



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicado : 25000-23-42-000-2013-04276-01
Número interno : 4358-2018
Demandante : Jaime Antonio Godín Díaz
Demandado : Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Ley 1437 de 2011
Tema : Insubsistencia tácita, se deben motivar los actos de retiro con nombramiento en provisionalidad

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de febrero de 2018 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que no accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Jaime Antonio Godín Díaz, por conducto de apoderado judicial, solicita las siguientes declaraciones y condenas:

1.1 Pretensiones

Que se declare la nulidad del Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012, con el cual la Ministra de Relaciones Exteriores María Ángela Holguín Cuellar designó en comisión para situaciones especiales a la señora Idoia Astrid Valladares Martínez en el cargo de Ministro Plenipotenciario 0074-22 de la



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, en reemplazo del señor Jaime Antonio Godín Díaz.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, pide a título de restablecimiento del derecho: i) se condene a la demandada a reintegrar al señor Jaime Antonio Godín Díaz al cargo de ministro Plenipotenciario 0074-22, que venía desempeñando al momento del retiro o a uno de igual o superior categoría, procediendo con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir entre el retiro hasta cuando sea reintegrado, declarando que no existió solución de continuidad; ii) Al pago de perjuicios materiales, así a) La suma de \$36.446.819.00, por concepto de los descuentos que realizó debido a las incapacidades médicas de que fue objeto el señor Jaime Antonio Godín Díaz, b) La suma de US\$900 o su equivalente en pesos colombianos, por concepto de multa por la entrega anticipada del apartamento que alquiló en la ciudad de Quito – Ecuador, c) La suma de US\$ 1.000 o su equivalente en pesos colombianos, por retractarse de la compra de un vehículo en dicha ciudad; iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y que en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 195 ibídem, se ordene la indexación de las sumas que surjan producto de la condena y iv) de conformidad con el artículo 188 del CPACA, se condene en costas a la demandada¹.

Los hechos que fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Narra que el demandante prestó sus servicios en el Ministerio de Relaciones Exteriores por los siguientes periodos: de 16/03/1979 a 15/07/1985, de 14/05/1993 a 31/03/1999, de 14/05/1999 a 25/02/2007 y finalmente mediante Decreto 2777 de 4 de agosto de 2011, fue nombrado en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22 de la planta global del Ministerio de

¹ Folios 92 al 94 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018
Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador.

Señala que el 2 de marzo de 2012 el director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, señor Elías Ancizar Silva Robayo, solicitó al demandante la renuncia al cargo que venía desempeñando, la que fue presentada el 9 de marzo de 2012, argumentando la instrucción impartida por el director de Talento Humano, pues asegura no podía ser libre y/o voluntaria.

Afirma que el 14 de marzo de 2012 el director de Talento Humano, mediante Oficio DITH 17080, acusó recibido de la renuncia presentada por el actor e indicó que la misma no cumplía las condiciones de los artículos 27 y 111 de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 respectivamente.

Menciona que ante la presión que le generó la insinuación de la renuncia, el actor acudió al psiquiatra el día 8 de marzo de 2012, donde el especialista diagnosticó un estado de ansiedad severa generalizada y le ordenó reposo por tres semanas, sintomatología que persistió, por lo que, estando en la ciudad de Bogotá debió acudir nuevamente al médico psicoanalista, quien ratificó el diagnóstico de "ansiedad severa generalizada" y lo incapacitó hasta el 16 de abril de 2012.

Asegura que posteriormente fue incapacitado hasta el 14 de mayo de 2012, después entre el 22 de mayo a 20 de junio de 2012 y finalmente le fue extendida hasta el 30 de julio de 2012.

Relata que el 28 de marzo de 2012 el señor Godín Díaz presentó ante la Procuraduría General de la Nación, queja de acoso laboral contra el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, señor Elías Ancizar Silva Robayo, la cual fue remitida al Ministerio de Relaciones Exteriores, por disposición de la Ley 1010 de 2006.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

Sostiene que el Comité mediador de convivencia laboral en sesión de 4 de septiembre de 2012 —notificada el día 28 del mismo mes y año—, consideró que ninguna de las conductas consignadas en la queja presentada era constitutivas de acoso laboral aun cuando se admite que sí fue solicitada la renuncia.

Afirma que el 16 de octubre de 2012, el actor solicitó a la Procuraduría 1o Distrital continuar con la investigación disciplinaria.

Menciona que el 15 de noviembre de 2012, el demandante nuevamente presentó renuncia motivada, con efectos a partir del 1 de enero de 2013, del que nuevamente se dio acuse de recibo e indicó que la misma no cumplía con las exigencias de los artículos 27 y 111 de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 respectivamente, por lo que el actor dio contestación a esa misiva, señalando que los motivos reales eran debido a que se la había solicitado el Ministerio.

Expone que el 28 de noviembre de 2012, mediante Oficio DIHT 79864, el Director de Talento Humano le informó al actor que, en su reemplazo mediante Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012 había sido comisionada la señora Idoia Astrid Valladares Martínez en el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Refiere que, mediante oficio de 5 de diciembre de 2012, el actor manifestó al Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores que dejaría el cargo a partir del 1 de enero de 2013².

1.2 Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas cita el demandante las siguientes:

² Folios 94 al 98 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

De la Constitución Política, los artículos 2, 25 y 53.

Decreto 2400 de 1968, los artículos 25, 26 y 27.

Decreto 1950 de 1973, los artículos 107, 110 a 114.

Decreto 274 de 2000, el artículo 60.

