



Radicado: 11001-33-35-026-2015-00017-03  
Demandante: Doris Marina Acosta Buitrago

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "D"**

**MAGISTRADA PONENTE: ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 11001-33-35-026-2015-00017-03  
**Demandante:** DORIS MARINA ACOSTA BUITRAGO  
**Demandada:** MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES  
**Vinculado:** SANDRA MELISSA CORTÉS PINZÓN

**Tema:** Reintegro

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

**No. 103**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que negó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones**

La parte demandante, a través de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la nulidad de la Resolución 4401 del 24 de junio de 2014, por medio del cual la Ministra de Relaciones Exteriores de la época, nombró con carácter ordinario a la señora Sandra Melissa Cortés Pinzón en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, en su reemplazo.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, se condene a la entidad demandada a: **i)** Reintegrar a la accionante a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía ocupando como Auxiliar de Misión Diplomática, código 4850, grado 26, de la planta de personal de la Oficina Consular de Colombia



en Nueva York, o en otro consulado del país en el exterior, **ii)** Pagar los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 1° de septiembre de 2014 y hasta el día en que se reintegre al servicio, **iii)** Pagar 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, **iv)** establecer la responsabilidad, a título de dolo o culpa grave, de las personas llamadas en garantía para una eventual repetición y **v)** condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

Las pretensiones tuvieron como fundamento los siguientes:

## 2. Hechos

El apoderado de la demandante manifestó que, la señora Doris Marina Acosta Buitrago desempeñó diferentes cargos administrativos en el Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el 23 de enero de 1993 y hasta el 1 de septiembre de 2014, ocupando como último cargo el de auxiliar de misión diplomática, código 4850, grado 26, en el Consulado de Colombia en Nueva York (Estado Unidos), sin que durante el tiempo laborado en esa cartera ministerial se le haya impuesto sanción disciplinaria alguna.

Relata que, la Ministra de Relaciones Exteriores de la época conoció un correo electrónico del 9 de junio de 2014, en donde se denunció que la demandante junto con otra persona, presuntamente habían *“venido sustrayéndose la información del consulado para ponerla en la campaña del Centro Democrático y del Candidato conservador Zoilo Nieto”* en el marco de las elecciones parlamentarias del año 2014, dando instrucciones de remitirlo al director de Control Disciplinario con alta prioridad, a partir de lo cual, en su momento, se iniciaron unas actuaciones preliminares, no obstante, de dicha información se dio traslado a la Dirección de Asuntos Consulares del Ministerio y a la persona encargada de vigilar el proceso electoral en la ciudad de New York – USA.

Sostiene que sin haberse adelantado el correspondiente *“proceso disciplinario”* la ministra de esa época decidió retirarla del servicio *“bajo la figura de ejercicio de una potestad discrecional en la provisión de un empleo del nivel asistencial, con funciones administrativas de apoyo al servicio consular de Colombia en Nueva York”*.

## 3. La sentencia apelada

El Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022), negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Precisó que, en el presente asunto, la demandante Doris Marina Acosta Buitrago, solicitó la nulidad de la Resolución 4401 del 24 de junio de 2014, por



medio del cual la Ministra de Relaciones Exteriores de la época, nombró con carácter ordinario a la señora Sandra Melissa Cortés Pinzón en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, que venía ocupando la demandante; lo que implicó su retiro correlativo de dicha plaza laboral. En consecuencia, afirma que la Resolución 4401 del 24 de junio de 2014, por medio de la cual fue retirada del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26 al nombrar en el este a la ciudadana Sandra Melissa Cortés Pinzón, está viciada de nulidad por violación de la ley, desviación de las atribuciones propias y abuso de poder.

Encontró que el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, que ocupaba la parte demandante al momento de su desvinculación, se encuentra clasificado como de libre nombramiento y remoción, en virtud de lo señalado en los artículos 6°, literal –i- y 7° del Decreto Ley 274 de 2000, al tratarse de un empleo de apoyo en el exterior de la Planta de Personal del despacho de Jefe de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia en New York, cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad.

Señaló que, de conformidad con el artículo 1° de la Resolución interna 2294 del 25 de mayo de 2011, que modificó a su vez la Resolución interna 4026 del 16 de septiembre 2009; el propósito principal del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, en el caso de la plaza adscrita al despacho del respectivo jefe de misión consular, consiste en colaborar en la ejecución de labores de asistencia administrativa al jefe de dicha dependencia, tendientes a apoyar su gestión como orientador y coordinador de las actividades propias de la oficina consular.

Indicó que de la interpretación de los artículos 6° literal –i- y 7° del Decreto Ley 274 de 2000, en armonía con los manuales de funciones y competencias laborales de la Cancillería, permiten inferir que, *“ni el referido Decreto ni los mencionados manuales, clasifican directamente los empleos de libre nombramiento y remoción, ni siquiera según la dependencia a la que cada uno esté destinado; principalmente, porque la descripción de funciones esenciales, en armonía con el propósito principal, están diseñados en función de la naturaleza de la actividad y con el objetivo de satisfacer el sinnúmero de requerimientos que, en la cotidianidad, puede demandar la prestación del servicio público exterior; de tal suerte que, pueden existir funciones de tipo asistencial, operativo, de apoyo o como pretendan clasificarse, pero lo cierto es que, algunas de ellas pueden implicar un relacionamiento de confianza y confidencialidad entre el titular de la dependencia y el personal que ejecuta las actividades, y en principalmente entre estos y el servicio público exterior”*.

Hizo alusión a la gran responsabilidad que conlleva el desempeño de actividades que funcionalmente se encuentran asignadas al cargo del cual fue



removida la demandante las cuales “necesariamente” implican “la existencia de factores de confianza y confidencialidad, entendidos, no desde la dimensión de intimidad y cercanía familiar o doméstica con el Jefe de la Oficina Consular o su familia, que es precisamente la tesis sobre la cual el extremo activo finca su argumentación; sino, a partir de la necesidad que se requiere para confiar en aquellos empleados públicos de la Cancillería, como órgano de la administración pública responsable del servicio público exterior; la probidad para su intervención en materias como el tratamiento de datos personales e información sensible, el estado civil de los connacionales, su registro e identidad y situación judicial, el protocolo público y la cooperación en materia internacional, entre muchas otras”

Concluyendo que, no se logró demostrar por la demandante las actividades efectivamente realizadas mientras se encontraba designada en ese empleo y, si estas correspondían a los quehaceres reglamentariamente asignados a una plaza laboral de carrera administrativa y habida cuenta que, las funciones esenciales asignadas al cargo del cual fue removida, implicaban labores de asistencia administrativa al jefe de la oficina consular, tendientes a apoyar su gestión como orientador y coordinador de las actividades propias de su dependencia, encontró que dicha plaza laboral es de libre nombramiento y remoción.

Bajo esta perspectiva, teniendo en cuenta que la naturaleza del empleo que venía desempeñando la demandante al momento de su desvinculación, era de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, aplicable a esta categoría de servidores; la competencia para determinar su retiro del mismo, era discrecional y bastaba que se materializará mediante acto no motivado.

Respecto al reparo consistente en que para respetar los límites de la razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional, los hechos que precedieron al retiro debían constar en la hoja de vida de la demandante, tal como lo exige el Decreto Ley 2400 de 1968, señaló que si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 determinó que se debe dejar constancia en la hoja de vida del motivo que dio lugar a un retiro, también lo es que, tal actuación constituye un acto posterior que no puede dar lugar a vicios en el acto demandado, puesto que se trata de situaciones jurídicas disimiles que no deben ser confundidas, de tal manera que una eventual omisión en tal sentido, en modo alguno desdice de la razonabilidad y proporcionalidad con la que se presume ejercida la potestad nominadora.

Sobre los argumentos consistentes en la calidad, eficiencia y dedicación que observó la parte demandante durante sus más de 20 años al servicio de la Cancillería y sin sanciones disciplinarias, acotó que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, esos atributos y conductas no otorgan al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues



dicho proceder es el que se exige de quien presta un servicio público, precisamente como resultado o expresión del juramento que se hace en el instante que se toma posesión del cargo, de suerte que tal señalamiento en manera alguna vicia de nulidad el acto enjuiciado en esta oportunidad.

Aunado a que la eventual excelencia en el ejercicio del cargo, no puede desacreditar las aptitudes de la ciudadana Sandra Melissa Cortés Pinzón, nombrada en su reemplazo; y tampoco desvirtúa la presunción de mejoramiento del servicio que se predica de la decisión indirecta y tácita de insubsistencia que le sobreviene, pues evidenció que esta última acreditó *“un perfil más completo en el marco de la política de optimización del servicio”*.

En lo atinente a los cargos de desviación de poder y el ejercicio arbitrario de atribuciones, vicios que el extremo activo de la litis asocia con la presentación, por parte de un ciudadano identificado como Carlos Miguel Martínez, de una solicitud el 9 de junio de 2014, con el objeto de que se adelantaran las acciones necesarias respecto de las conductas en las que presuntamente y, en ejercicio de sus funciones, había incurrido la señora Doris Marina Acosta Buitrago por la supuesta sustracción de información de los usuarios que asistían al Consulado de New York; advirtió no encontrar nexo de causalidad entre tal señalamiento y la decisión de remover a la demandante.

Al respecto, aclaró que el ejercicio de la facultad discrecional para remover a un empleado de libre nombramiento y remoción, constituye un aspecto distinto e independiente de la actuación administrativa por la presunta comisión de una conducta que pudiera derivar en una responsabilidad disciplinaria; procedimiento que, en el caso concreto, no llegó siquiera a la etapa de apertura de investigación, si se toma en cuenta que no logró avanzar de la indagación preliminar, que si bien se prolongó, no fue por aspectos subjetivos, sino, como quedó demostrado, por situaciones de redistribución de los asuntos a cargo de la Oficina de Control Disciplinario Interno.

Finalmente, negó las pretensiones del libelo y se abstuvo de condenar en costas, comoquiera que, no se demostró por parte del extremo procesal vencido, una conducta reprochable con un aspecto subjetivo.

