



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN E
SISTEMA ORAL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO

SENTENCIA No. 070

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	SANDRA JANET GAITÁN RAMÍREZ
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
REFERENCIA:	1100133350222016-00470-01
TEMAS:	DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA QUE NIEGA PRETENSIONES

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra del **fallo de primera instancia proferido el 25 de agosto de 2017**, mediante el cual el Juzgado 22 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del C. P. A. C. A., la señora Sandra Janet Gaitán Ramírez formuló demanda para que previos los trámites de un proceso ordinario y con citación del Ministerio Público, en sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada, se acceda a las pretensiones y condenas que, teniendo en cuenta su importancia, se transcriben *in extenso*:

“1. Así las cosas, atentamente, **demando en representación de la aquí demandante que se declare la nulidad de la resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016, por medio de la cual la Cancillería declaró a mi mandante insubsistente.**

2. Como consecuencia de lo anterior, **solicito que se ordene a la entidad demandada el reintegro inmediato de mi representada a la planta global del Ministerio en un cargo de igual o superior jerarquía al que ella venía ostentando en tal entidad, junto**

con el pago de los salarios y las prestaciones dejados de percibir por su parte, así como el reconocimiento de intereses e indexación respectivos.

3. Solicito que se condene en costas a la parte demandada.”

1.2. HECHOS

Indico que la señora Sandra Janet Gaitán Ramírez fue nombrada mediante Resolución No. 4388 de 24 de junio de 2014 como Asesora Código 1020 Grado 11 en el Ministerio de Relaciones Exteriores, cargo del que tomó posesión el día 2 de julio de 2014.

Adujo que durante su vinculación a dicha entidad no le fue impuesta sanción disciplinaria alguna y que tampoco fue calificada en forma insatisfactoria. Así mismo, advirtió que el Ministerio tenía conocimiento de su calidad de madre cabeza de familia y que nunca la convocó para concursar para ingresar a la carrera diplomática.

Sostuvo que un mes antes de que se expidiera el acto de desvinculación (esto es, la Resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016), se comisionó a una funcionaria de carrera diplomática en la Dirección de Academia Diplomática de la Cancillería y que posteriormente se resolvió otorgar el empleo que ostentaba la actora a un funcionario de distinto rango dentro del escalafón de carrera diplomática y consular (esto es, al Director de Academia Diplomática) –motivo por el que fue declarada insubsistente-desconociéndose las razones por las que se retiró precisamente a la actora y no a otra persona que ocupara un cargo de la misma categoría.

Sobre este punto aseveró a su vez que “...se sabe que esta persona a la que le otorgaron el cargo desempeñado por la aquí demandante dentro de la Cancillería, no ocupó ni el empleo ni las funciones que ella venía ejerciendo en esta entidad, por lo tanto no se hizo para mejorar el servicio”

Finalmente indicó que en atención a que el acto acusado no contiene motivación jurídica y no le permitió la interposición de recurso alguno, procedió a elevar un derecho de petición, el cual no fue resuelto en forma satisfactoria pues “...aún se ignora incluso si existe una razón objetiva para la remoción de ella y no de otro funcionario que ostentara un empleo con iguales características.”

1.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- CONSTITUCIONALES. Artículo 125.

Como concepto de violación indicó que la Constitución Política es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico y que en la medida en que la Corte Constitucional tiene como función principal velar por la supremacía de la Carta Política, resulta procedente acoger el criterio adoptado por dicha corporación frente a los actos mediante los cuales se declaran insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que ostentan la condición de provisionales.

En concordancia y después de citar extensos apartes de la sentencia SU-917 de 2010, estimó que este precedente resulta plenamente aplicable al sub lite en la medida en que el retiro de la señora Gaitán Ramírez se efectuó sin fundamento alguno, puesto que no se evidencia la realización de falta disciplinaria alguna, ni calificación deficiente en el ejercicio de las funciones correspondientes ni se proveyó el cargo por concurso de méritos.

Así las cosas, advirtió que el motivo citado en el acto de retiro no resulta jurídicamente válido como quiera que "...a la persona designada para ocupar el cargo que aquí se reclama, no le corresponde hacerlo, porque, acorde con lo mencionado, el nivel que ostenta dentro de la entidad no se equipara, precisamente, a dicho empleo, el cual antes de ser mi poderdante afectada con esta declaratoria estaba desempeñando; y, por otra parte, como claramente lo determinó este fallo de la Corte Constitucional, no son admisibles excusas de tipo emocional, con el fin de remover a un funcionario provisional". (sic)

Finalmente indicó que el acto está viciado por falsa motivación en atención a que: *(i)* el traslado del funcionario al que se nombró en reemplazo de la actora solo se surtió un mes después de su retiro dado que un mes antes la Dirección de la Academia Diplomática fue ocupada por otra servidora de la entidad; *(ii)* se impidió la interposición de recursos contra la Resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016 y *(iii)* no se tuvo en cuenta la condición de madre cabeza de familia de la actora. (fls. 50-57)

2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La **Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores**, presentó contestación en tiempo oponiéndose a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos: En primer lugar, recordó que el nombramiento de la señora Sandra Janet Gaitán Ramírez se produjo en virtud del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 que establece la posibilidad de vincular empleados en provisionalidad (previendo a su vez que estos pueden ser removidos en cualquier tiempo).