Ley 1010 de 2006.

Ley 1437 de 2011, el artículo 44.

Deprecia que conforme al artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, la renuncia a un cargo público no puede ser exigida, sino que su manifestación es voluntaria, de no ser así, en aplicación del artículo 2 de la Ley 1010 de 2006, la simple insinuación constituye una modalidad de acoso laboral.

Asimismo, asegura violado el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, pues si bien los funcionarios pueden ser removidos en cualquier tiempo, su alcance no implica insinuar la renuncia, pues el empleador cuenta con mecanismos legales para separarlos del cargo.

Expresa que el acto administrativo fue expedido con desviación de las atribuciones de quien lo profirió, pues el fin último no era comisionar a una persona perteneciente a la carrera diplomática sino desvincular al actor, y por ello fue por lo que se le pidió la renuncia, circunstancia que desconoce el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, por cuanto el nominador pudo declararlo insubsistente o aceptar la renuncia³.

2. La contestación de la demanda

2.1. Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores a través de apoderada contestó la demanda, para lo cual se refirió a cada uno de los hechos de la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

³ Folios 98 al 103 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018
Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

Como sustento de las anteriores manifestaciones expuso que en el Ministerio de Relaciones Exteriores el nombramiento en provisionalidad constituye una figura jurídica sujeta al mandato del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 y que, si bien al demandante se le pidió la renuncia, ello fue con el fin de no declarar insubsistente su nombramiento.

Señala que por no ser el demandante un funcionario de carrera administrativa, su nombramiento no le generaba fuero de estabilidad, de ahí que podía ser removido en cualquier tiempo, sin que ello conlleve presumir una coacción por parte de la administración frente al funcionario, de ahí que como el señor Godín Díaz accedió a un nombramiento de forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación podía realizarse de la misma forma.

Destaca que en remplazo del demandante fue nombrada la señora Idoia Astrid Valladares Martínez, quien es funcionaria inscrita en el escalafón de carrera diplomática en la categoría de embajador, teniendo el derecho preferencial a ocupar el cargo que desempeñaba el actor.

Finalmente hizo referencia a distintas citas jurisprudenciales que contienen el tipo de estabilidad de los servidores públicos nombrados en provisionalidad; Y en lo que compete a las incapacidades médicas aportadas, señala que las mismas adolecen de valor probatorio, pues con ellas pretende demostrar desviación de poder y acoso laboral sin que se acompañe la totalidad de la historia clínica donde se detallan cada uno de los hechos que a ellas dieron lugar, y tampoco se aportó ni se solicitó en la demanda prueba testimonial que indique el acoso del que estaba siendo víctima el demandante⁴.

3. La sentencia de primera instancia

⁴ Folios 119 al 130 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia del 15 de febrero de 2018, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Consideró la tesis mayoritaria del tribunal que a tono con la reserva legal que impone la Norma Superior, el Sistema General de Carrera administrativa se desarrolla en la Ley 909 de 2004, excepto los casos que el legislador previó sistemas especiales, como ocurre con la carrera diplomática y consular que se encuentra contenida en el Decreto 274 de 2000, cuyo ámbito de aplicación, según el artículo 2º, estaba dirigido a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular.

A efectos de distinguir la clasificación a la que estaba sujeto el empleo de embajador plenipotenciario 0074-22, dijo que el citado Decreto 274/00, en su artículo 5º, prevé que los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores son: "*a. De libre nombramiento y remoción, b. De Carrera Diplomática Y Consular y c. De Carrera Administrativa.*"

Aclaró que los artículos 6º al 9º del decreto mencionado exponen cuales, son los cargos de libre nombramiento y remoción, de carrera diplomática y consular y los de carrera administrativa. Arguye que el artículo 10 distingue una clasificación a las categorías de mayor a menor grado— de la carrera diplomática y consular, de la siguiente forma: a) Embajador, b) Ministro Plenipotenciario, c) Ministro Consejero, d) Consejero, e) Primer Secretario, f) Segundo Secretario y g) Tercer Secretario.

Concluyó que partiendo del supuesto normativo, según el cual, el cargo de Ministro Plenipotenciario, constituye una categoría de la carrera diplomática y consular, lo propio sería que el funcionario que lo ejerce haga parte de ese sistema por haber superado el concurso de méritos y que como tal provenga



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

de un cargo inferior como es el caso del Ministro Consejero, no obstante, el mismo Decreto 274/00, en sus artículos 53 y 60 permite que excepcionalmente, se haga uso de la denominada "Comisión para situaciones especiales" mediante nombramiento en provisionalidad, que en si son las dos situaciones que se vierten en el presente proceso.

Explicó que, el nombramiento en provisionalidad del actor en el cargo de embajador plenipotenciario se dio por autorización del artículo 60, según Resolución 2777 de 4 de agosto de 2011, ello bajo la presunción legal de que para ese entonces no era posible designar un funcionario que hiciera parte de la carrera diplomática.

Agregó que la designación de la señora Idoia Astrid Valladares Martínez, de quien se dice reemplazó al demandante como embajador plenipotenciario 0074-22, surgió al amparo del artículo 53, que corresponde a la "*Comisión para situaciones especiales*", pues al ser funcionaria inscrita en el escalafón de la carrera diplomática y consular le era posible desempeñar cargos de mayor o inferior jerarquía, lo que supone a su favor una situación privilegiada frente al funcionario que accedió al cargo por nombramiento en provisionalidad, quien por su precaria situación de estabilidad podía ser removido en cualquier tiempo.