#### **4. Recurso de apelación**

El apoderado de la parte demandante, a través de memorial visible en el archivo 09 del expediente híbrido, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, solicitando que se revoque el fallo y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, en tanto considera que la providencia recurrida incurrió en los siguientes yerros:





Trajo a colación un recuento normativo de la naturaleza de los empleos de apoyo en el exterior para afirmar que *“la certificación del “Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Administración de Personal de la Cancillería” no constituye prueba alguna para demostrar la naturaleza del “cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26 como de libre nombramiento y remoción”.*

Sostiene que el *A quo* desconoció el precedente judicial de la Corte Constitucional que define la naturaleza de los empleos de apoyo en el exterior en su doble dimensión: de carrera administrativa (regla general) y de libre nombramiento y remoción (excepción), respecto al cual ha posibilitado su uso *“siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política”* y la sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, C. P. Dr. Darío Quiñones Pinilla, de fecha 11 de diciembre de 2003, Radicación número 11001-03-28-000-2003-0003-01(3082), en la que se concluyó que *“la calificación del cargo de Auxiliar Administrativo Bilingüe 8 PA del Consulado General de Colombia en Roma, Italia, como de libre nombramiento y remoción contenida en el artículo 1º del Decreto 1227 de 2000, no sólo es contraria al artículo 125 de la Constitución sino también a los artículos 6º y 7º del Decreto 274 de 2000, por lo que, en consideración con lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución y 12 de la Ley 153 de 1887[9], debe inaplicarse”.*

Indica que, se incurrió en defecto material o sustantivo al otorgarle a los artículos 6º, literal j, y 7º del Decreto Ley 274 de 2000 *“un sentido que no tienen”* desconociendo *“la prueba documental y normativa que obra dentro del expediente en cuanto a las funciones de la demandante y la existencia de una planta global y flexible de personal administrativo del servicio exterior en el Ministerio de Relaciones Exteriores establecida en el Decreto 3358 de 2009”.* Para tal efecto trae a colación la declaración de la testigo MARÍA VICTORIA SALCEDO BOLÍVAR respecto a la que concluye *“explica claramente que no se está dentro de los cargos que “comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad” para con el Jefe de Misión Diplomática u Oficina Consular y su familia, “por su cercanía, seguridad e intimidad familiar que requiere de la confianza plena y total”.*

Dice que *“conforme a la planta de cargos de AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA del Despacho de Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, de aproximadamente 384 empleos, el (la) Ministro(a) de Relaciones Exteriores ha definido cuáles de ellos desarrollan funciones de especialísima confianza y confidencialidad por la cercanía, seguridad e intimidad familiar con el Cónsul o el Embajador como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-808 de 2001 y ellos son los empleos que están asignados al ÁREA FUNCIONAL: DESPACHO MISIONES DIPLOMÁTICAS SERVICIO EN RESIDENCIA OFICIAL Y SERVICIO DE CONDUCCIÓN, que tienen exclusivas funciones de servicio doméstico y de conducción de vehículo diplomático, como se precisa en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales (Resolución 426 del 16 de septiembre de 2009, derogada por la Resolución 1580 del 16 de marzo de 2015) vigentes para la época.*



Recalca que, las funciones de la demandante estaban exclusivamente dirigidas al cumplimiento de la función administrativa del Consulado (Resolución 1580 de 2015, página 106), las cuales, si bien implican una relación de confianza y confidencialidad propia del servicio público, no se trata de una confianza plena y total *“por la cercanía, seguridad e intimidad familiar con el (la) Cónsul de Colombia en nueva York”*

Reitera las funciones asignadas a la demandante para señalar que, al ocupar el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, código 4850, grado 26, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América, no se cumple con ninguno de los requisitos a los que se refiere la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado para considerarse como de libre nombramiento y remoción debiéndose demostrar que, en realidad desarrollaba funciones de servicio doméstico o de conducción de vehículo diplomático, *“únicas actividades que de conformidad con el Manual de Funciones del Ministerio “comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad” para con el Jefe de Misión Diplomática u Oficina Consular y su familia, por su cercanía, seguridad e intimidad familiar que “requiere de la confianza plena y total”*. Por lo anterior, refiere que conforme a lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto 274 de 2000, ese cargo pertenece a la carrera administrativa así el empleo se haya provisto por una designación de carácter ordinaria, pues, la entidad demandada, equivocadamente, lo ha considerado como de libre nombramiento y remoción.

Agrega que las funciones que menciona el *A quo* en la sentencia apelada *“son propias de funcionarios de carrera administrativa en planta interna, e incluso son desarrolladas por contratistas de prestación de servicios de apoyo a la gestión (visas y pasaportes), por funcionarios de carrera diplomática, tanto en planta interna como externa -éstos últimos la realizan con frecuencia en razón a que no es suficiente el personal de auxiliar de misión diplomática en las oficinas consulares”*. Igualmente, sostiene que el fallador de primera instancia cuestiona la prueba documental con la que se demuestran las funciones de la demandante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, en el sentido de que *“no permiten establecer con claridad las condiciones de tiempo modo y lugar en las que dicha ciudadana venía prestando sus servicios”*, sin mayor análisis crítico de las mismas y sin tener en cuenta que tales documentos provienen de la entidad demandada. Luego, si a él le asistía alguna duda con respecto a tales certificaciones, tenía el deber de ejercer su poder de decretar pruebas de oficio para mejor proveer.

De otra parte, arguye que la demandante al ocupar realmente un cargo de carrera administrativa, y ser ocupado por un funcionario que no pertenece a esta, pero quien toda la vida la había dedicado al servicio de la entidad demandada, desde el *9 de abril del año 1992* (sic), su situación administrativa en realidad no era la de nombramiento ordinario en un cargo de libre

nombramiento y remoción sino la de nombramiento en provisionalidad, en aplicación del principio de la realidad del artículo 53 de la Constitución Política. Por esta razón, el retiro del servicio mediante la insubsistencia tácita, por tratarse de la vinculación a un cargo de carrera administrativa, debía ser motivado.

Igualmente, agrega que si se tratara de un cargo de libre nombramiento y remoción, *“el precedente jurisprudencial relativo al ejercicio de esta facultad, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se concreta en lo dispuesto en el artículo 26, del Decreto Ley 2400 de 1968, que resumo en estas palabras de la Corte Constitucional: el acto administrativo de desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción “no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público”.*

Asimismo, aduce que cuando el legislador establece límites al ejercicio de la facultad discrecional, como es el caso del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos: *“debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”,* a lo que se refiere es a *“los fines del interés general”,* concebido con las notas características de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad.

Cita sentencias de la Corte Constitucional que tratan sobre la disposición contenida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968<sup>1</sup> y los límites constitucionales al ejercicio de las facultades discrecionales<sup>2</sup>. Asimismo, jurisprudencia de esa Alta Corporación en la que se analiza el acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad sin motivación y la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 26 de enero de 2017, Radicado No. 73001233300020140028501-entre otras-, en la que se recuerda que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

De otra parte, explica que *“con la prueba documental se demostró que tanto la señora Ministra, MARÍA ÁNGELA HOLGUÍN CUELLAR, como su Secretaria Privada, ANYUL MOLINA SUÁREZ, y el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, doctor ELÍAS ANCÍZAR SILVA ROBAYO, recibieron la queja del señor CARLOS MIGUEL MARTÍNEZ, y el accionar de los funcionarios fue de inmediato”,* insistiendo en que ese asunto *“resultó ser de la mayor importancia para la Canciller y sus subordinados, antes mencionados, debido a que en ese correo se solicitó una acción urgente por la presunta sustracción de información”,* motivo por el cual *“El mismo día, casi de inmediato a recibir la queja pues, sólo había transcurrido poco menos de una hora (Recibe correos a las 8:31 y 09:14 a.m. y responde a las 9:26 .m.), el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Relaciones*

<sup>1</sup> sentencia C-734-00

<sup>2</sup> sentencia T-372-2012





*Exteriores, doctor CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ CÓRDOBA, ordenó la apertura de una investigación preliminar y le rindió cuentas a la Secretaria Privada de la señora Ministra de Relaciones Exteriores” y en consecuencia, mediante auto del 9 de junio de 2014, el doctor Carlos Alberto Rodríguez Córdoba ordenó la apertura de indagación disciplinaria contra LILIA YANETH GALLOR GUARÍN y DORIS MARINA ACOSTA BUITRAGO.*

*Dice que “Resulta inexplicable que la premura por iniciar la indagación preliminar, cuya actividad sólo duró dos días, 9 y 10 de junio de 2014, quedó completamente quieta hasta el día 4 de noviembre de 2014 cuando se ordenaron pruebas de oficio (...) Pero por otro lado, la demandante estaba siendo retirada del servicio a penas 14 días después de la queja”. Sostiene que el expediente disciplinario de la indagación preliminar contra la demandante permaneció, desde el auto de pruebas de oficio del 4 de noviembre de 2014 y hasta la fecha del auto de archivo definitivo del 14 de junio de 2016 -19 meses después- sin actuación alguna por parte del operador disciplinario, DEBIENDO “soportar una carga injustificable” Y afectando a la demandante en su derecho a una pronta resolución de un procedimiento que debió decidirse a más tardar en diciembre de 2014, fundamentado en “una queja falsa o temeraria, sin fundamento alguno, y que terminó con archivo definitivo”.*

*Acota que al testimonio del Secretario General -para la fecha de la insubsistencia de la demandante-, doctor ELÍAS ANCÍZAR SILVA ROBAYO, “se le formularon varias preguntas cuyas respuestas no fueron concretas y se evidencian inconsistencias que infieren que él, en verdad, sí discutió el tema de la queja del señor CARLOS MIGUEL MARTÍNEZ, tanto con la Secretaria Privada de la Canciller como con el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario y de las medidas a adoptar, derivadas de la clara instrucción de la Ministra de darle una alta importancia al asunto”.*

*Manifiesta que “según la información que obra en la hoja de vida de la señora SANDRA MELISSA CORTES PINZÓN, no reposa su carta de renuncia al cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores y la correspondiente resolución de aceptación de la misma, como requisito indispensable para poder posesionarse en el cargo de AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOÁTICA (sic), CÓDIGO 4850, GRADO 26, DEL DESPACHO DE LOS JEFES DE MISIONES DIPLOMÁTICAS, el día 2 de septiembre de 2014”.*

*Recuerda el testimonio de MARÍA VICTORIA SALCEDO BOLÍVAR quien manifestó que todos los nombramientos se hacían para el mejoramiento del servicio y de acuerdo con los estudios de alternativas, frente a lo cual dice que “Estas afirmaciones son carentes de contenido documental en el proceso. En verdad no hay una prueba que indique siquiera los mencionados estudios, alternativas o estándares de mejoramiento del servicio en el Consulado de Colombia en Nueva York. Tampoco hay un requerimiento de la Cónsul General o de la Ministra o del Secretario General o de la propia Directora de Talento Humano de la necesidad de*

*hacer una evaluación de la carga laboral, de la eficiencia y efectividad de la actividad laboral desarrollaba en ese Consulado o de las funciones que desempeñaba la demandante”*

Reitera que debido a *“la calificación de alta importancia a la queja del señor Carlos Miguel Martínez y de la acción urgente y prioritaria que se da a la misma, según la prueba documental del expediente disciplinario, es que efectivamente la Canciller, MARÍA ÁNGELA HOLGUÍN CUELLA, dio instrucciones claras y verbales a través de su Secretaria Privada: Por una parte, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario abrió la indagación preliminar y, por otra parte, el Secretario General y la Directora de Talento Humano preparaban el acto de retiro del servicio de la demandante. La candidata SANDRA MELISSA CORTES PINZÓN, allegada al Secretario General, fue propuesta como reemplazo de DORIS MARINA ACOSTA BUITRAGO y, además, aquella también fue propuesta para un cargo en planta interna. Eso explica por qué la Ministra firmó dos nombramientos para la misma persona en dos cargos distintos y en la misma fecha: 24 de junio de 2014, cuando apenas habían transcurrido dos semanas de haberse recibido la queja”*.

Finalmente, arguye que *“desconociendo el principio del análisis crítico de la prueba, le da plena validez a la prueba testimonial de quienes son los responsables de proyectar, preparar y rubricar el acto administrativo de retiro demandado: María Victoria Salcedo Bolívar y Elías Ancízar Silva Robayo, sin consultar, el señor juez, evidencias y pruebas ciertas y allegadas al proceso que corroboren tales afirmaciones”*.

## **5. Alegatos de conclusión**

Mediante auto del veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023) se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que negó las pretensiones de la demanda.

