba en carrera administrativa u otro de igual o similar naturaleza junto con el pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de devengar desde su retiro, hasta la fecha en que se haga efectiva la sentencia, y negó el reintegro al mismo cargo que ocupaba el demandante al momento de la separación del servicio.

Y frente a la pretensión para que se reintegre al mismo cargo que ocupaba el demandante al momento de la separación del servicio, indicó que el estudio que adelantó la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, sobre la norma que sirvió de fundamento a la expedición del acto administrativo acusado, es que el ejercicio en provisionalidad tiene como plazo "*máximo*" cuatro años, precisamente por virtud de la naturaleza del cargo y el principio de carrera.

RECURSOS DE APELACION

.-El apoderado de la parte actora² interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, basando su inconformidad en que el a quo no ordenó el reintegro en el empleo que ocupaba en el momento del retiro ordenado por el acto ilegal declarado nulo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15, porque el actor prestó sus servicios por más de 4 años en Provisionalidad en este empleo.

Dice que el a quo concluye erradamente que el simple cumplimiento del término-límite establecido por el artículo 61 del Decreto 274/00, faculta al Nominador para terminar el nombramiento provisional y evadir su responsabilidad de adelantar el concurso de méritos y en tal forma acatar la normativa general (L. 909/04) y especial (D. 274/00) de Carrera.

Dice que no hay discusión que el empleo del cual fue retirado el actor, es el de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, grado 15, de la Planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Nueva Loja, Ecuador, y que es un empleo perteneciente a la Carrera Administrativa de la Entidad; lo que fue aceptado por la demandada en su contestación y en la certificación expedida por la Subdirectora Técnica de Recurso Humanos.

Respecto a la Provisionalidad como mecanismo idóneo para suplir vacancias en la Entidad Demandada, cito el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, conforme el cual, el nombramiento en provisionalidad en la Entidad demandada es procedente y limitado, máximo 4 años, y por lo tanto la Administración debe velar porque el nombramiento provisional, excepcional, no se eternice y durante el plazo máximo de 4 años, tiempo más que suficiente para que se adelanten los trámites del concurso de mérito que permita proveer el empleo.

Asegura que la Administración no puede resultar beneficiada de su propia negligencia, ya que dejó transcurrir, sin justificación, el tiempo (más de 4 años), sin haber adelantado el correspondiente concurso para proveer el empleo de Segundo Secretario que desempeñaba el Actor.

² Fls.127-137.

Además, dice que es una culpa y responsabilidad por omisión exclusivamente Gubernamental y el ciudadano es la víctima, y por tanto, al Provisional no se le pueden trasladar los efectos negativos de la culpa Administrativa.

Que el Nombramiento en Provisionalidad, dado su carácter derivado, excepcional y extraordinario, está sometido a una Condición Resolutoria hasta que se produzca el nombramiento en periodo de prueba, dado que "por su cumplimiento se extingue" cuando se cumpla la condición consistente en el nombramiento en periodo de prueba derivado de lista de elegibles resultante de Concurso de Mérito, y como consecuencia, ordenar el Retiro del Provisional, se ordena el ingreso y como efecto el retiro, siendo una relación de causa a efecto, por la que no está permitido reemplazar a un trabajador Provisional por otro que no haya superado los Concursos públicos y abiertos.

Arguye que el artículo 70 del D.L. 274/00 y la Ley 909/04 en su artículo 41 al consagrar las "causales de retiro del servicio" no tipifican causal expresa para el retiro del provisional, ni tampoco establece el cumplimiento del término legal o para el cual fue nombrado, como causal legal típica y expresa para el retiro, por lo que debe acudir al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el cumplimiento de la Condición Resolutoria de nombramiento del reemplazo en periodo de Prueba, tomado de Lista de Elegibles resultante de Concurso de mérito, como determinante de extinción de la provisionalidad.

.-La apoderada de la entidad demandada³ mediante memorial visible a folios, interpuso recurso de apelación, y pide revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Manifiesta que en la expedición de la declaratoria de insubsistencia no se incurrió en una falsa motivación, ni desviación de poder, ni de las normas que rigen la Carrera Diplomática y Consular, porque la administración estaba facultada para hacerlo debido a que habían transcurrido más de cuatro (4) años desde el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera diplomática y consular, de modo que, tampoco se afectaron los derechos laborales de carrera administrativa del demandante, máxime cuando esta situación particular no fue objeto de debate ni administrativo ni judicial, ya que el litigio versaba sobre la relación en el cargo desempeñado en provisionalidad en carrera diplomática y consular.

Refiere que en la sentencia apelada, se viola el principio de congruencia, y los lineamientos procedimentales referentes a la fijación del litigio, e individualización de las pretensiones de la demanda, cuando dispone reintegrar al demandante a un cargo de carrera administrativa, siendo

³ Fis.138-144.

que esa circunstancia no era objeto de debate, ni de pretensión de restablecimiento, pues, el litigio lo fue en relación a un cargo de carrera diplomática y consular, toda vez, que en la fijación del litigio, el demandante pidió la nulidad del Decreto 2392 del 26 de noviembre de 2014, y en la audiencia inicial, con la oportuna intervención de la señora Juez, el litigio se fijó en este sentido, y naturalmente que fue bajo estos parámetros que se suscitó el debate judicial y probatorio.

Así mismo, en la conciliación extrajudicial, el demandante solicita la nulidad del Decreto N° 2392 de 2014 que declaró la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera diplomática y consular, y a título de restablecimiento del derecho solicitó ser reintegrado al empleo que desempeñaba al momento del retiro, es decir al de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, con funciones de Cónsul, ante lo cual el despacho de primera instancia consideró en su análisis, que efectivamente la entidad si se encontraba facultada para separarlo del cargo en provisionalidad por las razones consignadas en el acto administrativo acusado.