Par resolver si el retiro del servicio del actor se dio por declaratoria de insubsistencia o por aceptación de renuncia, en la medida que en la parte resolutive del Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012, pese a ser el acto acusado, solo se hace mención a la designación en comisión de la señora Idoia Valladares Martínez y no se expresa puntualmente lo que ocurriría con el demandante, circunstancia que en una primera impresión haría significar una ineptitud de la demanda por no demandarse el control de legalidad del acto administrativo definitivo que crea la situación jurídica objeto de litigio, no obstante, estimó que pese a ello, dicho acto administrativo sí tiene la virtud de producir efectos jurídicos al cargo del demandante, entendiendo que se está



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

frente a una declaratoria de insubsistencia tácita por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Alegó que el querer de la Administración fue indicado en dos sentidos; (i) el que expresamente se manifiesta en él: Incorporación de un nuevo empleado; y otro implícito: (ii) la voluntad de despojar a quien ocupaba el cargo mediante nombramiento provisional, puesto que legalmente para desempeñar un mismo empleo no pueden nombrarse dos personas.

Concluyó que fue ese el tratamiento que el Ministerio de Relaciones Exteriores quiso darle al retiro del señor Godín, pues atendiendo las especiales reglas del nombramiento en provisionalidad, se le comunicó la decisión que lo separaba del cargo por consecuencia de la comisión de la que había sido objeto la señora Valladares Martínez y que como tal disponía de dos (2) meses para hacer dejación oficial del cargo, regla que sólo es aplicable a los funcionarios nombrados en provisionalidad para el desempeño de cargos de carrera diplomática y consular cuando se declara insubsistente el nombramiento, distinto fue que el actor por escrito de 15 de noviembre de 2012 ya había expresado que su renuncia al cargo tendría efectos a partir del 1º de enero de 2013, oportunidad en la que insistió en señalar que su renuncia no obedecía a su propia voluntad "libre y espontánea" sino porque el Director de Talento Humano se la sugirió.

Respecto al cargo por desviación de poder sostuvo el a quo que al amparo del artículo 60 del Decreto 274 de 2000, bien pudo la administración declarar insubsistente el nombramiento del accionante, al cesar la misión para la que había sido nombrado, no obstante, la Dirección de Talento Humano optó por solicitar la renuncia y hacer más decorosa su salida, a lo cual el actor mostró desacuerdo y lo calificó como acoso laboral.

Anotó que no se acreditó que la designación en comisión tuviera como único fin desvincular al actor, dado que tal figura se encuentra respaldada por el



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

principio de eficiencia, que impone optimizar la utilización de los medios disponibles, lo que se cumplió pues bajo esta finalidad se llevó a ocupar el empleo a una persona escalafonada en carrera con una categoría de Embajador⁵.

4. El recurso de apelación

Sustenta la parte actora el recurso incoado en que la demanda no estaba dirigida a determinar si "*legalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores no estaba autorizado para insinuar o pedirle la renuncia*" tal como lo asegura el tribunal, por el contrario, lo que se pretende es declarar la nulidad del decreto 2394 del 27 de noviembre de 2012, por cuanto fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió, en tanto que su nominador disfrazó el querer desvincular al demandante, expidiendo un decreto comisionando en su cargo a otra funcionaria, que si bien es cierto se encuentra inscrita en el escalafón de carrera diplomática y consular, no lo es menos que la intención de la Administración era prescindir de los servicios del señor Jaime Antonio Godín Díaz y no ocupar el empleo con una persona que estuviera escalafonada en carrera diplomática y consular y si esa era la intención, la provisión del cargo se haría en propiedad y no simplemente se comisionaría a otra persona para que ocupara el cargo.

Trae a colación lo expresado por la Corte Constitucional, sentencias C-292/2001 y T-289/2011, de acuerdo con lo señalado en el salvamento de voto, por lo que concluye que el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad deberá hacerse mediante acto administrativo motivado, y si la intención del Ministerio era la de proveer el cargo desempeñado por el señor Godín Díaz, por una persona que hacía parte de la carrera diplomática y consular, debió, bajo los apremios de la Corte Constitucional, declarar insubsistente su nombramiento, motivando tal decisión en la provisión del cargo en propiedad por aquella persona escalafonada en carrera diplomática

⁵ Folios 246 al 260 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

y consular y no disfrazar la intención de prescindir de los servicios del demandante, declarando insubsistente tácitamente su nombramiento comisionando a otra persona para que desempeñara su cargo.

Explica que, al seguir la secuencia cronológica, se evidencia sin dubitación alguna que el Ministerio al no lograr su cometido, el cual correspondía a que el señor Godín Díaz presentara su renuncia sin motivación alguna, optó por declarar insubsistente tácitamente su nombramiento, comisionando, no nombrando en propiedad, a una funcionaria inscrita en carrera.

Finalmente reitera los argumentos expuestos en la demanda, así como en el salvamento de voto del Magistrado Néstor Javier Calvo Chaves.

Asegura que efectivamente la renuncia protocolaria no es ilegal, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, en atención a la discrecionalidad de que goza el nominador, siempre y cuando dicha renuncia sea solicitada respecto de cargos de niveles directivos de libre nombramiento y remoción, pero en el presente caso la renuncia protocolaria fue solicitada por el Director de Talento Humano del Ministerio, quien no era el nominador y el cargo ocupado no era de libre nombramiento y remoción se trata de un cargo de carrera, lo que confirma que la solicitud de renuncia es ilegal⁶.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 21 de mayo de 2019, el Despacho sustanciador corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto⁷.