Asimismo, se consideró que como no era necesario el decreto y práctica de pruebas en esta instancia, no había lugar a correr traslado para alegar de conclusión, de conformidad a lo establecido en el numeral 5º del artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, por medio del cual se modificó el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

### **5.1. Ministerio Público**

No emitió concepto.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,



## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Problema jurídico

Consiste en determinar si se desvirtuó la legalidad del acto administrativo acusado, a través del cual se nombró con carácter ordinario a la señora Sandra Melisa Cortes Pinzón en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26 en el Consulado de Nueva York – Estados Unidos de América, en reemplazo de la señora Doris Marina Acosta Buitrago, por presunta desviación del poder, como consecuencia de ello, establecer si fue legalmente retirada de dicho cargo y, por lo tanto, si le asiste o no derecho a ser reintegrada al empleo que venía desempeñando -como Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26 en el Consulado de Nueva York – Estados Unidos de América- o, a uno de igual o superior categoría, junto con el pago de todos los emolumentos salariales, prestacionales y de todo orden, dejados de percibir desde la fecha en que se produjo su retiro?.

### 2.2 De la Carrera Diplomática y Consular.

El artículo 125 de la Constitución Política establece que por regla general los empleos públicos son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, elección popular y los demás que determine la Ley, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

**PARÁGRAFO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos



*establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

En desarrollo de ese postulado constitucional, se expidió la Ley 909 de 2004, “*Por la cual se regula el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, que en el numeral 2 del artículo 3 consagró “*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*”, dentro de las cuales se encuentra el personal regido por la carrera diplomática y consular.

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República en la Ley 573 de 2000, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 274 de 2000, “*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, y que en el artículo 2 señala que las disposiciones allí contenidas son aplicables para 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.

El artículo 5. contempla la *Clasificación de Cargos* en el Ministerio de Relaciones Exteriores así: a. De libre nombramiento y remoción, b. De Carrera Diplomática y Consular y c. De Carrera Administrativa. Por su parte, el artículo 6. **Prevé los Cargos de Libre Nombramiento y Remoción.** Entre los que se encuentra, el previsto en el literal j “*Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el Artículo 7. de este Decreto*”. En efecto, el artículo 7 *ibidem* dispone “*Para los efectos de lo establecido en el literal j) del Artículo 6. del presente decreto, se entienden como tales, aquellos cargos cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad*”.

En este punto, es del caso traer a colación que en la sentencia C 808 de 2001 la Corte Constitucional analizó la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 6 (parcial), 7, 12 (parcial), 18 (parcial), 21 (parcial), 24 (parcial), 27 (parcial), 28 (parcial), 35, 53 (parcial), 61 (parcial), 70 (parcial), 79, 80, 81, 82 y 88 del Decreto Ley 274 de 2000, “*por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, en la cual al analizar los empleos de apoyo en el exterior, dijo:

*“(…) De conformidad con la definición que trae el mismo Decreto 274 de 2000, es cierto que estos cargos no son empleos propios de los niveles profesional, ejecutivo o directivo, no cumplen funciones de orientación política, ni de dirección u orientación institucional. Se trata de empleos cuyas funciones son asistir al Jefe de Misión en el desempeño de sus*

funciones, **generalmente en labores domésticas, de mantenimiento de la oficina y residencia y de manejo de correspondencia.** No obstante, su incorporación dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción se justifica por la especial relación de confianza, cercanía, seguridad e intimidad familiar que este personal tiene con el Jefe de Misión y su familia.<sup>[15]</sup> Al igual que las funciones que desempeña el personal de servicio administrativo en el exterior<sup>[16]</sup>, **el personal de apoyo cumple tareas operativas,** pero se distinguen de aquellos por la especialísima relación de confianza que une a estos últimos con el Jefe de Misión y su familia, otra razón más para que puedan ser excluidos de la carrera.

Como quiera que el personal de apoyo en el exterior no ejerce funciones propias de la carrera diplomática y consular, **sino cumple tareas de asistencia y ayuda** para el Jefe de Misión y su familia, cuyo ejercicio cabal depende de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza, se justifica que sea de libre nombramiento y remoción y que no les sean aplicables los principios propios de la carrera diplomática y consular, tales como el de alternación de que trata el artículo 88. Por estas razones, se declarará la constitucionalidad del literal j del artículo 6 y de los artículos 2, 7 y 88 del Decreto 274 de 2000". (Se resalta).

A su vez, el artículo 8 *ibídem* contempla que 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 previstos en los artículos 6 y 7 de este Decreto. Verificado el artículo 10 se tiene que los cargos de categoría igual o superior a la de Tercer secretario son:

- a) Embajador.
- b) Ministro Plenipotenciario.
- c) Ministro Consejero.
- d) Consejero.
- e) Primer Secretario.
- f) Segundo Secretario.
- g) Tercer Secretario.

Ahora bien, el artículo 11 que trata sobre *Equivalencias entre las categorías en el escalafón de Carrera Diplomática y Cargos en Planta Interna* se extrae que los cargos equivalentes son:

<b>En el Servicio Diplomático</b>	<b>En el Servicio Consular</b>
Embajador	General y Cónsul General Central
Ministro Plenipotenciario	Cónsul General
Ministro Consejero	Cónsul General
Consejero	Cónsul General





Primer Secretario  
Segundo Secretario  
Tercer Secretario

Cónsul de Primera  
Cónsul de Segunda  
Vicecónsul

Por su parte, el artículo 9 señala los cargos de carrera administrativa, así:

**ARTICULO 9o. CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.** *Son de Carrera Administrativa los cargos de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores con excepción de los mencionados en los artículos 6o., 7o. y 8o. de este Decreto. Los cargos de Carrera Administrativa se sujetarán a lo previsto en la Ley 443 de 1998 y en las normas que la modifiquen, reglamenten o deroguen, en aquello que no sea contrario a las especiales características que, por virtud de su misión y de sus atribuciones, tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores para el desarrollo de la actividad que le es propia.*

**PARAGRAFO.** *Cuando un funcionario de Carrera Administrativa fuere designado en cualquiera de los cargos de libre nombramiento y remoción, será nombrado en comisión de acuerdo con las reglas generales de la Carrera Administrativa, sin que el cargo pierda su carácter de libre nombramiento y remoción, ni el funcionario sus derechos de Carrera.*

### 3. Caso concreto

#### 31. Hechos relevantes

La señora Doris Marina Acosta Buitrago estuvo vinculada en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 21 de enero de 1993 hasta el 1 de septiembre de 2014, desempeñando los siguientes cargos (01. Fol. 19-29).

Por Resolución No. 0081 del 13 de enero de 1993, se nombró por término de cuatro (4) meses a partir de la fecha de posesión, en el cargo de Técnico Administrativo, código 4065, grado 11. Tomó posesión el 21 de enero de 1993 y lo desempeñó hasta el 27 de abril de 1993.

Mediante Resolución 0967 del 21 de abril de 1993, se incorporó el cargo de Técnico Administrativo, código 4065, grado 11. Tomó posesión el 28 de abril de 1993 y lo desempeñó hasta el 20 de mayo de 1993.

A través de Resolución 1201 del 19 de mayo de 1993, se nombró en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, código 4076, grado 11. Tomó posesión el 21 de mayo de 1993 y lo desempeñó hasta el 31 de mayo de 1995.

En Resolución 1423 del 25 de mayo de 1995, se nombró en el cargo de Técnico Administrativo, código 4065, grado 15, del Despacho del



Viceministro de Europa, Asia, África y Oceanía. Tomó posesión el 1° de junio de 1995 y lo desempeñó hasta el 25 de junio de 1998.

Por Resolución 2087 de 23 de junio de 1998, se nombró en el cargo de Técnico Administrativo, código 4065, grado 16, del Despacho del Viceministro de Europa, Asia, África y Oceanía. Tomó posesión el 26 de junio de 1998 y lo desempeñó hasta el 29 de noviembre de 2001.

Mediante Resolución 4419 del 9 de octubre de 2000, se le asignaron funciones de Coordinador del Área Funcional de Gestión de Carrera Diplomática de la División de Administración de Personal.

En la Resolución 5358 del 29 de noviembre de 2001, se nombró en el cargo de Técnico Administrativo, código 4065, grado 18, del Despacho del Viceministro de Relaciones Exteriores. Tomó posesión el 30 de noviembre de 2001 y lo desempeñó hasta el 3 de febrero de 2004.

A través de Resolución 1419 del 5 de abril de 2002, se designó como Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Personal de Carrera Diplomática de la Dirección de Talento Humano.

Mediante Resolución 0273 del 30 de enero de 2004, se incorporó en el cargo de Técnico Administrativo, código 4065, grado 18, del Despacho del Viceministro de Relaciones Exteriores. Tomó posesión el 4 de febrero de 2004 y lo desempeñó hasta el 31 de julio de 2007.

En Resolución 0497 del 13 de febrero de 2004, se designó como Coordinadora del Grupo de Personal de Carrera Diplomática del Grupo Interno de trabajo de Administración de Personal de la Dirección de Talento Humano.

Mediante Resolución 2348 del 30 de mayo de 2007, se nombró en el cargo de Canciller 12 PA, en el Consulado General Central de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América. Tomó posesión el 1° de agosto de 2007 y lo desempeñó hasta el 30 de septiembre de 2009.

Por Resolución 4406 del 22 de octubre de 2009, se incorporó en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, código 4850, grado 26, de la planta de Personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América. Tomó posesión con efectos fiscales a partir del 1° de octubre de 2009 y lo desempeñó hasta el 1° de septiembre de 2014.

Respecto a la formación académica de la accionante se tiene que acreditó nivel educativo bachiller y formación técnica en distintas áreas, así como dos semestres de Lenguas Modernas – Idioma Inglés, sin acreditar grado en dicho programa. Además de tres semestres de diseño de modas y dos semestres del programa de Diseño de Modas y patronaje industrial durante el año 1990, sin que tampoco se haya acreditado su culminación (10. Fol. 79).

El 9 de junio de 2014 señor Carlos Miguel Martínez, remitió mensaje de datos a los entonces, Ministra de Relaciones Exteriores (María Ángela Holguín Cuéllar), Secretario General del Ministerio (Elías Ancizar Silva Robayo) y Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno (Carlos Alberto Rodríguez Córdoba) de esa cartera; solicitando adelantar, con carácter urgente, las acciones necesarias respecto de las conductas en las que presuntamente y, en ejercicio de sus funciones, habían incurrido la demandante Doris Marina Acosta Buitrago y otra servidora, por la supuesta sustracción de información de los usuarios que asistían al Consulado de New York, con el fin de suministrarla a la campaña del partido Centro Democrático en las elecciones parlamentarias y presidenciales del año 2014. (01. Fol. 31).

En esa misma fecha, el entonces Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Cancillería, informó al Despacho de la Ministra el haber puesto en conocimiento de quienes vigilaban el proceso electoral en New York, el contenido de la queja elevada, así como el inicio de unas actuaciones preliminares y el contacto con el quejoso para que este ampliara los hechos denunciados. (01. Fol. 32).

Mediante auto del 9 de junio de 2014, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Cancillería dispuso la apertura de la indagación preliminar IP-042-2014, en contra de la demandante y otra ciudadana, se ordenaron las notificaciones, se habilitaron los términos para rendir versión libre, declaración jurada y la ampliación y ratificación de la queja, y se decretaron algunas pruebas documentales (01. Fol.33-34). Esta decisión fue notificada a la demandante el 10 de junio de 2014 (84. Fol. 51)

A través de correo electrónico del 9 de junio de 2014 dirigido al señor Carlos Miguel Martínez (quejoso) se le solicitaron sus datos de contacto con el fin de recepcionar ampliación y ratificación de queja. Solicitud que le fue reiterada el 7 de noviembre de 2014. (084. Fol. 65)

En oficio No. S-GAPT-14-043656 de 1 de julio de 2014 dirigido a la demandante, se le indicó que por Resolución No 4401 de 24 de junio de 2014 expedida por la Ministra de la época, fue nombrada la señora Melissa Cortes Pinzón, en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, código 4850, grado 26, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas



y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia de Nueva York, Estados Unidos, en su reemplazo (10. Fol. 466)

Por medio de Resolución 4401 del 24 de junio de 2014, la Ministra de Relaciones Exteriores nombró con carácter ordinario a la señora Sandra Melissa Cortés Pinzón en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, en reemplazo de la ciudadana Doris Marina Acosta Buitrago; decisión que fue comunicada a esta última el 2 de julio siguiente, para lo cual se le informó que tenía un término de dos meses contados a partir de ese día para realizar la dejación oficial del referido cargo (01. Fols. 5-6).

Ahora bien, dentro de la investigación disciplinaria, se profirió auto de pruebas el 4 de noviembre de 2014 (084, fol. 61). Luego, mediante auto de 16 de febrero de 2015 se reasignó el expediente disciplinario de la accionante a la abogada Sandra Janneth Luna Pascagaza, (084. Fol. 217) y por auto de 3 de noviembre de 2015 se le reasignó el expediente al abogado José Dámaso Hernández Zapata (084. Fol. 219). Mediante memorando de 11 de noviembre de 2015 se comunicó que el proceso disciplinario iniciado contra la señora Acosta Buitrago se encontraba para valoración de las pruebas practicadas en la etapa de indagación preliminar (084. Fol. 223), por auto de 25 de enero de 2016 nuevamente se reasigna el expediente disciplinario de la demandante a la abogada Claudia Patricia Mora Rodríguez (084. Fol. 225), y finalmente se dispuso el archivo definitivo mediante auto del 14 de junio de 2016 (084. Fol. 5-14).

### **3.2 Caso concreto.**

Descendiendo al *sub examine*, la demandante Doris Marina Acosta Buitrago afirma que, la Resolución 4401 del 24 de junio de 2014, por medio de la cual se nombra con carácter ordinario a la señora Sandra Melissa Cortes Pinzón en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26 de la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, en su reemplazo, está viciada de nulidad por desviación de poder.

De las pruebas recaudadas se aprecia que la demandante mediante Resolución No. 4406 de 22 de octubre de 2009 “*por la cual se realizan unas incorporaciones a la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*” fue incorporada a “*la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el Decreto 3358 de 2009, a los siguientes funcionarios de libre nombramiento y remoción*” (...) en el Despacho Jefes de Misiones Diplomáticas y oficinas consulares, Consulado General Central de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América (010. Fol. 366).

Igualmente, obra oficio No.60102 del 27 de octubre de 2009, dirigido a la actora, por medio del cual se le indica “*de acuerdo con su decisión de acogerse*



al régimen salarial y prestaciones establecido en el Decreto 3357 de 2009, le comunico que **ha sido incorporada como funcionaria de libre nombramiento y remoción en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, código 4850, grado 26**, adscrito al Consulado General Central de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 4406 del 22 de octubre de 2009". (010. Fol. 364). (Se resalta).

La parte demandada afirma que el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, al tenor de lo previsto en el literal j del artículo 6 del Decreto 274 de 2000, corresponde a uno de libre nombramiento y remoción, específicamente a un empleo de apoyo en el exterior, respecto al cual la norma predica que tiene "un grado considerable de confianza y confidencialidad".

El A quo, negó las pretensiones de la demanda al considerar que "no se demostró que la demandante desempeñara un cargo de carrera administrativa, como tampoco se evidenció que con su retiro se desmejoró el servicio exterior, o que el acto acusado no satisfizo los presupuestos de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio, como tampoco que la medida adoptada tuvo fines distintos a las normas que contemplan el ejercicio de la facultad discrecional en materia de retiro de los cargos de libre nombramiento y remoción"

Inconforme con lo resuelto, la parte actora apeló la anterior decisión, con los argumentos que a continuación se analizan:

***i) la Naturaleza del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática es de carrera y desconocimiento del precedente judicial aplicable.***

Al respecto, se precisará que, si la demandante no estaba de acuerdo o conforme con la naturaleza del último empleo que ocupó en la cartera ministerial accionada, debió demandar la Resolución No. 4406 de 22 de octubre de 2009, pues en dicho acto se dispuso su incorporación a la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, al cargo de libre nombramiento y remoción denominado Auxiliar de Misión Diplomática código 4850 grado 26. Empero, dicho acto no fue objeto de debate. Con todo, y en aras de resolver la totalidad de los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, la Sala solo en gracia de discusión pasará a pronunciarse sobre ese particular.

Para sustentar este reparo, sostiene que el empleo de Auxiliar de Misión Diplomática que ejerció la demandante, "funcionalmente corresponde a un cargo del nivel asistencial de carrera administrativa en razón a que no se le atribuyó competencia alguna de especialísima confianza y confidencialidad y menos que las funciones fuesen desarrolladas en el estrecho ámbito de cercanía, seguridad e intimidad familiar de la Cónsul de Colombia en Nueva York", desconociendo con



ello el precedente jurisprudencial aplicable a los empleos de apoyo en el exterior.

Pues bien, como se analizó en los párrafos que anteceden, el artículo 6 del Decreto Ley 274 de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”* relaciona los cargos de libre nombramiento y remoción, entre los que se encuentra los previstos en el literal j *“Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el Artículo 7 de este Decreto”*. Definidos a su vez en el artículo 7 *ibidem* como *“aquellos cargos cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad”*.

Como se dijo, el referido articulado fue declarado exequible Sentencia de la Corte Constitucional C-808 de 2001, en la cual se precisó respecto a los empleos de apoyo en el exterior, lo siguiente:

*“(...) Se trata de empleos cuyas funciones son **asistir al Jefe de Misión** en el desempeño de sus funciones, **generalmente en labores domésticas, de mantenimiento de la oficina y residencia y de manejo de correspondencia**. No obstante, su incorporación dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción se justifica por la especial relación de confianza, cercanía, seguridad e intimidad familiar que este personal tiene con el Jefe de misión y su familia (...)*

*Como quiera que el personal de apoyo en el exterior no ejerce funciones propias de la carrera diplomática y consular, **sino cumple tareas de asistencia y ayuda** para el Jefe de Misión y su familia, **cuyo ejercicio cabal depende de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza** (...)*. (Se resalta).

Ahora bien, la Corte Constitucional en la SU 003 de 2018 abordó el análisis de los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, estableciendo 6 criterios para clasificar estos empleos:

*“(...) Según el **primer criterio**, son de libre nombramiento y remoción los empleos “de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices” (literal a) o, como los denomina el literal siguiente, “los altos funcionarios del Estado”. Esta categoría de servidores públicos, en los términos del artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, integra a los empleos públicos de más alto nivel jerárquico al interior de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de los Órganos de Control, en la administración central<sup>[47]</sup> y descentralizada<sup>[48]</sup> del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial<sup>[49]</sup>, y en la administración descentralizada del nivel territorial<sup>[50]</sup>. (...)*  
(...)

De conformidad con el **segundo criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio **implica especial confianza**, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, **asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos**” (literal b). Esta categoría incluye aquellos empleos de “especial confianza” que se encuentran “adscritos” a los despachos de algunos de los órganos que integran la primera categoría (“los altos funcionarios del Estado”) en la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de control del nivel territorial, y en la administración descentralizada del nivel territorial. (...)

47. Según el **tercer criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado” (literal c).

48. De conformidad con el **cuarto criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos” (literal d).

49. Son, también, de libre nombramiento y remoción, según el **quinto criterio**, “los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales” (literal e).

50. Por último, según el **sexto criterio**, son de libre nombramiento y remoción, “Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera” (literal f).”

En esa misma oportunidad, el Alto Tribunal reiteró que en múltiples ocasiones se ha pronunciado acerca del distinto origen constitucional de los empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción. Entre otras, en las sentencias C-023 de 1994, C-195 de 1994, C-514 de 1994 y C-306 de 1995 y SU-539 de 2012, en donde señaló que aquella facultad del Legislador es excepcional, al constituir una limitación a la regla constitucional de la “carrera administrativa”, como forma de ingreso primordial a la función pública y reiteró que:

“(…) un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de si tal definición satisface las siguientes condiciones: (i) **esa denominación tiene fundamento legal**, lo que en el caso de la carrera judicial implica que los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos por

*el legislador de manera expresa, pues se entiende que son de carrera los cargos que no se encuentren previstos en una ley como de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; y, (iii) para el ejercicio del cargo **se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria**, dada la **trascendencia de las tareas encomendadas** (...)*. (Se resalta).

Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un **alto grado de confianza**, justifican la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa<sup>3</sup>.

Ahora bien, el Decreto 3358 de 2009 “*Por el cual se modifica la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores y se dictan otras disposiciones*” prevé en su artículo 2° la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la siguiente manera:

2.1 DESPACHO MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

2.2. DESPACHO VICEMINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

2.3 DESPACHO VICEMINISTRO DE ASUNTOS MULTILATERALES.

2.4 DESPACHO JEFES DE MISIONES DIPLOMATICAS Y OFICINAS CONSULARES. *Encontrándose en el -Nivel Directivo- el empleo denominado “Embajador Extraordinario y Plenipotenciario” y el Consul General Central, Consulado al cual se encontraba adscrito -entre otros- el cargo de AUXILIAR DE VISIÓN DIPLOMÁTICA, Código 4850, grado 26.*

2.5 PLANTA GLOBAL.

Ahora bien, en la **Resolución 4026 del 16 de septiembre de 2009**, “*Por la cual se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*” -actualmente derogada, pero vigente para la época de los hechos-, se prevé la PLANTA DEL DESPACHO DE MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS CONSULARES, iniciando por el NIVEL Directivo, en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, y continúa en ese mismo -NIVEL Directivo- con el empleo denominado Cónsul General Central cuyo propósito principal corresponde “*Proteger los intereses del país y los de sus connacionales, representando al Gobierno Nacional ante los Gobiernos extranjeros, de acuerdo con los lineamientos de la política exterior y normas internacionales*”.

<sup>3</sup> Sentencia SU-539 de 2012

Seguidamente, se encuentra el cargo de auxiliar de Misión Diplomática CÓDIGO 4850 GRADO 26 -que ocupaba la demandante- cuyo propósito principal corresponde “Ejecutar labores de **asistencia administrativa** al Jefe de Misión u Oficina Consular tendientes **a apoyar su gestión** como orientador y coordinador de las actividades propias de la Misión Diplomática u Oficina Consular” (Se resalta) y describe las funciones esenciales así:

“(…)

#### **ÁREA DE OFICINA CONSULAR**

1. Atender público, personal y telefónicamente, para suministrar la información que le sea solicitada sobre los servicios y trámites a cargo del consulado, de conformidad con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular y los procedimientos establecidos.
2. Apoyar al Jefe de la Oficina Consular en la realización de los trámites administrativos para el pago de servicios y proveedores de bienes del consulado, de acuerdo con los procedimientos establecidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
3. Recibir y consignar los valores correspondientes a los recaudos consulares y preparar los respectivos informes financieros, de acuerdo con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular.
4. Efectuar la inscripción de colombianos y custodiar los registros respectivos, de acuerdo con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular.
5. Brindar apoyo administrativo en la preparación y elaboración de los pasaportes y las visas que expida el consulado, de acuerdo con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular.
6. Brindar apoyo administrativo en la expedición de tarjetas de identidad, cédulas de ciudadanía, libretas militares, certificados judiciales y de policía, de acuerdo con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular.
7. Brindar apoyo administrativo en la elaboración de los registros civiles de nacimiento, matrimonio y defunción, de acuerdo con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular.
8. Colaborar con el Jefe de la Oficina Consular en la realización de los trámites relacionados con solicitudes de cooperación judicial internacional, autenticaciones, declaraciones juramentadas, reconocimientos de firmas, presentaciones personales, protocolización de escrituras públicas, certificaciones de nacionalidad, autorizaciones de salida del país de menores, certificaciones y poderes.
9. Actualizar el Sistema Informativo del Servicio Exterior – SISE -, de acuerdo con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular, los procedimientos establecidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y la gestión realizada por el consulado.
10. Realizar y atender llamadas telefónicas y tomar nota de ellas de acuerdo con las instrucciones del Jefe de la Oficina Consular.
11. Mantener actualizado el inventario de bienes del consulado.
12. Coordinar la recepción, clasificación, radicación, envío y archivo de la correspondencia que llegue al Consulado.

13. Redactar documentos y correspondencia de acuerdo con las instrucciones del Jefe de Oficina Consular.

14. Apoyar al Jefe de la Oficina Consular en la elaboración de los informes periódicos que el Consulado deba remitir al Ministerio de Relaciones Exteriores en desarrollo de sus funciones.

15. Llevar el control diario de los compromisos del Jefe de la Oficina Consular, recordarle debidamente sobre ellos y coordinar, de acuerdo con sus instrucciones, las reuniones que deba atender.

16. Informar al Jefe de la Oficina Consular sobre las novedades encontradas en el desempeño de sus funciones.

17. Las demás que le sean asignadas por el Jefe de la Oficina Consular que por su naturaleza sean afines con las descritas en este cargo”.

Las anteriores funciones guardan identidad con las certificadas por la coordinadora de administración de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores (01. Fols. 19-29) aportada por la demandante.

Aunado a lo anterior, obra memorando CG No. 440213 de 10 de junio de 2014, en el cual la cónsul General Central, relacionó las funciones generales -previstas en la Resolución No. 4026 de 2009- y específicas de la demandante, así (84. Fols. 45-48):

- Atender las solicitudes, preguntas y dudas de los connacionales vía correo electrónico, personal y telefónicamente;
- Mantener al día el archivo documental activo del área y participar en la puesta al día del en el aplicativo FOX;
- Participar en el proceso de trámite y expedición de Registros Civiles de Nacimiento, matrimonio y defunción previo el cumplimiento de los requisitos legales por parte de los solicitantes;
- Participar en el proceso de trámite y expedición de la Matrícula Consular previo el cumplimiento de los requisitos legales por parte de los solicitantes;
- Participar en el proceso de elaboración de los documentos de identidad que expide la Registraduría Nacional del Estado Civil, como las tarjetas de identidad y cédulas de ciudadanía por primera vez, duplicado, rectificación o renovación, previo el cumplimiento de los requisitos legales por parte del solicitante;
- Participar en el proceso de elaboración de la libreta militar provisional que expide la Dirección de Reclutamiento del Ejército Colombiano, previo el cumplimiento de los requisitos legales por parte del solicitante;
- Recepcionar, incluir e ingresar en el sistema los envíos que llegan sobre cédulas de ciudadanía y tarjetas de identidad;
- Entregar, cumplimiento las formalidades, los distintos documentos expedidos por el área
- Apoyar las actividades realizadas por el consulados y demás funciones que le sean asignadas por el Cónsul General o el coordinador de área”.





Asimismo, memorando interno de 19 de noviembre de 2014 remitido por la Cónsul de Colombia, Consulado General Central de Colombia en New York, al Cónsul General Central (E), se indicaron las funciones realizadas por la demandante en la Jornada electoral para Congreso y Parlamento Andino del 03 al 09 de marzo de 2014, primera vuelta elecciones presidenciales del 19 al 25 de mayo de 2014 y segunda vuelta de presidenciales, así (84. Fols. 142-143):

***“(...) Jornada Electoral para Congreso y Parlamento Andino del 03 al 09 de marzo de 2014.***

*Durante el mes de febrero de 2014, en aras a conseguir jurados de votación para las jornadas electorales para Congreso y Parlamento Andino a celebrarse en marzo, se repartió una base de datos impresa cuyo contenido era la información de teléfono, dirección e email de potenciales jurados, fraccionada, asignando una parte a cada uno de los funcionarios, contratistas y pasantes de la sede consular.*

*Delegada de la Registraduría para las 2 mesas del puesto de votación “Consulado” ubicado en la sede consular: 10 E 46th Street, New York, NY 10017 el sábado 08 de marzo de 2014, junto con el funcionario del Consulado, el señor Rubén Darío Betancourt. (Ver anexo de copia de Memorando ELE-440069 del 28 de febrero de 2014: 01 folio).*

*Delegada de la Registraduría en el puesto de votación “Consulado” ubicado en la sede consular 10 E 46th Street, New York, NY 10017, el día domingo 9 de marzo de 2014, de acuerdo con información anexa al Memorando EL-440080 enviado por correo electrónico el día 06 de marzo de 2014 a Cancillería y entregada el 07 de marzo a los funcionarios, por ese mismo medio. (Ver anexo: 2 correos electrónicos, 04 folios). Le correspondió actuar en calidad de Delegada de la Registraduría en el segundo piso de la sede consular atendiendo las mesas 14 a la 18.*

*En calidad de Delegada, también le correspondió la función de transmitir a la Registraduría los resultados contenidos en los formularios E-14, de sus mesas asignadas, los días 08 y 09 de marzo de 2014.*

***1° Vuelta Elecciones Presidenciales del 19 al 25 de mayo de 2014***

*Durante el mes de abril de 2014, en aras a conseguir jurados de votación para las jornadas electorales para Presidente y Vicepresidente a celebrarse en mayo, se repartió una base de datos impresa cuyo contenido era la información de teléfono, dirección e email de potenciales jurados, fraccionada, asignando una parte a cada uno de los funcionarios, contratistas y pasantes de la sede consular. (Ver correo electrónico anexo, 01 folio).*



*Mediante Memorando -DITH-14-013791 del 08 de mayo de 2014, la Dirección del Talento Humano asignó funciones a la entonces Auxiliar de Misión DORIS MARINA ACOSTA de jurado de votación para la jornada electoral del 19 al 24 de mayo de 2014, (Ver anexo, 02 folios).*

*En virtud de lo anterior, la funcionaria DORIS ACOSTA sirvió como Jurado de Votación en la Mesa 1 el día lunes 19 de mayo de 2014 y como Jurado de Votación en la Mesa 1 el día 22 de mayo de 2014 en el puesto de votación "Consulado" ubicado en la sede consular 10 E 46th Street, New York, NY 10017. (Se anexa copia de formularios E-18 correspondientes, 01 folio y del correo electrónico del Memorando Interno 05192014, 02 folios).*

*El día sábado 24 de mayo fue una de las funcionarias que recibió el kit electoral del puesto de votación "Consulado" del domingo 25 de mayo que se ubicaría en Manhattan Ballroom Dance en la dirección: 29 West 36th Street, 2nd Fl., New York NY 10018 y el día domingo 25 de mayo sirvió como Delegada de la Registraduría para las Mesas 5 a la 9 en el precitado puesto de votación. (Ver Memorando Interno anexo, enviado colectivamente por correo electrónico el viernes 23 de mayo de 2014 a los funcionarios del Consulado y de Planta Interna que participaron en dicha jornada electoral o en el Consulado de Colombia en New York, 04 folios).*

*En calidad de Delegada de la Registraduría, también le correspondió la función de transmitir los resultados a la Registraduría contenidos en los formularios E-14, de sus mesas asignadas.*

## **2ª Vuelta Elecciones Presidenciales**

*Delegada de la Registraduría de Mesas 1 a la 3 el día lunes 09 de junio de 2014 en el puesto de votación "Consulado" ubicado en la sede consular 10 E 46th Street, New York, NY 10017. (Se anexa correo electrónico del viernes 06 de junio de 2014 enviado colectivamente a los funcionarios del consulado asignando funciones, 01 folio).*

*En calidad de Delegada de la Registraduría, también le correspondió la función de transmitir los resultados a la Registraduría contenidos en los formularios E-14, de sus mesas asignadas"*

En este orden, la Sala acogerá las funciones previamente transcritas con el ánimo de establecer si conforme a ellas, el cargo ocupado por la demandante es de libre nombramiento y remoción o si, como lo considera la recurrente, se trataba de un cargo de carrera, luego su situación administrativa correspondía a la provisionalidad. En consecuencia, se aclarará que no es procedente realizar un análisis de la Resolución 1580 de 2015 "por la cual se actualiza el Manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la Planta de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores" en



tanto dicha norma no se encontraba vigente para la fecha en que la demandante ocupó el cargo de auxiliar de misión diplomática código 4850 grado 26 -que ocurrió desde el 1 de octubre de 2009 hasta el 1 de septiembre de 2014-. En consecuencia, las actualizaciones allí introducidas y que, pretende el recurrente se tomen en cuenta para determinar que el cargo no corresponde a uno de libre nombramiento y remoción, no serán tenidas en cuenta por esta colegiatura.

Ahora bien, en gracia de discusión es de precisar las actualizaciones previstas por la Resolución en mención:

DENOMINACIÓN	CODIGO	GRADO	PAG.
EMBAJADOR EXTRAORDINARIO Y PLENIPOTENCIARIO	0036	25	98
CONSUL GENERAL CENTRAL	0047	25	101
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Misión Diplomática)	4850	26	103
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Oficina Consular)	4850	26	106
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio en Residencia Oficial)	4850	26	109
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio de Conducción)	4850	26	110
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Misión Diplomática)	4850	23	112
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Oficina Consular)	4850	23	114
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio en Residencia Oficial)	4850	23	116
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio de Conducción)	4850	23	118
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Misión Diplomática)	4850	20	120
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Oficina Consular)	4850	20	122
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio en Residencia Oficial)	4850	20	124
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio de Conducción)	4850	20	126
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Misión Diplomática)	4850	18	128
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Oficina Consular)	4850	18	130
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio en Residencia Oficial)	4850	18	132
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio de Conducción)	4850	18	133
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Misión Diplomática)	4850	16	135
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (área de Oficina Consular)	4850	16	137
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio en Residencia Oficial)	4850	16	139
AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA (Servicio de Conducción)	4850	16	140

Sin embargo, tampoco la especificación de las funciones del auxiliar de misión diplomática en área de misión diplomática, de oficina consular, servicio en residencia oficial y servicio de conducción, lleva a inferir que solo estos dos últimos cargos corresponden a aquellos denominados de libre nombramiento y remoción empero los dos primeros (área de misión diplomática y oficina consular) no. Con todo, como se advirtió, dicha actualización no se encontraba vigente ni había sido expedida para la fecha en que la actora se desempeñó en el cargo aquí debatido.

Frente al particular, en el recurso se insiste respecto al cargo de auxiliar de misión diplomática que *“el (la) Ministro(a) de Relaciones Exteriores ha definido cuáles de ellos desarrollan funciones de especialísima confianza y confidencialidad por la cercanía, seguridad e intimidad familiar con el Cónsul o el Embajador como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C-808 de 2001 y ellos son los empleos que están asignados al ÁREA FUNCIONAL: DESPACHO MISIONES DIPLOMÁTICAS SERVICIO EN RESIDENCIA OFICIAL Y SERVICIO DE CONDUCCIÓN, que tienen **exclusivas funciones de servicio doméstico y de***



**conducción de vehículo diplomático**, como se precisa en el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales (Resolución 426 del 16 de septiembre de 2009, derogada por la Resolución 1580 del 16 de marzo de 2015)". (Se resalta).

Sin embargo, tal apreciación es errónea, en principio porque para fundamentar lo anterior el recurrente trae a colación lo previsto en la Resolución 426 del 16 de septiembre de 2009 para el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática código 4850 **grado 16**, en el cual se consignaron las áreas de SERVICIO EN RESIDENCIA OFICIAL y DE SERVICIO DE CONDUCCIÓN, sin embargo, lo cierto es que también se dispusieron ÁREAS DE APOYO A MISIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR y dentro de las funciones esenciales se establecieron además de las propias de residencia oficial y de conducción, aquellas correspondientes al área de misión diplomática y de oficina consular.

Luego, no es cierto como se afirma que los auxiliares de Misión Diplomática código 4850 **grado 16** tengan funciones "**exclusivas de servicio doméstico y de conducción de vehículo diplomático**" y menos aún que de ello de cuenta la Resolución 426 del 16 de septiembre de 2009, pues, por el contrario, como se ve, dichas personas pueden apoyar en la MISIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR, en el ÁREA DE SERVICIO EN RESIDENCIA OFICIAL y DE SERVICIO DE CONDUCCIÓN, sin que dicho manual de manera alguna especifique que estos dos últimos cargos son los únicos que pertenecen a los denominados de libre nombramiento y remoción o excluya de este tipo de nombramiento a quienes apoyaban en la misión diplomática y consular.

Igualmente, insiste la demandante en que "*no se cumple con ninguno de los requisitos a los que se refiere la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado en las sentencias antes relacionadas para considerarse como de libre nombramiento y remoción debiéndose demostrar que funcionalmente la demandante en realidad desarrollaba funciones de servicio doméstico o de conducción de vehículo diplomático, únicas actividades que de conformidad con el Manual de Funciones del Ministerio "comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad" para con el Jefe de Misión Diplomática u Oficina Consular y su familia, por su cercanía, seguridad e intimidad familiar que "requiere de la confianza plena y total"*.

No obstante, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente la C-808 de 2001, se precisó respecto a los empleos de apoyo en el exterior, que "(...) Se trata de empleos cuyas funciones son **asistir al Jefe de Misión** en el desempeño de sus funciones, **generalmente en labores domésticas, de mantenimiento de la oficina y residencia y de manejo de correspondencia**". Continúa señalando el Alto Tribunal que "el personal de apoyo en el exterior no ejerce funciones propias de la carrera diplomática y consular, sino cumple **tareas de asistencia y ayuda** para el



*Jefe de Misión y su familia, cuyo ejercicio cabal depende de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza, se justifica que sea de libre nombramiento y remoción y que no les sean aplicables los principios propios de la carrera diplomática y consular”.*

De manera que, a diferencia de lo argüido por la recurrente, ni del Manual de Funciones previsto en la Resolución 426 del 16 de septiembre de 2009 ni de la jurisprudencia constitucional, se extrae que las únicas funciones de las que se pueda colegir una vinculación de libre nombramiento y remoción - Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión- sea las de conducción y servicio doméstico, pues precisamente la Corte al analizar la naturaleza de dicho tipo de empleos, precisó que sus funciones son de asistir, generalmente en labores domésticas, de mantenimiento de la oficina y residencia y de manejo de correspondencia. Luego, es claro que no definió taxativamente cuáles son las funciones de asistencia para con el jefe de misión, precisando algunas como las de servicio doméstico, mantenimiento de la oficina y residencia y de manejo de correspondencia, sin que hubiera limitado a estas la definición.

Asimismo, conforme a lo explicado por la Corte Constitucional, el personal de apoyo en el exterior cumple tareas de **asistencia y ayuda** para el Jefe de Misión y su familia, cuyo ejercicio cabal depende de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza. Al respecto, es claro, de las funciones transcritas en líneas previas, desarrolladas por la accionante que, si bien no eran labores de servicio doméstico o de conducción, lo cierto es que el propósito de su cargo si era el de asistir al jefe de misión en el desempeño de sus funciones tal y como se consignó en la Resolución 426 del 16 de septiembre de 2009 en el propósito principal del cargo Auxiliar de Misión Diplomática CÓDIGO 4850 GRADO 26 es *“Ejecutar labores de asistencia administrativa al Jefe de Misión u Oficina Consular tendientes a apoyar su gestión como orientador y coordinador de las actividades propias de la Misión Diplomática u Oficina Consular”.*

Adicionalmente, conforme con las documentales allegadas relativas a las funciones realizadas por la demandante en el Área de Oficina Consular si correspondían a la asistencia y apoyo requerido por el Jefe de la Oficina Consular y, en efecto, concuerda esta Sala que el cabal ejercicio de estas dependía *“de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza”* pues no de otro modo la accionante pudo permanecer en dicho cargo por espacio de más de cinco años. En efecto, sea del caso precisar que verificadas las 17 funciones establecidas en el Manual de Funciones, aunado a las certificadas por la cónsul General Central y las realizadas durante unas elecciones parlamentarias y presidenciales del año 2014, es claro que implicaban un grado considerable de confianza y confidencialidad o en términos de la Corte



Constitucional especial relación de confianza que este personal tiene con el Jefe de misión.

Ahora bien, la especial relación de confianza, cercanía, seguridad e intimidad no se puede predicar de la declaración de la señora MARÍA VICTORIA SALCEDO BOLÍVA quien indicó que el *“funcionamiento del relacionamiento con los jefes no incluía ningún tipo de recomendación ni de sugerencia o de injerencia en los nombramientos. El tema de la planta era un asunto por fuera del alcance de los jefes de misión”*, pues a partir de lo anterior, en sentir del recurrente se *“explica claramente que no se está dentro de los cargos que “comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad” para con el Jefe de Misión Diplomática u Oficina Consular y su familia, “por su cercanía, seguridad e intimidad familiar que requiere de la confianza plena y total”*”.

Pues, a juicio de la Sala la confianza, seguridad y cercanía no se predica propiamente de una persona que fue recomendada directamente por el jefe de misión o con su intervención, sino que dichos valores surgen concomitantes al desarrollo del cargo, en palabras de la Corte *“el personal de apoyo en el exterior no ejerce funciones propias de la carrera diplomática y consular, sino cumple tareas de asistencia y ayuda para el Jefe de Misión y su familia, cuyo ejercicio cabal depende de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza”*, es decir, esa especial relación estrecha y cotidiana de confianza va surgiendo en el ejercicio del cargo.

Luego, a juicio de la Sala, las labores certificadas dan cuenta de la asistencia y apoyo al Jefe de Misión en el desempeño de sus funciones, tales como la realización de los trámites administrativos para el pago de servicios y proveedores de bienes del consulado, atender público personal y telefónicamente para suministrar la información que le sea solicitada sobre los servicios y trámites a cargo del consulado, de manejo de documentos y correspondencia, preparación y elaboración de documentos de identidad, pasaportes y visas, atender llamadas y, recibir y consignar los valores correspondientes a los recaudos consulares -entre otras-.

Durante la jornada electoral para Congreso y Parlamento Andino del 03 al 09 de marzo de 2014, se le repartió una base de datos impresa cuyo contenido era la información de teléfono, dirección de email de potenciales jurados, fue delegada de la Registraduría para los dos meses del puesto de votación *“Consulado”* y transmitió a la Registraduría los resultados obtenidos en los formularios E-14 de sus mesas asignadas. Igualmente, durante la 1era vuelta de elecciones presidenciales del 19 al 25 de mayo de 2014, se le repartió una base de datos en aras de conseguir jurados de votación, en calidad de delegada de la Registraduría también le correspondió la función de transmitir

los resultados a dicha entidad contenidos en los formularios E-14 función que también repitió en la segunda vuelta de elecciones presidenciales.

En consecuencia, la Sala considera que las funciones realizadas por la demandante si cumplen con los presupuestos legales y jurisprudenciales de un cargo de libre nombramiento y remoción, concretamente aquellos denominados como de apoyo en el exterior, por cuanto de conformidad con lo previsto en la sentencia C 808 de 2001 cumplió tareas de asistencia y ayuda para el Jefe de Misión, cuyo ejercicio cabal dependió de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza que se mantuvo por espacio de cinco años. Igualmente, se respetó la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional<sup>4</sup> que prevé *“los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la **naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple**”*<sup>5</sup>, pues las funciones realizadas por la actora implicaban un alto grado de confianza y por ende demandaban un mayor grado de reserva por la exfuncionaria.

En consecuencia, si bien el artículo 125 Constitucional establece el régimen de carrera como regla general del acceso a cargos públicos y sistema técnico de administración del talento humano, para (i) la consecución de finalidades institucionales y, además, para (ii) la garantía de derechos fundamentales<sup>6</sup>. Lo cierto es que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 125 de la Constitución, los empleados públicos, una de las especies del género “servidor público”, pueden ser (i) de carrera, (ii) de elección popular o (iii) de libre nombramiento y remoción. Así, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-539 de 2012, señaló que la facultad del Legislador de determinar cuáles cargos debían exceptuarse del régimen general de carrera administrativa es excepcional, al constituir una limitación a la regla constitucional de la “carrera administrativa”, como forma de ingreso primordial a la función pública. En efecto, dispuso:

*“Sin embargo, en virtud de la propia Constitución, los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de esa regla general. Ahora bien, la validez constitucional de definir un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de si tal definición satisface las siguientes condiciones: (i) esa denominación tiene fundamento legal, lo que en el caso de la carrera judicial implica que **los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos por el legislador de manera expresa**, pues se entiende que son de carrera los cargos que no se encuentren previstos en una ley como de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u **orientación institucional**; y, (iii) **para el***

<sup>4</sup> Sentencia C-514 de 1994

<sup>5</sup> Sentencia SU003-18

<sup>6</sup> Sentencia C-102-22

***ejercicio del cargo se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, dada la trascendencia de las tareas encomendadas***". (Se resalta)

Y, de manera más reciente, la Alta Corporación ha dicho *"Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral"*<sup>7</sup>. (Se resalta). En el presente caso, como se dijo el Decreto 274 de 2000 *"Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular"* previó expresamente los cargos de libre nombramiento y remoción, entre los que se encuentran los *"Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión"* a quienes se les definió como aquellos cargos cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad.