Insiste que la sentencia se encuentra viciada del defecto factico de incongruencia, cuando se decide por otro lado que las normas en que debía fundarse el acto administrativo acusado desconocen los derechos de carrera administrativa del actor y que en consecuencia debe reintegrarse a su empleo de carrera administrativa, fundamentándose tal decisión en normas que no aparecen en la motivación del acto administrativo demandado, ni tienen relación de causalidad de provisión nominal, porque cada una de las dos carreras, esto es, *la de carrera diplomática y consular*, y *la administrativa*, respectivamente, tienen un ámbito legal diferente, y las circunstancia del régimen de carrera administrativa por sí misma no fue tomada en cuenta para efectuar el nombramiento en provisionalidad, pues, la decisión discrecional del nombramiento no estaba supeditada a que el funcionario perteneciera a la carrera administrativa, siendo que, por el contrario una de las condiciones para que proceda la provisionalidad es que la persona nombrada no pertenezca a la *carrera diplomática y consular*, en los términos del artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000.

Sostiene que no podría el a quo, sin atentar contra el principio de congruencia, proceder a modificar lo pedido, pues de conformidad a este principio, la decisión del Juez debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, por lo que el juez debe pronunciarse con fundamento en las pretensiones expresamente planteadas en la demanda y los hechos descritos en la misma, debiendo existir una adecuación entre lo pedido y lo resuelto, pues resultaría quebrantada, como en este caso, cuando el juez concede más allá de lo pedido (*ultra petita*); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (*extra petita*), como es el caso del reintegro a su cargo de carrera administrativa, no sometido a discusión dentro de la fijación de litigio.

177

ALEGATOS EN LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante mediante memorial visible a folio 180, se remitió a las razones de hecho y de derecho consignados en la demanda y en la interposición del recurso de apelación.

La entidad demandada presentó su alegato mediante escrito de folio 161 a 167, en el que se ratifica en los argumentos del recurso de apelación.

El Ministerio Público no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

Se trata de decidir el recurso de apelación, interpuesto por los apoderados de las partes litigantes, contra la Sentencia proferida en la Audiencia de Pruebas, Alegaciones y Juzgamiento del veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017) celebrada por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Cuarta, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a los planteamientos realizados en los recursos de apelación, establecen los siguientes:

- si la Sentencia apelada, desconoció el principio de congruencia; al ordenar el reintegro del demandante al cargo de operario 6000 grado 09, cuando en las pretensiones de la demanda se pidió que fuera al que desempeñaba en el momento del retiro o a otro de igual o similar categoría, esto es, el de el de segundo Secretario de Relaciones Exteriores.
- Dilucidado lo anterior, determinar si el Decreto 2392 del 26 de noviembre de 2014, que declaró insubsistente el nombramiento del demandante en provisional en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, se encuentra viciado de nulidad, al fundamentar esta decisión en el artículo 61 del Decreto ley 274 de 2000.

II. LOS HECHOS DEMOSTRADOS EN EL CASO CONCRETO

.-A través de Resolución número 1599 del 02 de julio de 1993⁴, el señor Orduz Buitrago, fue nombrado en período de prueba dentro de la carrera administrativa, para desempeñar el cargo de Operario Calificado, código 6000, grado 09 de la Planta Semiglobal del Ministerio de Relaciones Exteriores, creado por el Decreto 609 del 31 de marzo de 1993.

⁴ Fls.6 y 7.

.-Según Acta del 4 de agosto de 1993⁵, el actor tomo posesión del cargo de Operario Calificado, código 6000, grado 09 de la Planta Semiglobal del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 4 de agosto de 1993.

.-Por Resolución No. 13632 del 21 de septiembre de 1994⁶, la Comisión Nacional del Servicio Civil, inscribió en el Escalafón de Carrera Administrativa al señor John Henry Orduz Buitrago en el empleo de Operario Calificado Código 6000 Grado 09 de la Secretaría General –Planta Global Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

.-el 15 de octubre de 2010⁷, el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 de la planta global del Ministerio de relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Nueva Loja, Ecuador en donde ejerció las funciones de cónsul de Segunda Clase de Colombia y se desempeñó como jefe de la Oficina Consular, cargo del cual tomó posesión el 15 de noviembre de ese mismo año, según da cuenta el Acta No. 390 visible a folio 11. La anterior designación fue aceptada por el demandante mediante comunicación que data del 9 de noviembre de 2010⁸.

.-El Director de talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, en certificación visible a folio 76 del expediente, hizo constar que el señor John Henry Orduz, reunía los requisitos para desempeñar el cargo de Segundo Secretario de relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado de Colombia en Nueva Loja, Ecuador.

.-Por medio de Decreto No. 2392 del 26 de noviembre de 2014⁹, la Ministra de relaciones Exteriores declaro insubsistente el nombramiento con carácter provisional efectuado al señor John Henry Orduz Buitrago, en el cargo de Segundo Secretario de relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 de la Planta Global del Ministerio de relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Nueva Loja, Ecuador.

.-Mediante Comunicación S-GAPT-14-088355 del 27 de noviembre de 2014¹⁰, la Directora de Talento Humano de la Cancillería, le informo al demandante sobre el Decreto 2392 del 26 de noviembre de 2014, y le concedió el término de 2 meses para hacer dejación oficial del cargo de Segundo Secretario de relaciones Exteriores.

⁵ Fl.8.

⁶ Fl.9.

⁷ Fl.10.

⁸ Fl.96.

⁹ Fl.4.