5.1 Parte demandante

⁶ Folios 268 al 284. del cuaderno principal.

⁷ Folio 295 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

El apoderado del actor presentó alegatos de conclusión, reiterando lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto⁸.

5.2 Parte demandada

El Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su apoderado solicitó no se acceda a las pretensiones por cuanto, manifestó que se demostró que el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, nombramiento que se dio de conformidad con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

Arguye que se probó que el actor no ostentaba derechos de carrera, razón por la cual su insubsistencia se fundamentó en el nombramiento en el citado cargo a la señora Valladares Martínez, quien es funcionaria inscrita en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de ministro embajador; con lo cual tiene el derecho preferencial de ocupar el cargo de ministro plenipotenciario.

Asimismo, aduce que, se demostró que desde su nombramiento mediante Decreto 2777 del 4 de agosto de 2001 el demandante conoció que su nombramiento era en provisionalidad y no de carrera. Que no resulta conducente la pretensión según la cual solicita el ingreso de manera directa al cargo de Ministro Plenipotenciario, o a un cargo de superior jerarquía sin haber surtido el ingreso y el tiempo respectivo para el ascenso dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, lo anterior acorde a lo establecido en los artículos 10, 25 y ss. del Decreto 274 de 2000.

Finalmente expresa que, el hecho de solicitar la renuncia, por sí sola no configura una causal de nulidad de la declaratoria de insubsistencia, toda vez

⁸ Folios 304 al 320 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

que fue meramente protocolaria, no existiendo un constreñimiento ilegal; tal es así que la renuncia presentada por el aquí demandante no fue aceptada mediante Oficio DITH No 17080 del 14 de marzo de 2012. Aunado a lo anterior, la fecha de presentación de renuncia del señor Jaime Godín el día 13 de marzo de 2012 no fue concurrente a su declaratoria de insubsistencia mediante Decreto 2394 del 27 de noviembre de 2012⁹.

5.3 Ministerio Público

El representante del Ministerio Público no rindió concepto, según constancia secretarial de fecha julio 09 de 2019¹⁰.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en inciso primero del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación elevado por el demandante, el problema jurídico en esta instancia se contrae a establecer si el acto de insubsistencia tácita del nombramiento del actor fue expedido con desviación de poder en tanto que el nominador disfrazó la desvinculación del señor Jaime Antonio Godín Díaz, comisionando en su cargo a otra funcionaria, inscrita en el escalafón de la carrera

⁹ Folio 300 al 303 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 321 del cuaderno principal.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

diplomática y consular, pero siendo la intención prescindir de sus servicios, ya que anteriormente se había solicitado la renuncia del cargo lo que implica acoso laboral, igualmente si dicho acto debía estar debidamente motivado.

Con el fin de desatar el problema jurídico propuesto, se abordarán los siguientes aspectos: 2.1. Actos administrativos demandados; 2.2. Marco jurídico de la clasificación de empleos y nombramiento en provisionalidad; 2.3. Motivación de los actos de retiro de los empleados nombrados en forma provisional en cargos de carrera; 2.4. Renuncia del cargo; 2.5. Hechos probados y 2.6. Caso concreto.

2.1 Actos Administrativos demandados

Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012, por medio del cual la Ministra de Relaciones Exteriores comisionó a la señora Idoia Astrid Valladares Martínez al cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, en reemplazo del doctor Jaime Antonio Godín Díaz¹¹.

La decisión anterior invocó las facultades constitucionales y legales en especial las conferidas en el numeral 2 del artículo 189 de la Constitución Política, el literal a) del artículo 25 del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 y los artículos 35 al 40 y el literal a) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000.

En este decreto se dijo: *“Que en virtud del principio de Especialidad la doctora IDOIA ASTRID VALLADARES MARTINEZ, funcionaria inscrita en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Embajador, tiene el derecho preferencial de ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores,*

¹¹ Folios 64 al 65 del cuaderno principal



Número interno: 4358-2018
Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador”.

2.2 Marco jurídico de la clasificación de empleos y nombramiento en provisionalidad

El Decreto 274 de 2000 “*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, en su artículo 2, dispone el campo de aplicación así:

ARTICULO 2o. AMBITO DE APLICACION. Las disposiciones contenidas en este Decreto son aplicables, en lo que de manera pertinente se señala en este decreto, a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular.

Para efecto de clasificación de los cargos del Ministerio de Relaciones Exteriores los regula como sigue:

ARTICULO 5o. CLASIFICACION DE CARGOS. Los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores serán:

- a. De libre nombramiento y remoción.*
- b. De Carrera Diplomática y Consular.*
- c. De Carrera Administrativa.*

A su vez, el artículo 10 de la misma obra consagra:

ARTICULO 10. CATEGORIAS EN LA CARRERA DIPLOMATICA 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.*



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

El mismo Decreto 274 de 2000, en sus artículos 53 y 60 permite que excepcionalmente, se haga uso de la denominada "*Comisión para situaciones especiales*" igualmente, el nombramiento en provisionalidad, así:

ARTICULO 53. PROCEDENCIA Y FINES. Los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar Comisión para situaciones especiales, en los siguientes casos:

a. Para desempeñar en Planta externa o en Planta interna cargos de la Carrera Diplomática y Consular, correspondientes a categorías superiores o inferiores a aquella a la cual perteneciere el funcionario dentro del escalafón de la Carrera contenido en el artículo 10 de este Decreto.

b. Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

c. Para desempeñar cargos en organismos internacionales.

d. Para atender llamados a consulta, cuando se tratara de Jefes de Misión Diplomática.

e. Para desempeñar funciones en calidad de Encargado de Negocios a. i. o Encargado de las Funciones de una Oficina Consular, siempre y cuando el funcionario esté desempeñándose en planta interna.

f. Para facilitar el desplazamiento con el fin de presentar los exámenes de idoneidad de que trata el artículo 29 de este Decreto, caso en el cual no habrá lugar al pago de viáticos ni de pasajes.