En consecuencia, las funciones asignadas a la demandante *implicaban especial confianza pues eran asistenciales o de apoyo, se encontraba al servicio directo e inmediato de un alto funcionario al pertenecer su cargo a la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado de Colombia en Nueva York, Estados Unidos, justificándose en este caso la excepción a la regla general de ingreso por concurso a la carrera administrativa.*

De otra parte, en el recurso se cita una sentencia del Consejo de Estado<sup>8</sup>, que en sentir de la demandante es *"similar"* al presente asunto, no obstante analizado el pronunciamiento se aprecia que en dicha oportunidad se analizó el cargo de Auxiliar Administrativo 8 PA y las funciones asignadas que si bien en algunas se asemejan a las de la aquí actora, en todo caso no son idénticas aunado a ello porque como se analizó la demandante también desarrolló funciones de especial confianza en las elecciones para Congreso y Parlamento Andino del 03 al 09 de marzo de 2014 y las presidenciales (primera y segunda vuelta) del año 2014, situación que no ocurrió en la sentencia citada en el recurso. Por estos motivos, la Sala se aparta del análisis efectuado en esa oportunidad por el Consejo de Estado, dado que no se trata de la misma situación jurídica, y menos aún se valora o analiza el cargo que ocupaba la demandante con las funciones concretas que desarrolló.

Al respecto, el *precedente judicial* alude a que un caso ya ha sido resuelto en el pasado y sirve como referente para que se decidan otros conflictos

<sup>7</sup> Sentencia SU003-18

<sup>88</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, C. P. Dr. Darío Quiñones Pinilla, de fecha 11 de diciembre de 2003, Radicación número 11001-03-28-000-2003-0003-01(3082)

semejantes. Ese precedente, por su pertinencia, debe ser considerado por el juez al momento de decidir el nuevo caso. Por lo anterior, su aplicación busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma y, consecuentemente, se garantice el debido proceso del ciudadano<sup>9</sup>.

Para el Consejo de Estado<sup>10</sup> puede plantearse la transgresión del precedente si se demuestra: (i) la existencia de una o varias decisiones judiciales que guardan **identidad** fáctica y jurídica con el caso en que se solicita su aplicación; (ii) que tales decisiones eran **vinculantes** para la autoridad judicial demandada, tanto por ser el precedente vigente, como por tener la fuerza vinculante suficiente; (iii) que la decisión judicial que se cuestiona en sede de tutela es contraria al precedente vinculante, (iv) y que el juez de instancia **no presentó una justificación razonable** para apartarse del precedente vinculante.

Al referirse al defecto por desconocimiento del precedente, y los requisitos para apartarse válidamente del mismo, la Corte Constitucional ha precisado que deben cumplirse con los requisitos de transparencia y suficiencia, en virtud de los cuales, el juez de la causa no solo debe identificar y referirse a la decisión judicial de la que se aparta, sino también explicar los motivos por los que decide apartarse del precedente existente; evento en el cual, es insuficiente ofrecer argumentos en un sentido contrario al del precedente, pues además se debe demostrar, con argumentos sólidos, que el precedente vigente no es válido, correcto o suficiente para resolver el caso sometido a decisión<sup>11</sup>.

Sin embargo, la decisión del Consejo de Estado aludida por el recurrente, no guarda **identidad** fáctica y jurídica con el presente caso, pues bien refiere el apelante se trata de un asunto *similar* y cuando se plantea la transgresión del precedente, es menester que exista el referido presupuesto -de identidad-, sin embargo, como se ha dicho el caso que abordó en su oportunidad la Alta Corporación hacía referencia a otro empleo con algunas funciones similares, pero con otras diferentes y especiales. De manera que, no es posible predicar la transgresión del precedente, pues, no se probó el primer supuesto que remite a “(i) *la existencia de una o varias decisiones judiciales que guardan **identidad fáctica y jurídica con el caso en que se solicita su aplicación***”. Con todo, debe señalarse que la Corte Constitucional ha fijado los requisitos para apartarse válidamente del mismo, esto es, debe cumplirse con los requisitos

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 23 de abril de 2014. Expediente No. 11001-03-15-000-2013-02625-00. C.P. Jorge Octavio Ramírez

<sup>10</sup> Ibidem

<sup>11</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejera Ponente: Myriam Stella Gutiérrez Argüello Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023) Referencia Acción de tutela Radicación 11001-03-15-000-2023-00743-00

de transparencia y suficiencia, correspondiéndole al juez de la causa explicar los motivos por los que decide apartarse del precedente existente.

Demostrado como está que el cargo que ocupó la demandante correspondía a uno de libre nombramiento y remoción, es preciso señalar que la administración no estaba en la obligación de motivar el acto tácito de retiro, como se pasará a analizar.

***De la motivación de la insubsistencia tácita.***

Como se indicó en líneas previas, al hallarse demostrado que la accionante ocupó un cargo de libre nombramiento y remoción, no se encontraba obligada a motivar el acto de insubsistencia tácito. El cargo de la apelante consistente en el deber de motivación de actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, no tiene vocación de prosperidad, en tanto -se itera- a juicio de esta Colegiatura el cargo que ocupó la actora corresponde a uno de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, es de indicarse respecto a la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción<sup>12</sup>:

*“(…) La Corte Constitucional<sup>9</sup> estableció que bien sea por la alta confianza o por las especiales funciones, se justifica que exista un tratamiento distinto en la aplicación de los fueros de estabilidad respecto del que tienen los empleados de carrera, lo que se concretó en el texto del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, en dónde se estableció la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción 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;***

*(…)*

**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”.*

<sup>12</sup> Sentencia 2016-00693 de 2021 Consejo de Estado



Asimismo, el Consejo de Estado ha indicado que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado<sup>13</sup>:

*“(...) Como se puede apreciar, el legislador previó una excepción a la regla general de motivación de los actos administrativos de remoción de los empleados que pertenecen a esta última categoría.*

*Es necesario precisar que el contenido de la disposición no equivale a una autorización del legislador para que la administración obre de manera arbitraria.*

*En ese sentido, esa facultad discrecional se debe ejercitar de acuerdo con **criterios mínimos de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad**, y enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general<sup>10</sup>, en los términos del Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, el cual constituye un límite a la facultad discrecional de remoción”.*

De conformidad con lo anterior, la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, pese a lo anterior, ello implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados, en palabras de la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad<sup>14</sup>.

### ***Desviación de poder***

Pues bien, en el recurso de alzada, y para sustentar el cargo de desviación del poder, la parte demandante indica que *“Con la prueba documental se demostró que tanto la señora Ministra, MARÍA ÁNGELA HOLGUÍN CUELLAR, como su Secretaria Privada, ANYUL MOLINA SUÁREZ, y el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, doctor ELÍAS ANCÍZAR SILVA ROBAYO, recibieron la queja del señor CARLOS MIGUEL MARTÍNEZ, y el accionar de los funcionarios fue de inmediato”,* queja a la que se le dio importancia alta. Luego, censura el recurrente la *“premura por iniciar la indagación preliminar, cuya actividad sólo duró dos días, 9 y 10 de junio de 2014, quedó completamente quieta hasta el día 4 de noviembre de 2014 cuando se ordenaron pruebas de oficio (hoja 61 del documento 084RESPUESTAREQUERIMIENTO). Pero por otro lado, la demandante estaba siendo retirada del servicio a penas 14 días después de la queja”.*

Como se indicó en el acápite correspondiente a los hechos probados, se encuentra acreditado que en efecto el 9 de junio de 2014 el señor Carlos Miguel Martínez, remitió mensaje de datos a los entonces, Ministra de

<sup>13</sup> Ibid

<sup>14</sup> Sentencia T-372 de 2012

Relaciones Exteriores (María Ángela Holguín Cuéllar), Secretario General del Ministerio (Elías Ancizar Silva Robayo) y Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno (Carlos Alberto Rodríguez Córdoba) de esa cartera; solicitando adelantar, con carácter urgente, las acciones necesarias respecto de las conductas en las que presuntamente y, en ejercicio de sus funciones, habían incurrido la demandante Doris Marina Acosta Buitrago y otra servidora, por la supuesta sustracción de información de los usuarios que asistían al Consulado de New York, con el fin de suministrarla a la campaña del partido Centro Democrático en las elecciones parlamentarias y presidenciales del año 2014. (01. Fol. 31).

En consecuencia, se tiene que la accionante censura la alta prioridad y trámite inmediato que se dio a la queja remitida por el ciudadano Carlos Miguel Martínez, por la supuesta sustracción de información de los usuarios que asistían al Consulado de New York, con el fin de suministrarla a la campaña del partido Centro Democrático en las elecciones parlamentarias y presidenciales del año 2014, pero una vez se inició la indagación preliminar, la posterior actuación que corresponde al auto de pruebas acaeció hasta el 4 de noviembre de 2014 y finalmente se archivó el expediente el 14 de junio de 2016.

Al respecto, se dirá que conforme al artículo 70 de la Ley 734 de 2002 vigente para la época de los hechos, actualmente recogido en el artículo 87 del Código Disciplinario único, Ley 1952 de 2019, *“el servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, si fuere competente, **iniciara inmediatamente la acción correspondiente**. Si no lo fuere, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere”*. (Se resalta). Luego, al tenor de la norma transcrita, resulta lógico y coherente que de manera inmediata al recibirse la queja a las direcciones electrónicas de la entonces Ministra de Relaciones Exteriores (María Ángela Holguín Cuéllar), Secretario General del Ministerio (Elías Ancizar Silva Robayo) y Jefe de Oficina de Control Disciplinario Interno (Carlos Alberto Rodríguez Córdoba) se procediera a su remisión a la autoridad competente.

En efecto, se aprecia que el mismo día de la interposición de la queja, esto es, el 9 de junio de 2014, el entonces Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Cancillería informó al Despacho de la Ministra el haber puesto en conocimiento de quienes vigilaban el proceso electoral en New York, el contenido de la queja elevada, así como el inicio de unas actuaciones preliminares y el contacto con el quejoso para que ampliara los hechos denunciados. En consecuencia, como se ve, la norma dispone el inicio inmediato de la acción correspondiente, lo que guarda sentido si se tiene en cuenta que, mediante auto del 9 de junio de 2014, el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Cancillería dispuso la apertura de la

indagación preliminar IP-042-2014, en contra de la demandante y otra ciudadana.

Si bien es cierto, como se afirma en el recurso, entre el auto de indagación preliminar -9 de junio de 2014- y el auto de pruebas - 4 de noviembre de 2014- transcurrieron poco más de 5 meses de inactividad, durante ese interregno se expidieron unos memorandos internos *verbi gratia* el CG No. 44213 de 10 de junio de 2014 (84. Fol.45), memorando I-OCDI-14-022519 de 30 de julio de 2014 (84. Fol. 55), con el fin de recaudar material probatorio documental en la actuación.

Ahora bien, el anterior Código Disciplinario -Ley 734 de 2002- disponía en el artículo 150 la procedencia de la indagación preliminar “*en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria*” y preveía “*una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura*”. Si bien, es cierto la administración se excedió en dicho término, puesto que una vez profirió el auto de pruebas -el 4 de noviembre de 2014-, solo mediante auto del 14 de junio de 2016 se dispuso el archivo definitivo. Lo cierto, es que en principio se observa que, no fue posible el contacto con el quejoso para que ampliara la queja presentada pese a que se le requirió en dos oportunidades, aunado a ello, se realizaron movimientos internos en la consecución de pruebas documentales y con posterioridad al auto de pruebas la investigación disciplinaria fue reasignada en por lo menos tres oportunidades, sin que se demuestre en todo caso un actuar arbitrario, en este caso, procediendo al archivo definitivo de la queja.