¹⁰ Fl.13

178

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "C"
Apelación Expediente. No. 2015-00425-01

.-Mediante documental visible a folios 112 y 113, la Directora de Talento Humano de la demanda, indicó entre varios, que revisada la historia laboral del señor John Henry Orduz Buitrago, no encontró acto administrativo en el que se le hubiere conferido comisión para desempeñar otro cargo durante su permanencia en el Ministerio de relaciones Exteriores, de conformidad con lo establecido en los artículos 26 y 42 de la Ley 909 de 2004.

.-A folio 116 y vto., reposa certificación expedida por la Coordinadora del Git de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, que da cuenta de los cargos que desempeño el actor en el Ministerio de Relaciones Exteriores, así:

"Que le señor ORDUZ BUITRAGO estuvo vinculado en Carrera Administrativa del 4 de agosto de 1993 hasta el 14 de noviembre de 2010.

Que el señor ORDUZ BUITRAGO, estuvo vinculado en Provisionalidad del 15 de noviembre de 2010 hasta el 8 de febrero de 2015.

Que los cargos desempeñados por el señor ORDUZ BUITRAGO, discriminando la vinculación de Carrera Administrativa, son los descritos a continuación:

Mediante Resolución No. 1599 del 2 de julio de 1993, se nombró en periodo de prueba dentro de la Carrera Administrativa en el cargo de Operario Calificado, Código 6000, Grado 09, de la Planta Semiglobal del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomó posesión del cargo el día 4 de agosto de 1993 y lo desempeñó hasta el 29 de noviembre de 2001.

Mediante Resolución No. 5357 del 29 de noviembre de 2001, se incorporó al cargo de Operario Calificado, Código 5300, Grado 11, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomó posesión del cargo el día 30 de noviembre de 2001 y lo desempeñó hasta el 2 de febrero de 2004.

Mediante Resolución No. 0273 del 30 de enero de 2004, se incorporó al cargo de Operario Calificado, Código 5300, Grado 11, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomó posesión del cargo el día 3 de febrero de 2004 y lo desempeñó hasta el 23 de enero de 2008.

Mediante Resolución No. 5890 del 14 de diciembre de 2007, se encargó en el cargo de Técnico Operativo, Código 3132, Grado 08, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomó posesión del cargo el día 24 de enero de 2008 y lo desempeñó hasta el 1º de febrero de 2009.

Mediante Resolución No. 0451 del 30 de enero de 2009, se encargó en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 18, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomó posesión del cargo el día 2 de febrero de 2009 y lo desempeñó hasta el 17 de septiembre de 2009.

Mediante Resolución No. 4028 del 16 de septiembre de 2009, se incorporó al cargo de Operario Calificado, Código 4169, Grado 13, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, y mediante Resolución 4048 del 16 de septiembre del mismo año, se le encargó del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 20, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tomó posesión del cargo el día 18 de septiembre de 2009 y lo desempeñó hasta el 14 de noviembre de 2010.

Que los cargos desempeñados por el señor ORDUZ BUITRAGO, discriminando la vinculación en Provisionalidad, son los descritos a continuación:

Mediante Resolución No. 3853 del 15 de octubre de 2010, se nombró provisionalmente en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Nueva Loja, Ecuador. Según el acto administrativo ejerció las funciones de Cónsul de Segunda Clase y se desempeñó como Jefe de la Oficina Consular mencionada Tomó posesión del cargo el día 15 de noviembre de 2010 y lo desempeñó hasta el 8 de febrero de 2015".

.-Del cuaderno de antecedentes administrativos, se destacan, las siguientes:

.-Mediante Resolución No. 1289 del 23 de abril de 2010¹¹, se prorrogó entre el 5 de mayo y el 3 de junio de 2010, la comisión conferida al señor John Henry Orduz Buitrago mediante la Resolución No. 0811 del 18 de marzo de 2010, quien para ese momento ostentaba la calidad de Auxiliar Administrativo, código 4044, grado 20 de la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano.

.-Con Resolución No. 1751 del 21 de mayo de 2010¹², se comisionó al demandante entre el 22 y el 23 de mayo de 2010 encargado de las funciones Consulares de Nueva Loja, siendo modificada por la Resolución No. 1892 del 26 de mayo de 2010¹³, se modificó el artículo 1º de la primera mencionada, estableciendo para el efecto los días 5 y 6 de junio de 2010, siendo prorrogada hasta el 3 de julio de 2010, por medio de la Resolución No. 2014 del 1 de junio de 2010¹⁴.

.-A través de Resolución no. 2560 del 29 de junio de 2010¹⁵, se comisionó al actor entre el 3 y el 87 de julio de 2010, con el fin de asistir a la Capacitación SICEP – Sistema de Control y Expedición de Pasaportes.

.-La Ministra de Relaciones exteriores el 30 de agosto de 2010¹⁶, certificó necesidad de prorrogar la comisión otorgada al funcionario John Henry Orduz, mediante las Resoluciones 0811, 1289, 2014, 2665 y 3276 de 2010, aduciendo que no había sido factible la designación por parte del Presidente de la República de un titular para que ejerza las funciones consulares en Nueva Loja (Ecuador).

.-Mediante Resolución No. 2625 del 29 de junio de 2010¹⁷, se prorrogó por 30 días la comisión conferida al demandante mediante Resolución No. 0811 del 18 de marzo de 2010 y prorrogada con la Resolución No. 1289 del 23 de abril de 2010. Igualmente, prorrogada por Resolución No.

¹¹ Fl.121.

¹² Fl.123.

¹³ Fl.125.

¹⁴ Fl.127.

¹⁵ Fl.128.

¹⁶ Fl.142.

¹⁷ Fl.129

3276 del 3 de agosto de 2010 y Resolución No. 3754 del 2 de septiembre de 2010¹⁸ hasta el 1 de octubre de 2010, siendo prorrogada hasta el 31 de octubre de octubre de 2010 mediante Resolución No. 4305 del 01 de octubre de 2010.

.-Por medio de Resolución No. 5357 del 29 de noviembre de 2001¹⁹, se realizó incorporación a la Planta de Personal del servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores.

.-Por medio de Resolución No. 0273 del 30 de enero de 2004²⁰, se incorporó a la planta interna de personal del Ministerio de Relaciones exteriores al accionante, en el cargo de operario calificado código 5300 grado 11.

.-Según Acta No. 272 del 18 de septiembre de 2009²¹, el demandante tomo posesión del cargo de Operario Calificado, código 4169, grado 13, de la Planta global para el cual fue incorporado mediante Resolución No. 4028 del 16 de septiembre de 2009.

.-Mediante Resolución No. 4048 del 18 de septiembre de 2009²², se encargó al señor Orduz Buitrago como auxiliar Administrativo 4044-20 de la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano.

.-A través de la Resolución No. 5890 del 14 de diciembre de 2007²³, se encargó al demandante del cargo de técnico operativo, código 3132, grado 08 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones exteriores.

.-Por medio de Resolución No. 0451 del 30 de enero de 2009²⁴, se encargó al actor del cargo de Auxiliar administrativo , código 4044, grado 18.

III. Sobre el principio de la congruencia

En el presente asunto, a juicio de la entidad se viola el principio de la congruencia, al disponer reintegrar al demandante a un cargo de carrera administrativa, pese a que tal circunstancia no

¹⁸ Fl.139.

¹⁹ Fl.340

²⁰ Fis.337 y 338.

²¹ Fl.347.

²² Fl.348.

²³ Fl.351

²⁴ Fl.361.

fue objeto del debate, ni de la pretensión de restablecimiento, ya que el litigio giró en torno a un cargo de carrera diplomática y consular, siendo este el argumento principal del recurso de apelación contra el fallo de instancia. Bajo tal contexto se abordará lo correspondiente a la figura del principio de congruencia.

El principio de la congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse lo solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión.

Al respecto, los artículos 280 y siguientes del Código General del Procesos disponen lo siguiente:

"ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. *La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.*

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. *La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio." (Negrilla de la Sala).

Así mismo, el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), señala al respecto:

"ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. *La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.*

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus"

Sobre la materia, la Corte Constitucional en la sentencia T-455 de 2016⁶ se pronunció sobre los fundamentos y el alcance del principio de congruencia de las providencias proferidas por los Jueces de la República en relación con los hechos, pretensiones y fundamentos normativos de las demandas incoadas en procura de la obtención del derecho, indicando:

*"24.1. El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, **la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones** y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto que durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.*

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia "como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, "en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó". Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso..."

Por su parte, en reciente sentencia de 25 de enero de 2017²⁵, el Consejo de Estado, sobre el principio en cita, conceptuó lo siguiente:

*"...Sobre los anteriores lineamientos se asienta el principio procesal de la congruencia de las sentencias', reglado por el Código de Procedimiento, el cual atañe con **la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y pretensiones aducidos en la demanda (art. 305)**, que garantiza el derecho constitucional de defensa del demandado, quien debe conocer el terreno claro de las imputaciones que se le formulan en contra. El juez, salvo los casos de habilitación ex lege, en virtud de los cuales se le faculta para adoptar determinadas decisiones de manera oficiosa, no puede modificar o alterar los hechos ni las pretensiones oportunamente formulados, so pena de generar una decisión incongruente"²⁵. (negrilla fuera del texto original).*

En suma, de lo expuesto se colige que el principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, el tal sentido, al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión.

²⁵ Expediente No. 11001-03-26-000-2016-00052-00 (56703); Consejero Ponente HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

Así, para determinar si el subexamine se viola el principio de la congruencia nos remitimos a las pretensiones del libelo, donde se solicita se declare la nulidad del Decreto No. 2392 del 26 de noviembre de 2014, que declaró insubsistente el nombramiento provisional en la Planta de personal de la citada entidad y como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la entidad demandada, reintegrar al demandante en el empleo que desempeñaba en el momento del retiro o a otro de igual o similar categoría y remuneración.

Por su parte, el juez en el fallo apelado, declaró la nulidad del Decreto No. 2392 y ordenó a la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, reintegrar al demandante al cargo que ocupaba en carrera administrativa, al momento del retiro, esto es el de operario 6000 grado 09.

Visto el contenido del citado acto administrativo, se encuentra que el cargo sobre el cual recayó la declaratoria de insubsistencia es el de **Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 de la Planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores**, y en la sentencia se ordenó reintegrar al demandante al empleo de **operario 6000 grado 09**, que no fue objeto de pretensión en la demanda como ya se indicó, por cuanto en el libelo lo pretendido es el reintegro al empleo que estaba ocupando el actor al momento que fue retirado de la entidad demanda, esto es el de secretario, y no de operario.

Significa lo anterior, que en la sentencia apelada, el juez se pronunció acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita), cuando debió pronunciarse únicamente sobre lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del litigio, determinando si el Decreto 2392 del 26 de noviembre de 2014 que declaró insubsistente el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 ostentado por el demandante al momento de su desvinculación de la entidad, se encontraba viciado o no de nulidad.

Así las cosas, en el presente asunto, el juez adoptó su decisión, con claro desconocimiento del principio de la congruencia, al emitir una orden de restablecimiento desajustada a las pretensiones de la demanda. No obstante, debe la Sala estudiar la legalidad del acto demandado conforme a la pretensión relativa a que se ordene el reintegro del señor Jhon Henry Orduz Buitrago al cargo de **Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15** que se encontraba desempeñando en el momento del retiro o a otro de igual o similar categoría, ya que esta es la única pretensión de la parte actora, y el tema discutido en su recurso de alzada.

iv. Marco normativo y jurisprudencial de la carrera diplomática y consular.

Mediante la Ley 573 de 2000 se revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para que: *"en el término de quince (15) días contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para:"*

"6. Dictar las normas que regulen el servicio exterior de la República, su personal de apoyo, la carrera diplomática y consular, así como establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal."

Con base en estas facultades el Presidente de la República expidió el Decreto 274 de 2000 por medio del cual reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, estableciendo en su artículo 2º, que las disposiciones contenidas en él son aplicables **a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior²⁶**, dentro o fuera de la República de Colombia **y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular.**

Dicha normativa clasifica los empleos del Ministerio de Relaciones Exteriores en: de libre nombramiento y remoción, de Carrera Diplomática y Consular y de Carrera Administrativa.

Son cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes: a. Viceministro, b Secretario General, c. Directores: Técnico, Operativo y Administrativo y Financiero, d. Director de la Academia Diplomática, e. Director del Protocolo, f. Subsecretarios. g. Jefes de Oficina Asesora, h. Empleos de cualquier nivel jerárquico adscritos al Despacho del Ministro o de los Viceministros, cuyo ejercicio implique confianza, y que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, i. Agregado Comercial, y j. Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el artículo 7o. del Decreto.

Y estipulo como cargos de Carrera Diplomática y Consular los de categoría igual o superior a la de Tercer Secretario, y sus equivalentes en el servicio interno, con excepción de los cargos previstos en los artículos 6o. y 7o. *Ibidem*²⁷, disponiendo a su vez, que por virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la carrera diplomática y consular estaría a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos dispuestos en dicho estatuto.

También consagró, que son de Carrera Administrativa los cargos de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores con excepción de los mencionados en los artículos 6o., 7o. y 8o. de este Decreto, preceptuando que los cargos de Carrera Administrativa se sujetarán a lo previsto en la Ley 443 de 1998 y en las normas que la modifiquen, reglamenten o deroguen, en aquello que no sea contrario a las especiales características que, por virtud de su misión y de sus

²⁶ **ARTICULO 3o. SERVICIO EXTERIOR:** Entiéndese por servicio exterior la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en desarrollo de la política exterior de Colombia, dentro o fuera del territorio de la República, con el fin de representar los intereses del Estado y de proteger y asistir a sus nacionales en el exterior."

²⁷ Empleos de libre nombramiento y remoción y personal de apoyo en el exterior

atribuciones, tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores para el desarrollo de la actividad que le es propia.²⁸

Actualmente por expresa disposición legal al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana, le son aplicables las normas de la Ley 909 de 2004, misma que es supletoria en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige al personal de la carrera diplomática y consular.

En cuanto a las categorías en la carrera diplomática y consular, estableció que son del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular las siguientes: a) Embajador, b) Ministro Plenipotenciario, c) Ministro Consejero, d) Consejero, e) Primer Secretario, **f) Segundo Secretario**, g) Tercer Secretario y el ingreso a la misma se efectúa exclusivamente mediante concurso abierto, y en la categoría de Tercer Secretario en período de prueba, previa aprobación del Curso de Capacitación Diplomática.

Así mismo, la carrera Diplomática y Consular es la Carrera especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito. Regula igualmente las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales y el ingreso se hará por concurso abierto y tienen como finalidad establecer la aptitud e idoneidad de los aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular.

No obstante, en esta entidad se ha previsto la posibilidad de acudir a los nombramientos en provisionalidad, como una necesidad de contar con una herramienta eficaz para proveer los cargos de carrera temporalmente vacantes y para los cuales no existe lista de elegibles; ello con miras a evitar caos a la administración y contribuir a su normal funcionamiento.

En efecto, los nombramientos en provisionalidad con personal ajeno a la Carrera Diplomática y Consular, se rigen por lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 que prescribe:

*"ARTICULO 60.- Naturaleza.- Por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. **Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.**"*

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-292 de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Jaime

²⁸ Empleos de libre nombramiento y remoción, personal de apoyo en el exterior y cargos de carrera diplomática y consular

Córdoba Triviño, admitió la legalidad y conveniencia de los nombramientos en provisionalidad dentro de la Carrera Diplomática y Consular, con las siguientes razones:

"La Corte advierte que en el artículo 60 la invocación del principio de especialidad se hace para permitir el nombramiento en cargos de la carrera diplomática y consular de personas que no pertenecen a ella y que a ello se remite la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad. En cuanto a esto hay que indicar que la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad. Si ello es así, no se advierten motivos para declarar inexecutable una norma que se ha limitado a permitir tales nombramientos previendo una solución precisamente para ese tipo de situaciones.

En el artículo 60 no se advierte contrariedad con norma alguna de la Carta Política pues la determinación de la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad se liga a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes. De ello se sigue que los cuestionamientos de constitucionalidad contra tal norma son infundados en tanto remiten al legislador la determinación de las circunstancias en las cuales se realizarán los nombramientos en provisionalidad. Por manera que los juicios de constitucionalidad procederán, en su momento, contra las normas que detallen los supuestos de hecho que permitan ese tipo de nominaciones.

*De otro lado, el artículo 61 del Decreto 274 de 2000 desarrolla las condiciones básicas para la realización de nombramientos en propiedad, indicando qué requisitos se deben cumplir, **la duración del servicio en el exterior de los funcionarios nombrados en provisionalidad**, la aplicación a ellos de beneficios laborales por traslado y de las condiciones de seguridad social referidas en los artículos 63 a 68 de ese decreto y el derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo cuando sean los funcionarios así nombrados sean desvinculados del servicio.*

*Ante ello, la Corte advierte que ni con los requisitos implementados en el literal a, **ni con la fijación del plazo para hacer dejación del cargo se está desconociendo la Carta Política** pues nada más natural que el legislador extraordinario, en ejercicio de facultades legítimamente concedidas, especifique los requisitos necesarios para realizar nombramientos en esa situación administrativa excepcional que es la provisionalidad y **que regule el plazo para que quienes han sido nombrados en esas condiciones hagan dejación del cargo pues se trata de cargos que se ejercen en el exterior.** (Negrilla fuera del texto original).*

Sobre la materia, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 22 de abril de 2015 por la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de estado, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del Expediente con Radicado número 080012331000201200386-01 (4732-13), se consideró:

*"Lo anterior significa que al ser removido en cualquier tiempo, se deben expresar los motivos por los cuales se está retirando del empleo al nombrado en provisionalidad dado que puede ser para la designación de quien sí pertenece a la carrera y por virtud de ella ingresa, **o por vencimiento del periodo de cuatro años de que trata el artículo 61 ídem**, casos en los cuales, ante el silencio de los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000 en cuanto a la expresión de los motivos en el acto que da vía libre a la remoción, por expreso mandato legal se aplican de manera supletoria las normas de la Ley 909 de 2004 y por conexidad el Decreto Reglamentario 1227 de 2005, que obligan necesariamente a expresar las razones."*

Tanto de la norma mencionada como de lo considerado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se tiene que el tiempo máximo de duración de la provisionalidad alude,

necesariamente, al nombramiento específico de un funcionario, de tal suerte que de un lado no puede superar el término de cuatro años y en segundo lugar está supeditado a que no exista personal de carrera para su provisión. Luego el nombramiento en provisionalidad efectuado a personas que no pertenezcan a Carrera Diplomática y Consular, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de esta para proveer dichos cargos debe estar sujeto a las necesidades del servicio exterior y la insubsistencia está sometida a las precisas reglas de la Ley 909 aplicable de manera supletiva esto es, de manera motivada, luego habrá de expresarse el motivo para el retiro del servicio, **que bien puede ser por vencimiento del término de cuatro años** o por la provisión del empleo con una persona de carrera.

De tal manera que si la provisionalidad del cargo fue de cuatro años, al finalizar ese lapso imperativamente hay que remover a ese funcionario y en ese momento, se podrían presentar dos situaciones. La primera, hay personal de carrera diplomática y consular disponible para proveerlos, caso en el cual obligatoriamente la autoridad nominadora debe proceder a proveer el cargo con dicho personal; y la segunda, no hay ninguno, no hay personal disponible de carrera, entonces debe proveerse el cargo en provisionalidad, pues la administración no puede mantener vacío un cargo y sin titular unas funciones, al no poder recurrir a su personal de planta necesariamente debe acudir a personal ajeno a dicha carrera para proveer la vacancia.

Ahora, si bien es cierto, el artículo 60 del Decreto 274 de 2000²⁹, autoriza la remoción, en cualquier tiempo de un funcionario que se encuentre desempeñando un cargo en provisionalidad, no señala si la determinación pertinente debe o no motivarse, puesto que de su contenido no se puede inferir tal solución, si se tiene en cuenta que únicamente autoriza la remoción en esas condiciones, pero guarda silencio respecto a la exigencia o no de la motivación del acto, y tampoco se encuentra en el citada norma una disposición que regule este tema, debiendo entonces acudir a la regulación que sobre el mismo trae la Ley 909 de 2004, que dentro de su campo de aplicación incluyó al personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, disponiendo:

"ARTICULO 3. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

-Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana".

Dicha norma en su artículo 41 determinó las causales de retiro del servicio en los siguientes términos:

²⁹ Declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-292-01.

"Artículo 41. *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;*
- c) *Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada (Inexequible sentencia C-501 de 2005. MP: Manuel José Cepeda Espinosa)*
- d) *Por renuncia regularmente aceptada;*
- e) *Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*
- f) *Por invalidez absoluta;*
- g) *Por edad de retiro forzoso;*
- h) *Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*
- i) *Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;*
- j) *Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*
- k) *Por orden o decisión judicial;*
- l) *Por supresión del empleo;*
- m) *Por muerte;*
- n) *Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.***

Parágrafo 1. *Inexequible sentencia C-501 de 2005. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.*

Parágrafo 2. *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." (Destaca la Sala).

Y el artículo 86 del **Decreto 1227 de 2005**, dispuso que el retiro del servicio de los empleados de carrera se produce por cualquiera de las causales determinadas en la Ley 909 de 2004 y conlleva el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos inherentes a la misma, salvo los casos señalados en el artículo 42 de la citada ley³⁰, eventos en los cuales deberá efectuarse la anotación respectiva en el Registro Público de Carrera.

Así las cosas, es claro que la desvinculación de un empleado provisional en un cargo de carrera se debe realizar sobre la base de la necesidad de motivación de dichos actos, con el fin de garantizar el debido proceso y derecho de defensa de quien se retira en esas condiciones. Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en Providencia de 23 de septiembre de 2010, Expediente 25000-23-25-000-2005-01341-02, unificó el criterio sobre la motivación de los actos administrativos que desvinculan a

³⁰ "ARTÍCULO 42. PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.

2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.

3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo."

un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, sosteniendo que debe ser a través de acto debidamente motivado. En esa ocasión precisó:

*"La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, **de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004** (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), **la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada**, esto es, dicho retiro es procedente sólo de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, **y el acto administrativo que así los disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123, 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe estar justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos se produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado."
(Resaltado fuera del texto original)

Por su parte, mediante Sentencia de unificación SU-556 de 2014, Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez³¹, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto de la desvinculación motivada de los empleados en cargos de provisionalidad, para ello, hizo una recopilación de las sentencias proferidas por esta Corporación respecto del tema y concluyó:

"(...) 3.4.1. Como manifestación del Estado de Derecho, el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo. Dentro de ese propósito, esta Corporación³² ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.

3.4.2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad,

³¹ Posición reiterada en la sentencia SU-054 de 2015, Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³² Sentencia SU-250 de 1998. (Cita inter texto)

y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.

3.4.3. Sin embargo, cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa.

3.4.4. En conclusión, "en primer lugar, (...) la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales" y del artículo 123 en la parte que indica: "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad". En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (...)³³.
(...)

3.5.6. Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Como se estableció arriba, el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto **la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.**
(...)

3.5.10. En síntesis, a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho de estabilidad típico de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se desprende una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, pues la vacancia no cambia la naturaleza del cargo. De allí que, en concordancia con el precedente de la Corporación, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso." (Resaltado fuera del texto original)

Sumado a ello, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, compilada en la Sentencia de Unificación 917 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, la motivación de los actos administrativos debe cumplir con unos requisitos mínimos que garanticen el debido proceso del afectado. En dicha oportunidad consideró:

"El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia

³³ SU-250 de 1998. (Cita inter texto)

formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado"³⁴. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"³⁵.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"³⁶.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa³⁷ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"³⁸.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"³⁹, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario⁴⁰. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁴¹. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: "Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa". (Cita inter texto)

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras. (Cita inter texto)

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007. (Cita inter texto)

³⁷ CP., Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley". (Cita inter texto)

³⁸ Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.162. (Cita inter texto)

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009. (Cita inter texto)

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras. (Cita inter texto)

⁴¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras. (Cita inter texto)

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen "explícitas" en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración⁴², siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos."

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial observa la Sala que en la actualidad se encuentran superadas las diferencias interpretativas que existieron en el pasado en materia de declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional en cargos de carrera, y entonces, es evidente que esta clase de nombramientos tiene un carácter eminentemente transitorio y no gozan del fuero de estabilidad que les asiste a los empleados escalafonados en carrera administrativa; sin embargo, el acto administrativo que dispone la insubsistencia del nombramiento en esas condiciones, debe ser motivado, es decir, la administración debe expresar las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

V. Contenido de la motivación- Vencimiento del término del nombramiento

La motivación que se insta para desvincular a los funcionarios nombrados en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que se exige para los de carrera, pues para éstos últimos, la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Así lo consideró la Corte Constitucional, en la Sentencia T-360/15. Magistrado Sustanciador: Dr. Mauricio González Cuervo, en la que además señaló:

"(...) Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa⁴³ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"⁴⁴.

En últimas, argumentos como: (i) la naturaleza provisional de un nombramiento; (ii) al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa; (iii) la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional; (iv) o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se

⁴² En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación", al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, "Las razones del Derecho". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, "La Argumentación en el Derecho". Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, "Argumentación y sentencia". En: Revista DOXA 21, 1998. (Cita inter texto)

⁴³ CP., Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley". (Cita inter texto original)

⁴⁴ Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.162. (Cita inter texto original)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "C"
Apelación Expediente. No. 2015-00425-01

*relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular*⁴⁵, *no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario*⁴⁶.
(...)

De todo lo anterior se puede concluir que la administración, puede, basándose en la existencia de una "razón suficiente" dar por terminada la vinculación laboral de una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera. (...)"

Ahora bien, sobre las razones del acto administrativo que da por terminado el nombramiento en provisionalidad, precisa la Sala que para los casos en que el retiro del servicio ocurre por vencimiento del término de nombramiento no hace falta otra motivación. Así lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia T-753 de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la que concluyó que cuando el retiro se produce por vencimiento de término para el que el empleado fue nombrado, se entiende que el acto está motivado. La Corte dijo:

"(...) La Procuraduría General de la Nación, mediante la comunicación ya referenciada, le informó al Señor (...), los motivos por los cuales no se renovaría su nombramiento en la entidad, en los siguientes términos "Ante el vencimiento del término previsto de su nombramiento en provisionalidad, que tendrá lugar el próximo 29 de octubre de 2.009, comedidamente le solicito hacer entrega de su cargo al Jefe inmediato".

En el caso bajo revisión se evidencia que, en la práctica, la entidad accionada aplicó el precitado postulado constitucional, por cuanto, mediante la comunicación SG No. 5344, de manera muy breve y sumaria indicó las razones por las cuales se terminaba el nombramiento en provisionalidad.

Para la Sala dicha comunicación constituye un acto administrativo, cuyo objeto fue producir efectos jurídicos tendientes desvincular a un funcionario público que estaba en la entidad en un cargo de carrera administrativa en calidad de provisional. Lo que indica que en el presente caso la acción de tutela es improcedente para obtener la motivación de un acto administrativo, como quiera que al actor le informaron que las razones por las cuales terminaba su vinculación, obedecieron al vencimiento del término de 6 meses, establecido en el decreto de nombramiento provisional que efectuó el organismo de control."

Posteriormente, la misma Corporación, en Sentencia T-147 de 2013, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó:

*"(...) 4.5.3 Por tanto, una motivación constitucionalmente admisible es aquella en la que la insubsistencia se basa en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez realizado el respectivo concurso de méritos; la calificación insatisfactoria del funcionario; la imposición de sanciones disciplinarias y "otra razón específica atinente al servicio que está prestando"⁴⁷, **como lo puede ser el vencimiento del período por el cual ha sido designado el funcionario, siempre que la ley establezca esa posibilidad.** En esa medida, las referencias de carácter general con relación a la naturaleza provisional del nombramiento, la no pertenencia a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una facultad discrecional que realmente no existe, o la "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"⁴⁸,*

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009. (Cita inter texto original)

⁴⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras. (Cita inter texto original)

⁴⁷ Sentencia C-279 del 18 de abril de 2007. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. (Cita inter texto original)

⁴⁸ Sentencia T-104 del 20 de febrero de 2009. MP. Jaime Córdoba Triviño. (Cita inter texto original)

*no son admisibles como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario*⁴⁹

(...)"(Negrilla fuera del texto original)

La anterior posición también ha sido la de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como puede verse por ejemplo en fallo de tutela de 13 de junio de 2018, proferido por la Subsección B. Consejero ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cueter. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01379-00, en el que el máximo Tribunal explicó que es viable la terminación del nombramiento en provisionalidad, por vencimiento del período, cuando la ley establezca esa posibilidad, sin que pueda predicarse del acto administrativo falsa motivación ni desviación de las atribuciones propias.

VI. Caso Concreto

En el presente caso, no está en discusión que el nombramiento del empleo declarado insubsistente por medio del Decreto 2392 del 26 de noviembre de 2014, corresponde al de Segundo Secretario, código 2114, grado 15 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado de Colombia en Nueva Loja, Ecuador, cargo que corresponde a la carrera diplomática y consular de dicha entidad y que fue ocupado por el actor a partir del 15 de octubre de 2010, por nombramiento en provisionalidad realizado con el Decreto 3853 del 15 de octubre de 2010.

La parte actora dentro de los reparos de la apelación aduce que el simple cumplimiento del término establecido en el artículo 61 del Decreto 274 de 2000, no faculta al nominador para terminar el nombramiento provisional y evadir su responsabilidad de adelantar el concurso de mérito.

Al efecto, se tiene que el Decreto 2392 del 26 de noviembre de 2014 mediante el cual fue declarado insubsistente el nombramiento del actor como Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, basó su decisión en el literal b) del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 que establece que el servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad **no excederá de cuatro años**, y dado que el mismo tomó posesión del mencionado cargo, el 15 de noviembre de 2010, los 4 años determinados en la norma vencieron el 15 de noviembre de 2014, lo que conllevaba que el nominador removiera del cargo al demandante, siendo este el motivo que constituyó tal decisión, mismo que se encuentra legalmente justificable como ya se anotó.

⁴⁹ Entre otras, ver Sentencias: T-1204 del 02 de diciembre de 2004. MP. Humberto Antonio Sierra Porto, T-392 del 14 de abril de 2005. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-1112 del 07 de noviembre de 2008. MP. Jaime Córdoba Triviño, T-011 del 16 de enero 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla. (Cita inter texto original)

Bajo el anterior contexto, el acto de retiro fue debidamente motivado, pues le indicó actor, de forma clara y sucinta, que el fundamento de la decisión era el fenecimiento del término para el cual había sido nombrado; por lo tanto, la declaratoria de insubsistencia está ajustada a los presupuestos legales y jurisprudenciales descritos previamente.

Corolario de las consideraciones precedentes, al no probar la parte demandante la vulneración invocada en que manifiesta se incurrió al emitirse el acto acusado, éste conserva la presunción de legalidad que lo cobija y en consecuencia se revocará la sentencia apelada.

VII. COSTAS

Por último, no se evidencia en la actuación surtida por la entidad demandada dentro del proceso de la referencia, arbitrariedad del derecho, mala fe o temeridad, que impliquen imponer una condena en costas en su contra, razón por la cual no se condenará en costas en esta instancia.

Además, porque cuando se expidió el CPACA, en su artículo 188 señaló que se *"dispondrá sobre condena en costas"*, y que su *"liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*, es decir, que esta última norma aplicaba solo para su tasación y cobro, no para establecer si el criterio de la condena en costas era subjetivo (temeridad) u objetivo. En ese orden de ideas, no se observa el motivo para modificar la línea jurisprudencial que en esta jurisdicción estableció un criterio subjetivo basado en la mala fé o *"temeritas"*.

Sobre este tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cueter, en providencia de 19 de julio de 2018, radicación número: 68001-23-33-000-2013-00493-01(2276-16), aclaró:

"(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

(...)
Así las cosas, la Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, pero para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues la imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo; y, por lo tanto, al no comprobarse tal proceder de la parte demandante, no se impondrá condena en costas.
(...)."

188

Así las cosas, si bien el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011- ordena pronunciarse en materia de costas, ello no implica que necesariamente deba ser en forma condenatoria, sino que solo procede dicha condena bajo los criterios de abuso del derecho, mala fe o temeridad, como ha sido reiterado por el Consejo de Estado, situaciones que no fueron demostradas en el plenario, razón por la cual no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante. Además porque no se demostró su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "C", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.-REVÓCASE la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta, en la Audiencia de Pruebas, Alegaciones y Juzgamiento del veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), dentro del proceso promovido por el señor **Jhon Henry Orduz Buitrago** contra **la Nación Ministerio de Relaciones Exteriores**, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. **En su lugar, se dispone:**

NIÉGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.
Aprobado por la Sala en Sesión de la fecha No. 152


SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA


CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

AMPARO OVIEDO PINTO
ausente con licencia

EMV