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 sentencia C- 292 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 274 de 2000, se refirió a los nombramiento en provisionalidad dentro de la Carrera Diplomática y Consular, según las siguientes consideraciones:



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

“(...)

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”.

2.3 Motivación de los actos de retiro de los empleados nombrados en forma provisional en cargos de carrera.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

Frente a la motivación de los actos de retiro del personal que ejerce un cargo de carrera diplomática o consular en forma provisional no aparece regulado dicho aspecto en el Decreto 274 de 2000.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

(...)

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.*

El Consejo de Estado respecto al deber de motivar los actos administrativos de insubsistencia de un cargo de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante sentencia del 22 de abril de 2015¹² dijo:

“El juicio de reproche que hace la Corte Constitucional a la posibilidad de que se utilicen los nombramientos en provisionalidad para eludir proveer el cargo por el sistema del mérito es válido y acorde con la finalidad de garantizar los derechos de las personas que deben ingresar a servir a la administración por el sistema de carrera. Sin embargo, el servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años, como uno de los requisitos para tal designación.

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 acéfalo un cargo y sin titular unas funciones, al no poder

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia 22 de abril de 2015, radicación número: 080012331000201200386-01 (4732-13), actor: Pedro Norberto Castro Araujo, demandado: Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

recurrir a su personal de planta necesariamente debe acudir a personal ajeno a dicha carrera para proveer la vacancia.

En síntesis, no obstante lo anterior, es preciso recalcar que todo nombramiento en provisionalidad debe ser única y exclusivamente por el tiempo estrictamente necesario, de tal manera que si llega a quedar personal de carrera disponible, luego de un nombramiento en provisionalidad, que se efectuó porque en el momento de proveerse el cargo no se contaba con personal de carrera, la autoridad nominadora está obligada a reemplazar inmediatamente al nombrado en provisionalidad por la persona de carrera, so pena de ser sancionado disciplinariamente y de verse expuesta al ejercicio de otras acciones judiciales en su contra.

Tanto de la norma mencionada como de la Doctrina Constitucional 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. Dentro de este contexto ha de entenderse el desarrollo del principio de especialidad, según el cual estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.

Como la presente litis recae sobre un aspecto relacionado con la carrera especial, particularmente reseñada en el artículo tercero ya citado, es decir, la Carrera Diplomática y Consular, se colige que la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005 deben regir el presente asunto.

*En consecuencia, de acuerdo con la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, existe la **necesidad de motivación de los actos administrativos** que declaran insubsistente a un servidor público nombrado en provisionalidad, en un cargo de carrera Diplomática y Consular”.*

2.4 Renuncia del cargo

Conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Carta Política, “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio (...)”.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

En relación con la libre disposición para renunciar a un empleo público, el artículo 27 del Decreto 2400 de 19682, dispone:

“Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado”.

A su vez, el Decreto 1950 de 1973, “Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 (...)”, preceptúa:

“Artículo 111. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Artículo 112. Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste, deberá aceptarla. La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Artículo 113. Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno”.

A su turno, la Ley 909 de 2004 preservó como causal de retiro de la función pública de los empleos de libre nombramiento y remoción, así como los de



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

carrera administrativa, la renuncia regularmente aceptada, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 41. Causales de Retiro del Servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*
- c) <Literal INEXEQUIBLE>*
- d) Por renuncia regularmente aceptada”.*

Es decir, que el acto de renuncia a un cargo público debe ser resultado de una manifestación escrita e inequívoca del funcionario de cesar en el ejercicio del empleo que desempeña, de tal suerte que dicho acto debe reflejar su voluntad indiscutible de retirarse del empleo, esto es, una expresión de la voluntad consciente y ajena a todo vicio de fuerza o engaño.

Referente a la renuncia protocolaria esta Corporación se pronunció de la siguiente manera¹³:

“La renuncia protocolaria se produce por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo. Asimismo, respecto de la solicitud de la renuncia, ha dicho esta corporación, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad.

Así, en sentencia del 25 de marzo de 2010, la Subsección A de la Sección Segunda de esta corporación, consideró:

Esta situación se ha denominado jurisprudencialmente como RENUNCIA PROTOCOLARIA, con la cual se busca dejar en libertad al

¹³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, expediente 25000-23-25-000-2011-00056-01 (1102-2013), consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

nominador para que tome las medidas que considere pertinentes frente al personal directivo o de confianza, sin necesidad de recurrir al retiro del servicio mediante la declaración de insubsistencia¹⁴

También se ha sostenido de tiempo atrás, que tratándose de cargos de alto nivel, de libre nombramiento y remoción, la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa. De igual manera, tal práctica (la solicitud de renuncia) por parte del nominador, no constituye una conducta desviada, atendiendo el rango y las atribuciones de responsabilidad y confianza que deben manejar quienes ocupan dichos cargos”.