Igualmente, sea el momento de precisar que la remoción de la demandante no quedó condicionada al hecho de que se haya iniciado una investigación en su contra ni a la respectiva decisión. Al respecto, es necesario considerar el análisis que sobre este aspecto ha realizado el Consejo de Estado<sup>15</sup>, el cual, ha diferenciado la facultad discrecional con que está investida la autoridad pública, de la potestad disciplinaria. En los siguientes términos:

*“(…) Así, los presuntos actos de corrupción que se endilguen a los servidores públicos, entre otros, son de la cuerda del proceso disciplinario, porque todo comportamiento de esta naturaleza es atentatorio de “la imagen institucional”, está implícito en toda falta disciplinaria y, por ello, si no se afecta el servicio, someterlos al rigor de la discrecionalidad desconoce que el dolo y la culpa deben probarse en contra del sujeto disciplinado.*

*Dentro de este contexto, ha sido enfática ésta Corporación en señalar, que la facultad discrecional con que está investida la autoridad*

<sup>15</sup> Consejo de Estado, sentencia del 04 de septiembre de 2008, exp. No. 2002-00173-01 (293-2008), actor: Luis Eduardo Manotas Morales, Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

**pública, es diferente a la potestad disciplinaria o penal y que una y otra, no se suspenden en su ejercicio, pues de ser así, se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una falta disciplinaria otorgara estabilidad, planteamiento que reñiría con la ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública, más tratándose del potencial humano en la Policía Nacional, institución que tiene a su cargo el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, para garantizar que los habitantes convivan en paz.**

**Además, no puede afirmarse que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penalmente la institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso<sup>16</sup>. (Se resalta)**

Ahora bien, refiere la demandante que “La candidata SANDRA MELISSA CORTES PINZÓN, allegada al Secretario General, fue propuesta como reemplazo”, sin embargo, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio, así lo ha sostenido el Consejo de Estado:

*“(…) La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma **inmotivada, sin procedimientos o condiciones**, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal **presunción surge de la aplicación del principio de legalidad**, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”. El **fenómeno de desviación de poder** se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa **no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico**; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en **razones del buen servicio**. Sin embargo es pertinente afirmar por parte de la Sala, que demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la **convicción plena de que la intención de quien***

<sup>16</sup> Sentencia de 25 de noviembre de 2010, dentro del proceso radicado con el No. 0938-10 con ponencia del Consejero Dr. Víctor Alvarado Ardila

***profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión(...)*** (Se resalta).

Ahora bien, la Sala encontró acreditado que la investigación disciplinaria adelantada contra la actora fue archivada definitivamente, sin embargo, una vez se puso en conocimiento la queja sobre la supuesta sustracción de información de los usuarios que asistían al Consulado de New York, con el fin de suministrarla a la campaña del partido Centro Democrático en las elecciones parlamentarias y presidenciales del año 2014, es claro que el grado de especial confianza que se tenía a la accionante quien ocupaba un cargo que exigía tal presupuesto, se vería mermado -independientemente que fuera infundada “falsa o temeraria”, la Sala acepta una posible incertidumbre y pérdida de confianza máxime cuando para las elecciones del Congreso y Presidenciales del año 2014 la actora realizó funciones de delegada de la Registraduría en el puesto de votación “Consulado”, contó con bases de datos en aras de conseguir jurados de votación y transmitía a la Registraduría los resultados contenidos en los formularios E-14, de sus mesas asignadas. Aunado a ello, la administración no se encontraba obligada a esperar las resultados de la investigación para adoptar la decisión de retirar a la actora, siendo razonable en este caso una posible pérdida de confianza en la accionante pilar indispensable para el ejercicio de las funciones asignadas.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-686 del 11 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, señaló:

***“3.8.4. Así las cosas, tal como se ha expuesto en los capítulos anteriores, siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la administración de por terminada la relación laboral con el empleado público y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público. En ese entendido, cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de actuaciones del servidor que contribuyeron a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder”.***

Adicionalmente, tampoco se demostró que con el reemplazo de la accionante por la señora Sandra Melissa Cortes Pinzón se haya desmejorado el servicio, pues verificadas las documentales allegadas visibles en el archivo 77 del expediente híbrido la referida señora acreditó formación como Abogada (fol.



25) e Internacionalista (fol. 28), y estuvo vinculada con la Cancillería entre marzo de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012 (fol. 31) y desde el 18 de enero de 2013 a 30 de junio de 2014 (fol. 33), mediante contrato de prestación de servicios para asesorar a esa cartera en asuntos migratorios, consulares y de atención al ciudadano colombiano residente en el exterior. En este sentido, la Sala advierte que el perfil académico de la señora Cortes Pinzón es superior al de la accionante, quien no acreditó formación completa en pregrado. Luego, es dable presumirse que, con el reemplazo, si se buscó el mejoramiento del servicio.

También, discute la demandante que existieron dos nombramientos realizados a la señora Sandra Melissa Cortes Pinzón, uno mediante la Resolución No. 4401 del 24 de junio de 2014 en su reemplazo y el otro mediante Resolución 4387 del 24 de junio de 2014. Aunado a que *“no reposa su carta de renuncia al cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores y la correspondiente resolución de aceptación de la misma, como requisito indispensable para poder posesionarse en el cargo de AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOÁTICA, CÓDIGO 4850, GRADO 26”*.

Frente a este particular, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra acreditado que en efecto por medio de Resolución 4401 del 24 de junio de 2014, la Ministra de Relaciones Exteriores nombró con carácter ordinario a la señora Sandra Melissa Cortés Pinzón en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, en reemplazo de la ciudadana Doris Marina Acosta Buitrago; y Mediante Resolución 4387 del 24 de junio de 2014, en el cargo de Segundo Secretario Código 2114 Grado 15 de la Planta Global de la Cancillería.

Asimismo, por Resolución 4514 del 1° de julio de 2014, la Cancillería otorgó una comisión de servicios a Sandra Melissa Cortés Pinzón entre el 1° y el 15 de ese mismo mes y año, con el fin de trasladarse a Río de Janeiro - Brasil, prestar apoyo en el Consulado Móvil ubicado en esa ciudad y atender a los colombianos que allí residieran (77. Fol. 56). El 16 de julio de 2014, la señora Sandra Melissa Cortés Pinzón solicitó la prórroga para la toma de posesión del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850 Grado 26, tomando en cuenta la necesidad de culminar y entregar los asuntos que tenía asignados como contratista (77. Fol. 77); solicitud que fue resuelta mediante Resolución 5023 del 18 de julio de 2014, en la cual se concedió hasta el 2 de septiembre siguiente para tales efectos (77. Fol. 76).

Clarificado lo anterior, si bien la Sala evidencia dos nombramientos realizados el mismo día, lo cierto es que la señora Cortés Pinzón se le otorgó comisión de servicios por un término de 15 días y posteriormente se le concedió prórroga para la toma de posesión del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática

hasta el 2 de septiembre de 2014. Sin que se aprecie la posesión simultánea en dos empleos. Con todo, como se sostuvo por el *A quo* tal actuación administrativa no es objeto de debate dentro de este medio control.

Finalmente, expone la apelante *“aún en el supuesto de que se tratase de un cargo de libre nombramiento y remoción, el precedente jurisprudencial relativo al ejercicio de esta facultad, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se concreta en lo dispuesto en el artículo 26, del Decreto Ley 2400 de 1968, que resumo en estas palabras de la Corte Constitucional: el acto administrativo de desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción “no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público”.*

Frente a tal particular, la Sala trae a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado en el que al abordar el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, precisó<sup>17</sup>:

*“(…) Por su parte, el Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 determinó que si bien es cierto se puede declarar insubsistente un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción sin motivación, debe dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.*

*Este Artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa «sin motivar la providencia», lo encontró executable sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, con base en los siguientes argumentos:*

*«En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.*

*(…)*

*9. El Artículo 26 del decreto (sic) Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar*

<sup>17</sup> Sentencia 2016-00693 de 2021 Consejo de Estado

constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del Artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

(...)

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma»<sup>12</sup>.

Ahora bien, esta Corporación ha señalado que la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público **no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia, por lo que su omisión no puede generar la nulidad del mismo sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber**<sup>13</sup>.

Luego, en el evento en que **no se deje la constancia en la respectiva hoja de vida**, el servidor puede solicitar a la administración que proceda a cumplir con el contenido del Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, **pero su ausencia no constituye un vicio del acto administrativo en el que se adoptó la decisión.**

En consecuencia, **pese a que en el caso concreto no se dejó constancia en la hoja de vida** de cuáles fueron los motivos que dieron lugar a la remoción, ya que, como se evidencia en las pruebas que obran el expediente, con posterioridad a la expedición del Decreto 160 de 2016 tan solo se adjuntó la Resolución 131 de 9 de febrero de 2016<sup>14</sup> en la que

se liquidaron las prestaciones sociales definitivas de Luz Miryam Díaz, **ello no da lugar a la nulidad del acto administrativo demandado**, pues así lo ha señalado esta sala, tal como se expuso anteriormente”. (Se resalta).

Bajo esta perspectiva, es claro que en el presente asunto tampoco existe evidencia de que se haya dejado constancia en la hoja de vida de los motivos que dieron lugar a la remoción; sin embargo, a voces de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ello no tiene la virtud de invalidar el acto, o dar lugar a su nulidad, luego en el evento en que no se deje la constancia en la respectiva hoja de vida, el servidor puede solicitar a la administración que proceda a cumplir con el contenido del Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, pero -se itera- su ausencia no constituye un vicio del acto administrativo en el que se adoptó la decisión.

Igualmente, como se determinó que el cargo que ocupó la accionante corresponde a uno de libre nombramiento y remoción, la jurisprudencia citada en el recurso, respecto a la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, no resulta aplicable en el *sub examine*.

Es así como la decisión de declarar la insubsistencia tácita del nombramiento de la demandante, se encuentra cobijada con la presunción de legalidad, correspondiéndole a la demandante el deber de fundamentar y probar su decir en el proceso, esto es, cualquiera de las causales de anulación para desvirtuarlo. Empero, ello no acaeció en el presente asunto.

#### **8. De la condena en costas.**

En cuanto a la **condena en costas**, entendidas estas como la erogación económica que debe pagar la parte que resulte vencida en un proceso judicial, las cuales están conformadas por, i) Las expensas, que corresponde a los gastos surgidos con ocasión del proceso y ii) Las agencias en derecho, que no son más que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte contraria, se tiene que, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 dispuso un cambio en su regulación.

Acorde con lo anterior, **la Sala no condenará en costas**, pues se advierte que, tanto la demanda como la contestación se fundaron en las disposiciones legales que consideraban aplicables al caso concreto. Adicionalmente, de conformidad con el numeral 8 del artículo 345 del CGP, se advierte que no existen pruebas que permitan inferir que se incurrieron en las mismas.



Radicado: 11001-33-35-026-2015-00017-03  
Demandante: Doris Marina Acosta Buitrago

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "D"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado veintiséis (26) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

**TERCERO:** En firme la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, dejando las constancias del caso.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Para consultar el expediente, ingrese al siguiente link temporal: [https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/abecerra\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/EnGvsYS8EzILqcyg5g1UnMsBlz8uKoxDYBt\\_a3xFabjKsw?e=gDzMfK](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/abecerra_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnGvsYS8EzILqcyg5g1UnMsBlz8uKoxDYBt_a3xFabjKsw?e=gDzMfK)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA**  
Magistrada

  
**CERVELEÓN PADILLA LINARES**  
Magistrado

  
**ISRAEL SOLER PEDROZA**  
Magistrado

AB/LMTG