Por lo anterior, estimó que la actora no puede pretender derechos de carrera cuando su nombramiento fue en provisionalidad, respecto de lo cual agregó a su vez que debe tenerse en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial la sentencia C-431 de 2010, en la que el alto tribunal sostuvo que los empleados nombrados de manera provisional en cargos de carrera gozan de una protección intermedia que no se asimila a quienes por medio de concurso de méritos han llegado a ostentar un cargo de carrera en propiedad.

En segundo lugar resaltó que es evidente que la Resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016 –mediante la que se declaró insubsistente el nombramiento de la actora- se encuentra debidamente motivada, pues mediante la Resolución No. 444 de 11 de marzo de 2016 el Ministerio de Relaciones Exteriores comisionó a la doctora Martha Cecilia Pinilla Perdomo en el cargo de Directora de Academia Diplomática y posteriormente, mediante Decreto 788 de 22 de abril de 2014, la comisionó en el empleo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario Código 0036 Grado 25 en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Sudáfrica, lo que hacía necesario proveer

de forma definitiva el cargo de Director de Academia Diplomática –lo que a su vez motivó el nombramiento del doctor Dixon Orlando Moya Acosta y el consecuente retiro de la demandante-.

En tercer lugar señaló que la carrera diplomática se rige por las disposiciones del Decreto ley 274 de 2000 que establece la clasificación de cargos y la equivalencia entre ellos.

En ese orden, advirtió que según esta disposición, el empleo de carrera diplomática que ostentaba para la época el señor Dixon Orlando Moya Acosta en propiedad (esto es, Ministro plenipotenciario) es equivalente al empleo de Asesor Grado 11 que venía siendo ocupado en provisionalidad por la demandante.

En cuarto lugar indicó que no le asiste razón a la parte actora cuando señala que no se le brindó la oportunidad de ingreso a la carrera diplomática pues si era su deseo ingresar a la carrera, debió inscribirse en el concurso –cuya periodicidad es anual- e ir ascendiendo en el escalafón según lo previsto en el artículo 27 del Decreto 274 de 2000.

Finalmente propuso la excepción previa que denominó “insuficiencia de poder” la cual sustentó en que en el mandato no se identificó el acto administrativo objeto de demanda ni el cargo ocupado por la demandante. (fls. 79-91)

3. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida en audiencia el día 25 de agosto de 2017, el Juzgado 22 Administrativo de del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Después de hacer un resumen de la demanda, su contestación y el trámite procesal, así como de las disposiciones que regulan el ingreso al empleo público, sostuvo en primer lugar, que la parte actora no acreditó la calidad de madre cabeza de familia pues recordó que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que una persona se considere como madre o padre cabeza de familia es necesario demostrar que (i) se tiene a cargo hijos menores o personas que se encuentren en incapacidad de trabajar; (ii) que la responsabilidad es de carácter permanente y exclusivo y que (iii) la pareja se sustrajo del cumplimiento de las obligaciones como padre.

En ese orden, advirtió que en el sub lite se demostró que el padre de la hija menor de la actora no se ha sustraído del cumplimiento de sus obligaciones y aporta para su manutención, de allí que la calidad invocada no se encuentre probada.

En segundo lugar señaló frente a los empleados que ejercen cargos de carrera en provisionalidad que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que les asiste una estabilidad laboral intermedia en la medida en que solo pueden ser desvinculados por un acto motivado, siempre que sea necesario para nombrar a una

persona que superó un concurso de méritos o cuando haya razones tales como sanciones disciplinarias que justifiquen su retiro.

En concordancia y en atención a que la actora se encontraba vinculada en provisionalidad desde el año 2014, adujo que en atención a las previsiones del Decreto 274 de 2000 –que regula en forma especial la carrera diplomática- era posible su remoción en cualquier tiempo, tal y como lo consideró la entidad demandada en el acto acusado.

En este punto agregó a su vez que no existe disposición normativa alguna que imponga a la entidad demandada la obligación de efectuar una ponderación entre las hojas de vida de todos los provisionales para determinar cuál de ellos debía ser desvinculado, motivo por el que es claro que la entidad estaba facultada para desvincular a la actora.

En tercer lugar resaltó que para el momento en que fue desvinculada la actora se tenía la necesidad de ubicar al señor Dixon Orlando Moya Acosta en un empleo equivalente al que ostentaba en la carrera diplomática (esto es, Ministro plenipotenciario) razón por la cual se le nombró en el empleo de Director de la Academia Diplomática. Sin embargo, con posterioridad se comisionó para ocupar ese empleo a la señora Martha Cecilia Pinilla Perdomo quien también ostentaba derechos de carrera pero en el rango de Embajador.

Corolario de lo expuesto, concluyó que en la medida en que su retiro se produjo para ubicar a un empleado con derechos de carrera administrativa, el cargo de falsa motivación no fue demostrado y en esa medida las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar. (Minutos 11:00 A. M. a 12:35 M Audiencia de alegaciones y juzgamiento CD-fl. 294)

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso en tiempo, recurso de apelación, con fundamento en los siguientes argumentos:

Sostuvo que no existió una razón objetiva para que la administración la desvinculara del servicio y no a otro empleado que se encontrara en las mismas condiciones, pues no se allegó certificación alguna que certificara que en efecto, no existían cargos vacantes del mismo nivel por ella ocupado.

En concordancia, resaltó que dentro del plenario se evidenció que para el 13 de abril de 2016 se encontraban desempeñando en provisionalidad el cargo de Asesor Código 1020 Grado 11 4 empleados. Así mismo, se demostró que 24 cargos de Ministro Plenipotenciario se encontraban en provisionalidad y que "...se tiene como hecho notorio, dado que ello se puede verificar en la página de internet de la Cancillería, el nombramiento de más de 200 funcionarios en provisionalidad, para la época de los hechos, entonces surge el cuestionamiento de si habían o no vacantes para la época de los hechos."

Por lo anterior resaltó que está claro que sí existían vacantes en el momento en que fue desvinculada (pues incluso según información publicada en el medio de comunicación "Las 2 orillas" se nombró a la señora Cristina Pastrana Arango en el cargo de Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 en provisionalidad que estuvo vacante un año), razón por la que no resultaba necesario retirarla, máxime si como se ha indicado, nunca incurrió en motivo irregular para ser apartada de su empleo.

De otra parte, indicó que el *a quo* omitió estudiar de fondo el contenido del acto administrativo limitándose a exponer las razones por las que la señora Sandra Janet Gaitán Ramírez no ostentaba la calidad de madre cabeza de familia.

Finalmente advirtió que teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional, tenía derecho a un nivel de amparo intermedio por desempeñar un empleo de carácter provisional, y que este no fue respetado en la medida en que la entidad demandada no justificó suficientemente las razones por las que fue declarada insubsistente. (fls. 296-297)

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Al recurso se le dio el trámite del artículo 247 del C.P.A.C.A, así: a través de auto de 15 de noviembre de 2017 el Tribunal admitió el recurso de apelación (fl. 311) y posteriormente, mediante providencia de 13 de diciembre de la misma anualidad, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y vencido este, al Ministerio Público para que emitiera el respectivo concepto, por el término de diez (10) días (fl. 314).

1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

1.1.- La parte demandante allegó escrito dentro del término legal, reiterando en idénticos términos el recurso de apelación interpuesto. (fls. 321-324)

1.2.- La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores presentó alegatos de conclusión en los que indicó que dentro del plenario se demostró que: *(i)* la demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Asesor Código 1020 Grado 11 de la planta global de la entidad y en consecuencia no ostentaba derechos de carrera; *(ii)* de conformidad con el Decreto 274 de 2000 el cargo de Ministro Plenipotenciario que ostenta el señor Dixon Moya Acosta es equivalente al empleo de Asesor Grado 11; *(iii)* el Ministerio actuó en estricto cumplimiento de un deber legal al nombrar en un cargo a un funcionario de carrera diplomática en el cargo que ejercía la actora en provisionalidad.

Por lo anterior solicitó que se confirme la decisión de primera instancia que desestimó las pretensiones de la demanda. (fls. 317-320)

1.3.- La Agente del Ministerio Público no rindió concepto dentro del término concedido.

334

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del C. P. A. C. A., este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto dentro del proceso de referencia, por ser el superior jerárquico del Juez 22 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, autor de la sentencia recurrida, por lo que procede a resolver de fondo.

2.- PROBLEMA JURÍDICO

Compete a la Sala determinar si la **Resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016**, a través de la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores declaró insubsistente el nombramiento de la señora **Sandra Janet Gaitán Ramírez** en el cargo de Asesor Código 120 Grado 11 de la planta global de la entidad se encuentra viciada de nulidad por estar falsamente motivada.

3.- TESIS DE LA SALA

Revisado el fundamento fáctico, probatorio y normativo que rodea el caso de autos, la Sala concluye que no resulta posible acceder a las pretensiones de la demanda como quiera que no se demostró vicio alguno que desvirtúe la legalidad de la Resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016, pues la motivación del acto se encuentra ajustada a los hechos demostrados dentro del proceso como quiera que en el empleo que venía desempeñando la señora Sandra Janet Gaitán Ramírez se nombró a un empleado de la carrera diplomática y consular teniendo en cuenta las equivalencias del Decreto 274 de 2000 sin que se demostraran condiciones especiales de protección constitucional de la actora que impidieran su retiro del cargo que desempeñaba en provisionalidad, el cual además, según las previsiones especiales que regulan dichos empleos en el Ministerio de Relaciones Exteriores, podía hacerse en cualquier tiempo.

Los argumentos que respaldan la tesis expuesta son los siguientes:

4.- FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA TESIS

4.1.- DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

En relación con la función pública, el artículo 125 de la Constitución Política de 1991 previó frente a los cargos públicos, que en los órganos y entidades del Estado estos empleos serán de carrera salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Igualmente dispuso que el ingreso será por concurso público y previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados en la ley.

En ese orden y teniendo en cuenta el origen constitucional de la carrera administrativa, la Corte Constitucional la ha definido en los siguientes términos:

“...un sistema técnico de administración de personal de los organismos y entidades del Estado cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusiva en el mérito y en las calidades de los aspirantes”¹.

Dicha disposición tuvo como desarrollo legislativo la ley 443 de 1998², el cual señala, como sistemas específicos de carrera los siguientes:

“Artículo 4º.- Sistemas específicos de carrera. Se entiende por sistemas específicos de carrera aquellos que en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general.

Estos son los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-; en la Registraduría Nacional del Estado Civil; en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; **los que regulan la carrera diplomática y consular** y la docente. Las normas legales que contienen estos sistemas continuarán vigentes; los demás no exceptuados en la presente Ley perderán su vigencia y sus empleados se regularán por lo dispuesto en la presente normatividad.”

En concordancia, y en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en virtud de la ley 573 de 2000³, fue expedido el Decreto 274 de 2000, que regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular, el cual establece, frente a los cargos que la integran:

“ARTICULO 8o. Cargos de carrera diplomática y consular. Son 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. de este Decreto.”

(...)

“ARTICULO 10. Categorías en la carrera diplomática y consular. Son categorías 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.”

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C – 049 de 2006.

² Dicha disposición legal fue derogada en virtud de la expedición de la ley 909 de 2004 que establece en su artículo 3, frente al campo de aplicación de la norma: (...) “2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.”

³ Ley 573 de 2000. artículo 1º. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. “De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias 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 referentes a su régimen de personal.”

335

“ARTÍCULO 12. Equivalencias entre las categorías en el escalafón de Carrera Diplomática y Cargos en Planta Interna. Para los efectos relacionados con la alternación a que se refieren los Artículos 35 a 40 de este estatuto, los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción, no perderán tal naturaleza cuando, por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular.

En concordancia con lo anterior, se establecen las siguientes equivalencias entre las categorías en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, de una parte, y los cargos de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

CATEGORÍAS EN EL ESCALAFÓN DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA CONSULAR	CARGOS EQUIVALENTES EN LA PLANTA INTERNA
Embajador	Viceministro
	Secretario General
	Directores
	Jefe de Oficina Asesora
	Asesor Grado 13 o superiores
	Subsecretarios
Ministro Plenipotenciario	Ministro Plenipotenciario
	Jefe de Oficina Asesora
	Asesor Grados 10, 11 y 12
	Subsecretarios
Ministro Consejero y Cónsul General	Ministro Consejero
	Asesor Grados 7, 8 y 9
Consejero	Consejero
	Asesor Grado 6
Primer Secretario y Cónsul de Primera	Primer Secretario en Planta Interna
	Asesor Grados 4 y 5
Segundo Secretario y Cónsul de Segunda	Segundo Secretario en Planta Interna
	Asesor Grados 2 y 3
Tercer Secretario y Vicecónsul	Tercer Secretario en Planta Interna
	Asesor Grado 1

PARÁGRAFO. Por virtud de los principios de eficiencia y especialidad y en desarrollo de la alternación prevista en los Artículos 35 a 40 de este Decreto, es deber de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular desempeñar los cargos en Planta Interna, para los cuales fueron designados.

Los funcionarios escalafonados en la Categoría de Embajador únicamente podrán ser designados en Planta Interna en el cargo equivalente a su categoría o en los equivalentes a la categoría del escalafón inmediatamente inferior.

Para los efectos de la remuneración del funcionario se mantendrá el nivel de asignación que le correspondiere en la categoría del escalafón, con excepción de la categoría de Embajador, en cuyo caso se tomará la asignación básica correspondiente al cargo de Secretario General.

Así mismo, dispone dicha normatividad frente a los nombramientos en provisionalidad, lo siguiente:

“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.

ARTICULO 61. CONDICIONES BASICAS. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

a. Para ser designado en provisionalidad, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

(...)

PARAGRAFO. Las condiciones básicas contenidas en este artículo se sustentan en la Especialidad del servicio exterior. Por lo tanto, no confieren derechos de Carrera.”

Corolario de lo anterior, se establece que en cargos pertenecientes a la carrera diplomática y consular podrán nombrarse personas que no pertenezcan a ella en forma provisional, los cuales podrán ser removidos en cualquier tiempo.

4.2.- DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE RETIRO DE LOS EMPLEADOS NOMBRADOS EN FORMA PROVISIONAL EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA ORDEN DE RESTABLECIMIENTO

Ahora bien, frente a la motivación de los actos de retiro del personal que ejerce un cargo de carrera diplomática o consular en forma provisional, se verifica que nada señala el Decreto 274 de 2000 sobre el particular.

No obstante, la 909 de 2004 (aplicable en forma supletoria a las carreras especiales) establece lo siguiente:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio (...)

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

En ese orden, es claro que el retiro del personal que ejerza un empleo de carrera debe ser motivado, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, que sobre el particular ha establecido:

"De las normas transcritas se concluye que el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, a la luz de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas de la desvinculación.

Ahora bien, advierte la Sala que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la situación es distinta, pues en este escenario la motivación del acto que disponga el retiro del servicio de un funcionario nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera es requisito de su esencia, de tal manera que la falta de tal exigencia constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

Marco jurisprudencial

Frente al tema de los empleados provisionales la posición de la Sección Segunda no siempre ha sido uniforme, pues mientras la Subsección "A" sostenía que el acto por medio del cual se retira del servicio a un funcionario nombrado en provisionalidad debe motivarse, así sea sumariamente, la Subsección "B" afirmaba que tal decisión no requería motivación.

Lo anterior, llevó a la unificación del criterio de la Sección Segunda en la Sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso No. 1834-01, con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, providencia que sostuvo que a los funcionarios provisionales los rodea un "doble fuero de inestabilidad", de una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.

En pronunciamientos posteriores la Sección Segunda ha afirmado que con fundamento en la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 del mismo año, el nombramiento en provisionalidad no genera fuero de estabilidad alguno, situación que permite al nominador, dar por terminada la relación laboral mediante acto que no requiere ser motivado, incluso antes del vencimiento del periodo de la misma, sin que tal decisión conlleve menoscabo al derecho al debido proceso, pues se aplican las mismas reglas que en materia de función pública se predicán en relación con los empleados de libre nombramiento y remoción.

La tesis expuesta se reitera en esta oportunidad, en atención a que no es posible equiparar la situación del empleado nombrado provisionalmente para desempeñar de manera transitoria un cargo de carrera administrativa, con la de aquel que se sometió a las etapas que conforman el proceso selectivo y demostró su idoneidad para el ejercicio de la función."⁴

Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado la necesidad de motivación de los actos de retiro, agregando que incluso los actos de desvinculación de los empleados provisionales expedidos durante la vigencia de la ley 443 de 1998 debían ser motivados:

"En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos "cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1 de julio de 2015, C. P. Sandra Lisset Ibarra, Exp. 05001-23-31-000-2004-05524-02(0558-14)

surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo "no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo".

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional" de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores".

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado". Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera".⁵ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

4.3.- PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES PARA RESOLVER

- Copia del registro civil de nacimiento de Valeria Jaramillo Gaitán en el que se constata que es hija de la demandante y que nació el día 20 de agosto de 2006. (fl. 32)

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-917 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio.

33x

- Copia de la hoja de vida de la señora **Sandra Janet Gaitán Ramírez** en la que consta que es comunicadora social y que contaba con 7 años y 11 meses de experiencia como trabajadora independiente antes de su vinculación a la entidad. (fls. 151-)
- Copia de la Resolución No. 4388 de 24 de junio de 2014, a través de la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores nombra con carácter provisional a la señora **Sandra Janet Gaitán Ramírez** en el cargo de Asesor Código 1020 grado 11 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores. (fl. 106)
- Copia del acta de posesión No. 277 de fecha 2 de julio de 2014 en la que consta que la demandante tomó posesión del empleo para el que fue designada mediante Resolución No. 4388 de 24 de junio de 2014. (fl. 13)
- Copia de la Resolución No. 4543 de 2 de julio de 2014, mediante la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores ubica a la demandante en el grupo interno de trabajo de prensa del despacho de la ministra. (fl. 199)
- Copia del Decreto No. 444 de 11 de marzo de 2016 a través del cual se comisionó a la señora Martha Cecilia Pinilla Perdomo en el cargo de Directora de Academia Diplomática Código 0086 Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores. (fl. 107)
- Copia de la **Resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016**, proferida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de la actora en los siguientes términos:

"... Que de conformidad con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, y en virtud del principio de especialidad los funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, tendrán derecho preferencial frente a los cargos provistos en provisionalidad.

Que la norma en cita señala que los funcionarios provisionales podrán ser removidos en cualquier tiempo.

Que el doctor DIXON ORLANDO MOYA ACOSTA, funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, en la categoría de Ministro Plenipotenciario, actualmente está encargado en el cargo de Director de Academia Diplomática, código 0086, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Que se hace necesario proveer de manera definitiva el cargo de Director de Academia Diplomática, código 0086, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores y que esta Dirección no continúe en la situación de encargo.

Que actualmente no existen cargos vacantes de Ministro Plenipotenciario código 0074 grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Que en consecuencia se hace necesario declarar insubsistente el nombramiento hecho a la doctora SANDRA JANET GAITÁN RAMÍREZ, para trasladar al doctor DIXON ORLANDO MOYA ACOSTA, al cargo de Asesor, código 1020, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores; el cual es equivalente a su categoría en el escalafón."

Dicho acto fue notificado en forma personal el día 22 de abril de 2016. (fls. 7-9, 108-109 y 246-247)

- Copia de la Resolución No. 1721 de 13 de abril de 2016 mediante la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores traslada al señor Dixon Orlando Moya Acosta –funcionario inscrito en el escalafón de la carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario y quien para la época se desempeñaba en el cargo de Director de Academia Diplomática- al cargo de Asesor Código 1020 Grado 11 "...el cual es equivalente a su categoría en el escalafón". (fl. 125)
- Copia del acta de posesión de fecha 25 de abril de 2016 en la que consta que el señor Dixon Orlando Acosta tomó posesión del cargo de Asesor Código 1020 Grado 11 para el que fue trasladado mediante Resolución No. 1721 de 13 de abril de 2016. (fls. 10 y 126)
- Copia del derecho de petición presentado por la demandante el día 20 de junio de 2016 mediante el cual solicita su reintegro al cargo así como el pago de salarios y prestaciones señalando que ostenta la calidad de madre cabeza de familia y que nunca fue calificada en forma desfavorable. Así mismo solicita se remita una relación de los cargos que existen dentro del Ministerio que son de igual nivel. (fls. 11-23 y 110-122)
- Copia del oficio S-GAPT-16-066552 de 21 de julio de 2016 a través del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores da respuesta a la solicitud de fecha 20 de junio de 2016 negándola en atención a que la declaratoria de insubsistencia se motivó en atención al traslado del señor Dixon Orlando Moya Acosta –quien ostenta derechos de carrera diplomática- al cargo que venía ejerciendo la demandante en provisionalidad.

De otra parte adujo que en el Ministerio existen 5 empleos con la misma denominación que ejercía la actora. (fls. 24-26 y 123-124)

- Oficio No. S-GAPT-17-009990 de 31 de enero de 2017 a través del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores da respuesta a un requerimiento del juzgado de primera instancia en los siguientes términos:

"1. Informe si ha realizado los trámites correspondientes para someter a concurso de méritos las plazas vacantes del empleo denominado Asesor Código 1020 Grado 11 de la planta global del Ministerio.

Respuesta. El artículo 12 del Decreto Ley 274 de 2000, establece que el cargo de Asesor, código 1020, grado 11, es un cargo equivalente al Servicio Diplomático y Consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario, quiere decir esto que el cargo de Asesor código 1020, grado 11, es de una naturaleza especial y diferente a los demás cargos del Ministerio que son sometidos a concurso de méritos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la naturaleza del cargo, de conformidad con el Decreto ley 274 de 2000, es de Carrera Diplomática y Consular.

(...)

Por lo tanto, es factible concluir que el concurso de méritos que realiza la Cancillería para que un funcionario ingrese a ocupar el cargo de Asesor, código 1020, grado 11, de la planta global del Ministerio, es el establecido para ingresar a la Carrera Diplomática y Consular, el cual constituye un **régimen especial y jerarquizado**, regulado por el Decreto Ley 274 de 2000."

(...)

2. Certificación laboral en la que conste el número de cargos de Asesor Código 1020 Grado 11 de la planta global del Ministerio y además se precise si estos se encuentran ocupados por empleados en Carrera Administrativa o en provisionalidad.

Respuesta. De conformidad con el artículo 2° del Decreto 3358 del 07 de septiembre de 2009, el cargo de Asesor, código 1020, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, son en total cinco (05), los cuales, a la fecha, están provistos por dos (02) funcionarios inscritos en el Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, y dos (02) nombrados en Provisionalidad.

3. Certificación laboral del señor Dixon Orlando Moya Acosta identificado con cédula de ciudadanía No. 80.273.557, en la que se indiquen los empleos desempeñados y la modalidad de vinculación en el Ministerio y si el cumplía con los requisitos para ocupar el cargo de Asesor Código 1020 Grado 11.

Respuesta. Se anexa a la presente petición la certificación No. 2199 del 31 de enero de 2017, expedida por el Grupo Interno de Trabajo de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, a nombre del doctor **DIXON ORLANDO MOYA ACOSTA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.273.557, el cual desempeña el cargo de Asesor, código 1020, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el 25 de abril de 2016 a la fecha.

De igual forma le informo que el doctor MOYA ACOSTA, es funcionario inscrito en el Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario; es así que, al ser el cargo de Asesor, código 1020 grado 11, un cargo de naturaleza Diplomática, el doctor Acosta cumple con todos los requisitos legales, profesionales y laborales para desempeñar el citado cargo..." (fls. 75-76)

- Oficio No. S-GAPT-17-059599 de 25 de julio de 2017 a través del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores da respuesta a un requerimiento del juzgado de primera instancia en los siguientes términos:

"A la primera pregunta. Precisar los Criterios tenidos en cuenta en su momento para declarar insubsistente a la demandante Sandra Janet Gaitán Ramírez y no a otro (a) funcionario (a) que desempeñara en provisionalidad el cargo de Asesor Código 1020, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Respuesta. 1. El servidor público DIXON ORLANDO MOYA ACOSTA, se encontraba inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, en el rango de Ministro Plenipotenciario.

2. Para el día 13 de abril de 2016, fecha en la que se emitió el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento **provisional** en el cargo de Asesor, código 1020, grado 11, de la planta global de este Ministerio efectuado a la doctora SANDRA JANET GAITÁN RAMÍREZ, la administración tenía la necesidad de ubicar en un cargo de la equivalencia y/o categoría del que ostentaba en el escalafón el doctor DIXON ORLANDO MOYA ACOSTA, (Ministro Plenipotenciario), toda vez que se encontraba ocupando un cargo de manera temporal.

La designación en el cargo de Director de la Academia Diplomática, era temporal, toda vez que la doctora MARTHA CECILIA PINILLA PERDOMO, fue comisionada para ocupar este cargo y tomó posesión del mismo el día 25 de abril de 2016, fecha en que a su vez tomó posesión el doctor DIXON ORLANDO MOYA ACOSTA, del cargo de Asesor, 1020, grado 11.

La doctora MARTHA CECILIA PINILLA PERDOMO, es funcionaria inscrita en el escalafón de Carrera Diplomática en el rango de Embajador, siendo su equivalente el de Director o Asesor 13.

(...)

A la segunda pregunta: Indicar el número de vacantes del cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22 de la planta global del Ministerio o de sus equivalentes previstos en el artículo 12 del Decreto 274 de 2000, para la fecha de declaración de insubsistencia de la demandante, esto es, el 13 de abril de 2016.

Respuesta: Para la fecha de emisión del acto administrativo de insubsistencia de la doctora SANDRA JANET no se encontraban vacantes cargos de Ministros Plenipotenciarios, ni de sus equivalentes.

A la tercera pregunta: Informar el nombre del funcionario (a) que ocupa el cargo de Director de la Academia Diplomática desde el 13 de abril a la fecha.

Respuesta: Los funcionarios que ocuparon dicho cargo son:

CÉDULA	APELLIDO		NOMBRE	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
80273557	MOYA	ACOSTA	DIXON ORLANDO	20 de noviembre de 2015	24 de abril de 2016
51758074	PINILLA	PERDOMO	MARTHA CECILIA	25 de abril de 2016	31 de mayo de 2017
19083480	GIRÓN	DUARTE	JAIME	01 de junio de 2017	ACTUALMENTE ENCARGADO

(fl. 147)

- Interrogatorio de parte rendido por la señora Sandra Janet Gaitán Ramírez en audiencia de pruebas realizada el día 25 de agosto de 2017 en el cual indicó que **(i)** desempeñó el empleo de Asesor Código 1020 Grado 11 en el Ministerio de Relaciones Exteriores en provisionalidad por un período aproximado de dos años y que acreditó la totalidad de requisitos de formación y experiencia exigidos para el cargo, **(ii)** nunca tuvo llamados de atención ni se adelantaron procesos en su contra de ningún tipo, pues incluso cumplió sus funciones por fuera de su horario laboral; **(iii)** en la fecha de su desvinculación había cargos equivalentes que estaban siendo desempeñados por empleados en provisionalidad (esto es, 24 cargos de ministro plenipotenciario) y que incluso uno duró en vacancia por más de un año según da cuenta una publicación en un medio de comunicación; **(iv)** nunca le fueron informadas las razones por las que se produjo su retiro del cargo y no el de otros funcionarios que también se encontraban en provisionalidad ni tampoco le fue solicitada la renuncia; **(v)** la persona que fue nombrada en su reemplazo no llegó a ejercer las funciones que ella tenía asignadas; **(vi)** después de su retiro fueron nombradas más de 200 personas en forma provisional en el Ministerio de Relaciones Exteriores; **(vii)** no se ha presentado a ningún concurso de méritos para ingresar a la carrera administrativa; **(viii)** es madre cabeza de familia y tiene una hija menor a su cargo; **(ix)** el padre de su hija es el responsable del pago del colegio; **(x)** desde su retiro solo ha tenido contratos de prestación de servicios esporádicos pero no ha tenido un empleo de carácter fijo que le permita solventar sus necesidades económicas. (Min. 9:25 A.M. a 10:16 A.M.- CD Audiencia de pruebas, fl. 294)

5.- CASO CONCRETO

En el asunto bajo estudio la parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, acude a la jurisdicción contencioso

administrativa para que anule el acto que declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad como Asesor Código 1020 Grado 11 que ejercía en la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, y que como consecuencia de ello, se ordene a la demandada que la reintegre al cargo que venía ocupando y le pague la totalidad de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del retiro y hasta la fecha en que se produzca el reintegro.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que el acto administrativo de desvinculación estaba ajustado a las disposiciones legales que rigen la materia como quiera que *(i)* se demostró que en el cargo que ocupaba la demandante se designó a un empleado que ostentaba derechos en la carrera diplomática y consular y *(ii)* que la actora no acreditó la calidad de madre cabeza de familia, razón por la cual su remoción era posible en cualquier tiempo.

Inconforme, la parte actora interpuso recurso de apelación señalando que: *(i)* no existió una razón objetiva para la expedición del acto administrativo pues la entidad "...no allegó prueba que, en efecto, certificara, fehacientemente que no existían para la época de los hechos, cargos vacantes de igual nivel al ocupado por mi poderdante..." pues incluso se demostró que existían 24 cargos de Ministro Plenipotenciario en provisionalidad; *(ii)* la entidad demandada se ha rehusado a informar las razones por las que optó por desvincular a la actora y no a otro empleado en provisionalidad y que *(iii)* incluso después de su retiro se procedió a nombrar a la señora Cristina Pastrana Arango en el empleo de Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 en el consulado de Colombia en la ciudad de Toronto el cual se encontraba vacante para el momento en que se desvinculó a la actora.

En ese orden, y para resolver el recurso, la Sala estima pertinente recordar que la Resolución No. 1720 de 13 de abril de 2016 tiene como fundamento de la decisión de desvinculación de la señora Sandra Janet Gaitán Ramírez –quien ejercía el cargo de Asesor Código 1020 Grado 11- la necesidad de trasladar al señor Dixon Orlando Moya Acosta a dicho empleo en atención a que este es equivalente al que ostenta en carrera (esto es, Ministro Plenipotenciario Código 0074 Grado 22) y a que no se encontraban empleos vacantes de Ministro Plenipotenciario Código 0074 Grado 22 en la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores. Así mismo se indicó que el empleo que venía ostentando el señor Moya Acosta (Director de Academia Diplomática) debía ser provisto de forma definitiva para que no continuara en la situación de encargo.

Así las cosas, de la revisión del plenario se colige que esta motivación encuentra respaldo en las pruebas debidamente aportadas como quiera que: *(i)* la demandante desempeñaba el empleo en provisionalidad según se verifica en la Resolución No. 4388 de 24 de junio de 2014; *(ii)* el señor Dixon Orlando Moya Acosta es funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario Código 0074 Grado 22; *(iii)* el señor Moya Acosta fue trasladado al cargo de Asesor Código 1020 Grado 11 según Resolución No. 1721 de 13 de abril de 2016 y ejerce dicho cargo hasta la fecha; *(iv)* el empleo de Asesor Código 1020 Grado 11 es equivalente al de Ministro Plenipotenciario Código 1020 Grado 11 según las

previsiones del artículo 12 del Decreto 274 de 2000⁶, (v) no existían empleos **vacantes** de Ministro Plenipotenciario Código 0074 Grado 22 para la fecha de la desvinculación –según certifica la entidad en Oficio S-GAPT-17-059599 de 25 de julio de 2017- y (vi) en el empleo de Director de Academia Diplomática (que es de libre nombramiento y remoción) se comisionó a la señora Martha Cecilia Pinilla Perdomo quien ostenta el cargo de Embajador en carrera diplomática y consular (el cual es equivalente al empleo de Director) en atención a la alternación anticipada a planta interna por ella solicitada.

Ahora bien, aduce la parte actora que se acreditó que para el 13 de abril de 2016 se encontraban 24 empleos de Ministro Plenipotenciario Código 0074 Grado 22 en provisionalidad. No obstante, conviene advertir que ninguna prueba válidamente aportada al expediente da cuenta de dicha circunstancia (pues el documento visible a folios 143 a 146 no fue aportado en las oportunidades procesales pertinentes, no fue objeto de pronunciamiento en la audiencia de pruebas por parte del juez de primera instancia ni se tiene certeza frente a los anexos de la respuesta remitida por la Dirección de Talento Humano como quiera que no se encuentran completos ni en original).

De otra parte y frente al segundo reparo esbozado por la parte actora, esto es, que no existió razón alguna para declarar su insubsistencia y no la de otro empleado en provisionalidad, basta con señalar que la actora se limitó a insistir que existían 24 empleos de Ministro Plenipotenciario ocupados en provisionalidad y 2 de Asesor Código 1020 Grado 11 nombrados en provisionalidad. No obstante, no probó ninguna circunstancia relacionada con dichos empleos que permitiera a esta Corporación colegir que no fueron razones de buen servicio las que motivaron su desvinculación, pues no se allegaron las hojas de vida de quienes ostentan esos empleos en provisionalidad, ni se acreditó alguna circunstancia excepcional que impidiera a la entidad demandada su retiro de la entidad.

En tercer lugar, respecto al argumento del recurso de apelación relativo al nombramiento de la señora Cristina Pastrana Arango como Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 en el Consulado de Colombia en la ciudad de Toronto en el mes de diciembre de 2016 el cual según información publicada en un medio de comunicación estuvo vacante por más de un año, basta con señalar que no existe medio de prueba alguno aportado el plenario que dé cuenta de ese hecho, pues la

⁶ ARTÍCULO 12. *Equivalencias entre las categorías en el escalafón de Carrera Diplomática y Cargos en Planta Interna.* Para los efectos relacionados con la alternación a que se refieren los Artículos 35 a 40 de este estatuto, los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción, no perderán tal naturaleza cuando, por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular.

En concordancia con lo anterior, se establecen las siguientes equivalencias entre las categorías en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, de una parte, y los cargos de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores: (...)

Ministro Plenipotenciario	Ministro Plenipotenciario
	Jefe de Oficina Asesora
	Asesor Grados 10, 11 y 12
	Subsecretarios

340

demandante se limita a referir que así lo publicó un medio de comunicación (sin allegar siquiera nota de la publicación que lo afirma ni pruebas que evidencien que en efecto, el cargo estaba vacante para el momento de su desvinculación).

Finalmente, estima la Sala pertinente recordar que la carga de la prueba, en atención a la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos, corresponde a la parte actora y que el incumplimiento de dicho *onus* repercute en la desestimación de las pretensiones de la demanda tal y como lo ha considerado el H. Consejo de Estado quien en reciente providencia recordó que "... es al demandante a quien le corresponde probar los elementos constitutivos de la desviación de poder, no al demandado, de ahí que no sea válido afirmar que existe el mencionado defecto pues en el caso concreto ni siquiera se establecieron los posibles motivos que tuvo en cuenta la administración, ajenos al interés general."⁷

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que como se vio en el marco normativo antes citado, el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra facultado para remover a los empleados que se encuentren nombrados en empleos de carrera diplomática en provisionalidad **en cualquier tiempo**, siempre que se cumpla con la exigencia de motivar en debida forma el acto de desvinculación lo cual ocurrió en el presente caso, la Sala considera que no se logró demostrar ninguna causal de nulidad del acto acusado lo que implica que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, debiendo confirmarse la decisión de primera instancia que así lo dispuso, pero por las razones expuestas en el presente proveído.

6. CONDENA EN COSTAS Y RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA

En cuanto a la condena en costas en segunda instancia, es del caso precisar que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A el cual señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, se tiene que de conformidad con el artículo 361 del C.G.P, estas se componen de la totalidad de i) las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y ii) por las agencias en derecho, precisando además, que no se puede perder de vista, que aunque la primera disposición adoptó un régimen objetivo en la materia, lo cierto es que su imposición depende de su causación, pues así lo ha dejado claro el H. Consejo de Estado⁸.

En el caso de autos, dado que el recurso de apelación se despachó desfavorablemente y que se acreditó la causación de costas en segunda instancia, se condenará en costas a la parte actora. La Sala considera prudente tasar las agencias en derecho en la suma equivalente a doscientos mil pesos (\$ 200.000)⁹. Las costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

⁷ C. E. Sec. Segunda, Sentencia 76001-23-33-000-2013-00230-01(1007-14), feb. 7/2019, M. P. Gabriel Valbuena Hernández.

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. CP. Guillermo Vargas Ayala. Expediente 25000-23-24-000-2012-00446-01. Fecha 16 de abril de 2015.

⁹ Dado que la demanda se presentó el 13 de enero de 2016 se aplica el Acuerdo No. 1887 de 2003. Art. 3.1.3. Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

JUN 5 '19 PM 4:05

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN E**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia celebrada el día 25 de agosto de 2017 por el Juzgado 22 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora. Estas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP. **FIJAR** como agencias en derecho la suma de doscientos mil pesos (\$ 200.000)

TERCERO: Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha.

NOTIFIQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE


PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
MAGISTRADA


RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
MAGISTRADO


JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN
MAGISTRADO