2.5. Hechos Probados

-El demandante fue nombrado provisionalmente mediante Decreto 2777 de 4 de agosto de 2011, expedido por la Ministra de Relaciones Exteriores en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador¹⁵.

-El actor prestó sus servicios en los siguientes periodos: desde el 16 de marzo de 1979 hasta el 15 de julio de 1985; desde el 14 de mayo de 1993 hasta el 31 de marzo de 1999; desde el 14 de mayo de 1999 hasta el 25 de febrero de 2007 y desde el 1º de septiembre de 2011 a la fecha de expedición de la certificación laboral¹⁶.

-El día 9 de marzo de 2012, el demandante presentó renuncia de su cargo¹⁷.

-Con oficio DITH 17080 de 14 de marzo de 2012, el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores acusó recibo de la renuncia presentada y manifestó que la misma no reunía las condiciones exigidas en la ley¹⁸.

¹⁴ Consejo de Estado, sentencia de 25 de marzo de 2010, Radicado interno 7716-2005, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁵ Folio 4 del cuaderno principal

¹⁶ Folios 2 al 3 del cuaderno principal

¹⁷ Folio 5 del cuaderno principal

¹⁸ Folio 6 del cuaderno principal



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

- El día 28 de marzo de 2012, el señor Jaime Antonio Godín Díaz presentó queja por acoso laboral en contra del Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁹.
- El día 30 de junio de 2012 se reunió el Comité Mediador de Convivencia Laboral de la accionada²⁰.
- Con fecha 4 de septiembre de 2012 (Acta No 12) se declaró que ninguna de las conductas señaladas en la queja elevada por el demandante era constitutivas de acoso laboral²¹.
- Se allegaron diversas incapacidades laborales del accionante²².
- Nuevamente con escrito de 15 de noviembre de 2012 presenta el accionante renuncia del cargo por él ejercido²³.
- Con oficio SGN No 78313 de 20 de noviembre de 2012, proferido por la Secretaria General del ente demandado señala que la renuncia presentada no cumple con los requisitos establecidos en la ley. Así mismo que debe estarse a lo resuelto por el Comité de Convivencia Laboral de Planta Interna²⁴.
- Mediante Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012, la Ministra de Relaciones Exteriores comisionó a la señora Idoia Astrid Valladares Martínez al cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, en reemplazo del doctor Jaime Antonio Godín Díaz²⁵.
- Comunicación de fecha 27 de noviembre de 2012 elaborada por el actor donde responde al oficio de 20 de noviembre de 2012²⁶.
- Con oficio DITH No 79864 de 28 de noviembre de 2012 se informa al demandante por parte del Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores el contenido del Decreto 2394 del 27 de noviembre de 2012²⁷.

¹⁹ Folios 20 al 26 del cuaderno principal

²⁰ Folios 29 al 33 del cuaderno principal

²¹ Folios 38 al 51 del cuaderno principal

²² Folios 7 al 19 del cuaderno principal

²³ Folios 56 al 58 del cuaderno principal

²⁴ Folios 59 al 60 del cuaderno principal

²⁵ Folios 64 al 65 del cuaderno principal

²⁶ Folios 61 al 62 del cuaderno principal

²⁷ Folio 63 del cuaderno principal



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

2.6. Caso Concreto

El demandante interpuso la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo -Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012-, expedido por la Ministra de Relaciones Exteriores por medio del cual se comisionó a la señora Idoia Astrid Valladares Martínez al cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, en reemplazo del doctor Jaime Antonio Godín Díaz²⁸.

Ninguno de los cargos elevados fue acogido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo impugnado, al no declarar desvirtuada la legalidad del acto de insubsistencia tácita del demandante.

Inconforme ante esta decisión, la parte actora en el recurso de apelación dirigió sus reproches en reiterar la existencia de desviación de poder y la falta de motivación del acto de retiro de los empleados nombrados en forma provisional, al considerar infundados los argumentos del *a quo* que negó las súplicas de la demanda.

Desviación de poder

Asegura el actor que lo que se pretende es declarar la nulidad del decreto 2394 del 27 de noviembre de 2012, por cuanto fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió, en tanto que su nominador disfrazó el querer desvincularlo, expidiendo un decreto comisionando en su cargo a otra funcionaria, que si bien es cierto se encuentra inscrita en el escalafón de carrera diplomática y consular, no lo es menos que la intención de la administración era prescindir de sus servicios y no ocupar el empleo con una persona que estuviera escalafonada en carrera diplomática y consular y

²⁸ Folios 59 al 60 del cuaderno principal



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

si esa era la intención, la provisión del cargo se haría en propiedad y no simplemente se comisionaría a otra persona para que ocupara el cargo.

El demandante fue vinculado a la entidad accionada mediante Resolución No 2777 de 4 de agosto de 2011 a través de nombramiento provisional en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador.

Bajo la normatividad estudiada es claro que el cargo que desempeñó el señor Jaime Antonio Godín Díaz es un cargo de carrera diplomática y consular, pero este no se encuentra cobijado por dicho régimen especial debido a que no ingresó mediante el sistema de méritos, razón por la cual se debió hacer uso del nombramiento con carácter provisional.

El nombramiento con carácter provisional se encuentra regulado por el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, que dispone: *“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”*.

Para efectuar un nombramiento en provisionalidad existen ciertas condiciones básicas que deben ser cumplidas tal como lo establece el artículo 61 del Decreto 274 de 2000, las cuales son:

“Condiciones Básicas. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

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

1) Ser nacional Colombiano



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

2) Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento.

3) Hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

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.

c. En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado contenidos en el Artículo 62 y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales a las que aluden los Artículos 63 a 68 de este Estatuto.

d. Cuando el funcionario en provisionalidad sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.

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

Además de utilizar la figura del nombramiento en provisionalidad como la forma de vincular a una persona en un cargo de carrera sin llenar los requisitos para este, se puede igualmente designar funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular en comisiones especiales, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 46 y 47 del referido decreto, así:

ARTÍCULO 46. Definición. La comisión es la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar transitoriamente cargos o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones o en cumplimiento de las tareas propias de la categoría a la que pertenezca dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular.

ARTÍCULO 47. Clases. Las actividades especiales o las circunstancias excepcionales que sustentan las comisiones de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, dan lugar a las siguientes modalidades:



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

- a. De estudios.
- b. Para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.
- c. Para situaciones especiales.
- d. De Servicio.

Acorde con lo señalado la entidad accionada profirió el Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012, por medio del cual se comisionó a la señora Idoia Astrid Valladares Martínez al cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, en reemplazo del doctor Jaime Antonio Godín Díaz, según las siguientes consideraciones:

“Que en virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la Carrera Diplomática y Consular estará a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos indicados en el Decreto – Ley 274 de 2000.

Que el artículo 60 del Decreto – Ley 274 de 2000, establece que en 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.

Que mediante Decreto 2777 del 4 de agosto de 2011, se nombró con carácter provisional en un cargo de Carrera Diplomática y Consular de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores al doctor JAIME ANTONIO GODIN DIAZ, para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador.

Que de conformidad con el artículo 8 del Decreto-Ley 274 de 2000 el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores es un cargo de Carrera Diplomática y Consular.

Que en virtud del principio de Especialidad la doctora IDOIA ASTRID VALLADARES MARTÍNEZ, funcionaria inscrita en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Embajador, tiene el derecho preferencial de ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador”.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

Así que la entidad accionada bien pudo hacer uso del nombramiento en provisionalidad, como sucedió con el demandante o proceder a designar en comisión a un funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular como en el caso de la señora Idoia Astrid Valladares Martínez, quien se encontraba escalafonada en la categoría de Embajador, por lo que tenía el derecho preferencial de ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio den Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador en reemplazo del demandante.

En virtud del principio de Especialidad de la Carrera Diplomática y Consular se puede comisionar para situaciones especiales a personal escalafonado con la finalidad de materializar el derecho preferente que tienen los funcionarios para ocupar cargos de carrera, con base en los principios superiores de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La comisión es la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar transitoriamente cargos o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones o en cumplimiento de las tareas propias de la categoría a la que pertenezca dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular.

En principio la administración además de la facultad de nombrar en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular puede designar en comisión como lo establece el literal a del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue lo ocurrido en el caso concreto, sin que ello signifique disfrazar la insubsistencia del demandante, toda vez que constituye una



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

potestad de la accionada con la finalidad de aplicar el principio de Especialidad, trámite que se encuentra regulado como sigue:

“ARTICULO 53. PROCEDENCIA Y FINES. Los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar Comisión para situaciones especiales, en los siguientes casos:

a. Para desempeñar en Planta externa o en Planta interna cargos de la Carrera Diplomática y Consular, correspondientes a categorías superiores o inferiores a aquella a la cual perteneciere el funcionario dentro del escalafón de la Carrera contenido en el artículo 10 de este Decreto”.

En conclusión, el uso de la provisionalidad o la comisión para situaciones especiales establecidas en el Estatuto del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática o Consular como medio de proveer cargos de carrera se encuentra condicionado a que no exista personal de Carrera Diplomática disponible para ocupar el cargo, sin embargo se resalta que en el sub-judice se procede a designar en comisión a un funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular como es el caso de la señora Idoia Astrid Valladares Martínez, quien se encontraba escalafonada en la categoría de Embajador.

Insiste el demandante en que, se disfrazó el querer desvincularlo comisionando en su cargo a otra persona, toda vez que el Director de Talento del Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó al señor Jaime Antonio Godín Díaz la renuncia del cargo que venía desempeñando en dos oportunidades, la que fue efectivamente presentada los días 9 de marzo de 2012 y 15 de noviembre de 2012.

Concluye el actor que, al seguir la secuencia cronológica, se evidencia que, al no lograr su cometido, el cual correspondía a que el demandante presentara renuncia sin motivación alguna optó por declarar insubsistente tácitamente su nombramiento, comisionando, no nombrando en propiedad, a una funcionaria inscrita en carrera.



Número interno: 4358-2018
Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

Efectivamente consta en el expediente que el actor presentó en dos oportunidades renuncia del cargo en forma motivada, las cuales no fueron aceptadas, a través de los oficios DITH 17080 de 14 de marzo de 2012 y SGN 78313 de 20 de noviembre de 2012, proferidos por el Director de Talento Humano y Secretaria General del ministerio accionado, respectivamente, precisamente por estar motivadas y no cumplir con los requisitos como lo dispone los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

Advierte la Sala, que el hecho de insinuarse la presentación de la renuncia, por sí solo no constituye infracción a la ley como lo pretende el demandante, ya que hay situaciones en las cuales se evidencia la necesidad de retirar a los empleados dada la trascendencia de las funciones que desempeñaban y el grado de confianza que se exige para ejercerlas.

Si bien el acto de renuncia como forma de retiro del servicio debe ser un acto libre y espontáneo, donde prima la autonomía de la voluntad del dimitente, por lo que no debe haber duda de la decisión de quien la suscribe, la cual se encuentra protegida por la ley al prohibirse coacción o constreñimiento para su presentación, en tratándose de funcionarios de alto nivel, como es el caso del accionante, pues se observa que estaba nombrado como Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad, a pesar que la renuncia pudo ser insinuada, lo anterior no constituye desconocimiento de sus derechos pues no se encontraba protegido por la carrera diplomática y consular.

Advierte la Sala que respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción puede evidenciarse lo que se ha denominado la renuncia protocolaria, la cual tiene lugar cuando el nominador necesita reorganizar su equipo de trabajo y cambiar a sus subalternos si lo considera pertinente para la prestación del servicio público, si bien el cargo del demandante no es de libre nombramiento y remoción, a pesar de ser un cargo de carrera se



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

encontraba desempeñándolo una persona ajena a la carrera Diplomática y Consular, al no haber ingresado superando el concurso de méritos.

A pesar de ello y tal como lo sostuvo el a quo en la decisión objeto de recurso el hecho de insinuar la presentación de renuncia no comunica ilegalidad al acto, pues en esta clase de eventos se permite una salida decorosa a aquellos altos funcionarios para evitar ser declarados insubsistentes decisiones que contienen una connotación negativa.

Señala el demandante que la renuncia protocolaria no es ilegal respecto de cargos de niveles directivos de libre nombramiento y remoción, pero que en el presente caso fue solicitada por quien no era el nominador y además se trataba de un cargo de carrera, frente a lo cual debe aclararse en primer lugar que el acto acusado no gira en torno a la aceptación de la renuncia protocolaria sugerida, sino respecto de la insubsistencia tácita al comisionarse en el cargo de Ministro Plenipotenciario a otra persona, igualmente, como se trata de un argumento para soportar el cargo de desviación de poder, debe estudiarse, frente a lo cual observa la Sala, que si bien se trata de un cargo de carrera no obstante el demandante no se encuentra inscrito en el escalafón de la carrera diplomática y consular, es decir no tiene ningún fuero.

Falta de motivación del acto de retiro de los empleados nombrados en forma provisional

El demandante sostiene que de acuerdo con lo normado en el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 la cesación definitiva de las funciones se produce por las causales allí consignadas, lo que no se vislumbra en el caso bajo examen, pues la renuncia presentada, aun cuando fue motivada debió ser aceptada por su nominador o declarar insubsistente su nombramiento argumentando las razones de tal decisión.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

No es cierto que la entidad accionada únicamente podía aceptar la renuncia presentada, aun cuando fue motivada o declarar insubsistente el nombramiento del actor, pues además de las formas de retiro del servicio reseñadas, se puede hacer uso de otras figuras excepcionales como es la designación en comisión para situaciones especiales, que fue a lo que acudió el nominador.

Tratándose de personal nombrado en provisionalidad para optar por el retiro del servicio se debe motivar el mismo, lo que efectivamente sucedió toda vez que el acto acusado en forma expresa se fundamenta en el principio de especialidad y en el hecho de no existir personal de carrera diplomática y consular, tal como se dijo en el Decreto 2394 de 27 de noviembre de 2012 cuando sostuvo: *“Que en virtud del principio de Especialidad la doctora IDOIA ASTRID VALLADARES MARTÍNEZ, funcionaria inscrita en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Embajador, tiene el derecho preferencial de ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio den Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador”.*

Se prevé comisiones para situaciones especiales para funcionarios de carrera, quienes pueden ocupar cargos en el exterior según las necesidades urgentes del servicio, como es el caso de una situación en provisionalidad como lo estaba el cargo demandado.

Resalta la Sala que en las sentencias aducidas por el demandante se racionaliza el nombramiento en provisionalidad esto es limitando el ejercicio de dicha facultad a 4 años, que no es el asunto analizado, debido a que no se hizo uso de otro nombramiento en provisionalidad para retirarlo del servicio sino se acudió a la figura de comisión de servicio para situaciones especiales.

Es cierto que la permanencia en el exterior de un nombrado en provisionalidad está limitada a un término máximo de cuatro años debiéndose agotar todos los procedimientos para proveerlo con personal de carrera diplomática, pero



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

lo anterior no significa que en aplicación al principio de especialidad no pueda comisionarse a otro funcionario, que para el evento estudiado sí tenía derechos de carrera, como sucedió con la señora Idoia Astrid Valladares Martínez, funcionaria inscrita en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Embajador, que tenía el derecho preferencial de ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador.

En el caso concreto y revisado el material probatorio, la Sala no encuentra sustento que permita inferir que el acto expedido por la Ministra de Relaciones Exteriores que declaró insubsistente en forma tácita el nombramiento del actor fue expedido con desviación de poder o falta de motivación. Los actos administrativos gozan de presunción de legalidad por lo que quien pretenda desvirtuar dicha presunción, debe demostrar debidamente dentro del proceso que la verdadera motivación del acto que designó en comisión a otra funcionaria obedeció a razones ajenas y diferentes al buen servicio generándose, en consecuencia, una desviación del poder lo que no sucedió en el caso estudiado.

En atención a lo previamente señalado, la Sala comparte la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo a través del cual fue declarado insubsistente su nombramiento en forma tácita.

III. DECISIÓN

Visto lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda.



Número interno: 4358-2018

Demandante: Jaime Antonio Godín Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de febrero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Se deja constancia que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER