



Radicación: 11001 03 15 000 2022 05308 01
Accionante: Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2022-05308-01
Accionante: JAIRO RAÚL CLOPATOFSKY GHISAYS
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Tesis: No vulnera los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital la aceptación de la renuncia presentada por un embajador al finalizar el gobierno bajo el cual desempeñó la misión diplomática.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación presentada por el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays en contra del fallo de tutela proferido el 2 de febrero de 2023 por la Subsección A, Sección Segunda, del Consejo de Estado.

1. SÍNTESIS DEL CASO

El accionante promovió acción de tutela en contra de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y Presidencia de la República, y para ello formuló las siguientes pretensiones¹:

"[...] PRIMERA: Conceder la tutela a favor de JAIRO RAUL CLOPATOFSKY GHISAYS de sus derechos constitucionales a la estabilidad reforzada por su condición de vulnerabilidad manifiesta, al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital, que se verá vulnerados inevitablemente a partir del 1

¹ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



de octubre de 2022, fecha a partir de la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores aceptó la renuncia protocolaria al cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, código 0036, grado 25, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Jamaica.

SEGUNDA: Ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores inaplicar el artículo 91 del Decreto Ley 274 de 2000 a la situación administrativa de JAIRO RAUL CLOPATOFSKY GHISAYS, tener por no válida la carta de renuncia presentada en cumplimiento de esta norma y, en consecuencia, dejar sin efecto alguno el Decreto 1888 del 14 de septiembre de 2022.

TERCERA: Ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores el reintegro inmediato de JAIRO RAUL CLOPATOFSKY GHISAYS, al cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, código 0036, grado 25, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Jamaica, o a otro de similar jerarquía hasta octubre de 2023, fecha en que quedará garantizado del derecho a la fuente de ingresos generada en el reconocimiento al derecho a pensión.

CUARTA: Ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores pagar a JAIRO RAUL CLOPATOFSKY GHISAYS salarios y prestaciones, sin solución de continuidad. [...]". (Resaltado y mayúsculas del original).

2. SITUACIÓN FÁCTICA

El accionante informó que, al momento de presentación de esta acción de tutela, se encontraba desempeñando el cargo de embajador extraordinario y plenipotenciario, código 0036, grado 25, de la planta de personal del despacho de los jefes de misiones diplomáticas y oficinas consulares, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno de Jamaica.

Sostuvo que el 4 de agosto de 2022, en cumplimiento del artículo 91 del Decreto 274 de 2000 y en contra de su voluntad, presentó, ante el anterior Presidente de la República, Iván Duque Márquez, renuncia protocolaria al cargo que venía desempeñando.

Afirmó que el 29 de agosto de 2022 dirigió ante el actual Presidente de la República una solicitud con el fin de que se le permitiera permanecer en



el cargo que desempeñaba o en otro de igual jerarquía, hasta octubre de 2023, fecha para la cual cumpliría los requisitos para el reconocimiento de la pensión. Fundamentó la petición en la garantía de estabilidad reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Anotó que, mediante Decreto 1888 del 14 de septiembre de 2022, el ministro de Relaciones Exteriores le aceptó la renuncia protocolaria a partir del 1 de octubre de 2022, decisión que le fue informada por correo electrónico el 19 de septiembre de 2022, en el que, además, se le solicitó entregar el cargo de conformidad con lo establecido en la Resolución 3711 del 18 de junio de 2015, con la advertencia de la aplicación de sanciones en caso de no hacerlo.

Señaló que, a causa de un accidente de tránsito ocurrido el 26 de diciembre de 1982, quedó con parálisis de la mitad inferior del cuerpo y que, tras un esfuerzo de rehabilitación, pudo llevar a cabo una carrera profesional y una vida laboral.

Aseveró que desde que comenzó a desempeñar el cargo de embajador de Jamaica, él y su núcleo familiar tenían garantizada la atención en salud con la póliza colectiva nro. 23029462, tomada por el Ministerio de Relaciones Exteriores con Allianz Seguros de Vida S.A., pero que dicha empresa le notificó el retiro de la póliza colectiva.

Indicó que tiene a su cargo el sostenimiento y manutención de su esposa y de su hijo, que nació el 24 de octubre de 2005, y que cuenta con nacionalidad española.

Manifestó que con los ingresos provenientes de su trabajo asume costos, como el arrendamiento de un inmueble en donde viven su esposa e hijo por un valor de €600 euros; costos de estudios de su hijo, y la cuota mensual de un crédito para adquisición de vivienda por valor de



\$9.995.000 con el Banco Davivienda. Precisó que no tiene ingresos distintos a los generados en su trabajo.

Respecto a la procedencia de la acción de tutela, expresó que se encuentra legitimado para presentarla por ser el titular de la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada por su condición de debilidad manifiesta y de los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social y mínimo vital.

Advirtió que el requisito de subsidiariedad se cumple toda vez que los mecanismos judiciales previstos en la ley no son eficaces para poner fin al perjuicio irremediable generado a partir del 1 de octubre de 2022.

Expresó que el perjuicio irremediable "(...) se concretará con el cumplimiento de la resolución de renuncia, pues con ello se elimina la única fuente de ingresos con la que cuenta el accionante para atender las necesidades propias de la condición de debilidad manifiesta que padece y sus necesidades básicas y las de su familia, por lo que la única manera de que el perjuicio cese es que se ordene el reintegro como mínimo hasta octubre de 2023, fecha en que reunirá los requisitos para pensión (...)".

Precisó que, aunque fue vinculado al cargo de embajador de Jamaica como empleado de libre nombramiento y remoción, "(...) él goza del amparo constitucional de estabilidad laboral reforzada por estar desempeñando el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, código 0036, grado 25, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Jamaica, que es un cargo que no se encuentra relacionado en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, que de acuerdo con jurisprudencia unificada son los cargos que no gozan de estabilidad laboral reforzada (...)".



Anotó que la protección constitucional de estabilidad laboral reforzada lo cobija por tratarse de una persona en condición de discapacidad por paraplejia y que es titular del derecho a que se le respete la permanencia en el empleo, máxime cuando tiene la capacidad laboral para desempeñar el cargo en el que fue nombrado. Como fundamento de ello citó la sentencia T-041 del 4 de febrero de 2019 proferida por la Corte Constitucional.

Mencionó que la protección de los derechos fundamentales invocados y la primacía de las normas constitucionales que garantizan dichos derechos, obligan a inaplicar el artículo 91 del Decreto 274 de 2000 y a reconocer la ineficacia de la carta de renuncia y la falta de fundamento fáctico del Decreto 1888 del 14 de septiembre de 2022, al aceptar una renuncia que no es voluntaria y que, a su juicio, termina siendo un despido.

Expuso que en virtud del artículo 13 de la Constitución Política, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe a los empleadores despedir a sus trabajadores en condición de discapacidad, a menos que cuenten con la autorización de la oficina de trabajo.

Precisó que, aunque la entidad empleadora no expidió un acto administrativo de despido, la aceptación de una renuncia contraria a su voluntad reviste las características propias de un despido.

3. TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Las actuaciones más relevantes fueron las siguientes:

3.1. Por auto del 4 de octubre de 2022² el Juzgado 44 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá ordenó remitir el expediente a

² Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



esta Corporación por considerar que la acción de tutela también estaba dirigida en contra de la Presidencia de la República.

3.2. El conocimiento del asunto le correspondió a la Subsección A, Sección Segunda, del Consejo de Estado, despacho del Consejero de Estado Rafael Francisco Suárez Vargas, que, por auto del 7 de octubre de 2022³, inadmitió la petición de amparo con el fin de que se aclarara si también se encontraba dirigida en contra de la Presidencia de la República y, además, para que la parte actora o su abogado aportara el poder especial con el lleno de los requisitos legales.

3.3. Mediante correo electrónico remitido a la Secretaría General de esta Corporación el 12 de octubre de 2022⁴, la parte actora señaló que la acción de tutela también se dirigía contra la Presidencia de la República por no haber dado respuesta de fondo a la solicitud de permanencia en el cargo presentada el 29 de agosto de 2022.

3.4. Por auto del 20 de octubre de 2022⁵, la Subsección A, Sección Segunda, del Consejo de Estado, requirió a la parte actora o a su abogado para que aportara un nuevo poder especial otorgado por el señor Clopatofsky en contra de las autoridades ahora accionadas. El poder requerido fue allegado el 16 de noviembre de 2022⁶.

3.5. En providencia del 24 de noviembre de 2022⁷ se admitió la acción de tutela, se requirió al accionante para que informara si tramitó y obtuvo el reconocimiento de la pensión de invalidez y se ordenó notificar a la

³ Visto en el índice 4 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

⁴ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

⁵ Visto en el índice 13 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

⁶ Visto en el índice 18 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

⁷ Visto en el índice 20 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores, como accionados⁸.

3.6. El 29 de noviembre de 2022⁹ el apoderado del accionante informó (i) que el señor Clopatofsky Ghisays no ha solicitado pensión de invalidez y que a esa fecha no existía concepto médico de pérdida de capacidad laboral; (ii) que el accionante se encuentra afiliado a Porvenir para optar por la pensión de vejez, pero que este derecho aún no se ha causado por no haber cumplido con la edad requerida, y (iii) que "(...) *el accionante se enteró de que PORVENIR sólo podía reconocer un retiro programado y, basado en este conocimiento otorgó poder a una abogada para que demande vía judicial el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, con miras a lograr en realidad el reconocimiento del derecho vitalicio a la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES (...)*".

3.7. El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República presentó escrito vía correo electrónico¹⁰ en el que manifestó que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad toda vez que el accionante cuenta con otros mecanismos para atacar el Decreto 1888 de 2022, a través del cual se le aceptó la renuncia al cargo, como son el recurso de reposición y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Puntualizó que en este asunto no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados teniendo en cuenta el alcance de la estabilidad laboral reforzada de los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, como es el caso del accionante.

⁸ Esta orden se cumplió el 28 de noviembre de 2022. Visto en el índice 23 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

⁹ Visto en el índice 24 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

¹⁰ Visto en el índice 25 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



Expuso que, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es la edad, en caso de desvinculación no se frustra el acceso a la pensión de vejez, "(...) *de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente (...)*".

3.8. Por auto del 14 de diciembre de 2022¹¹ la Subsección A, Sección Segunda, de esta Corporación, vinculó, como tercero interesado, a la persona que estuviera ocupando el cargo de embajador extraordinario y plenipotenciario, código 0036, grado 25, de la planta de personal del Despacho de Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de Jamaica. Por lo anterior, requirió al Ministerio de Relaciones Exteriores para que suministrara el nombre e identificación de la persona que estuviera ocupando ese cargo y lo comisionó para que lo notificara de este trámite constitucional.

3.9. El 19 de diciembre de 2022¹² la directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores informó que para ese momento nadie estaba ocupando el cargo que ostentaba el accionante.

3.10. Por auto del 20 de enero de 2023¹³, el Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas ordenó trasladar el expediente al despacho del magistrado que continuara en turno, en atención a que el proyecto de sentencia fue discutido en Sala de Subsección del 19 de enero de 2023 y no fue aprobado por la mayoría.

¹¹ Visto en el índice 28 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

¹² Visto en el índice 34 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

¹³ Visto en el índice 36 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



3.11. El Ministerio de Relaciones Exteriores guardó silencio frente al fondo del asunto.

4. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Subsección A, Sección Segunda, del Consejo de Estado, mediante sentencia del 2 de febrero de 2023, luego de realizar un estudio sobre la normatividad relativa a la carrera diplomática y consular y sobre la estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción, negó el amparo solicitado por el señor Jairo Raúl Clopatofsky¹⁴.

Para dilucidar el asunto sostuvo, en primer término, que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no resultaba eficaz en este caso debido a que el accionante en el escrito de tutela invocó una condición de discapacidad, la calidad de prepensionado y, además, que es padre cabeza de familia, circunstancias que ameritan un análisis de fondo.

Señaló que, pese a que el accionante solicitó el reintegro a su cargo como embajador porque considera que goza de la garantía de estabilidad reforzada por sus particulares condiciones previamente referidas, dicha pretensión no tiene vocación de prosperidad dada la naturaleza jurídica del trabajo que desempeñaba y los temas de alta política de Estado que desarrollan los embajadores, convirtiéndolos en empleos de extrema confianza que dependen del Presidente de la República y del gobierno nacional en cabeza del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Expuso que la potestad nominadora del Presidente de la República al momento de designar a los embajadores es muy amplia porque se trata

¹⁴ Visto en el índice 43 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



de servidores públicos que hacen las veces de emisarios y portavoces del país ante gobiernos extranjeros y organismos de nivel internacional.

Anotó que limitar la facultad discrecional del Presidente de la República de nombrar a los funcionarios que representarán al gobierno nacional sería restringir el ejercicio de sus decisiones dentro del poder ejecutivo, así como las determinaciones políticas que se tomen a nivel internacional en cumplimiento de los principios que rigen el concepto de soberanía.

Insistió en que la naturaleza de las funciones atribuidas al servicio exterior, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a las misiones diplomáticas y consulares ameritan un sistema diferente que se adecúe con las funciones previstas por la Constitución Política, pues están previstas para desarrollar en forma sistemática y coordinada todas las actividades relativas al estudio y ejecución de la política internacional de Colombia, la representación de los intereses del Estado colombiano y la tutela de los intereses de sus nacionales ante los demás estados, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que la aceptación de la renuncia a un cargo de embajador, que por mandato legal es de libre nombramiento y remoción, no desconoce los derechos fundamentales de esta clase de funcionarios.

5. EL MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays lo impugnó indicando dos motivos de inconformidad, así¹⁵:

En cuanto al primero, manifestó que no está conforme con que "(...) *las afirmaciones que fundamentan la negativa del amparo constitucional se*

¹⁵ Visto en el índice 50 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



soporten en la presunción de que el accionante es inepto o incapaz para seguir las determinaciones políticas a nivel internacional (...)", para ejecutar de manera coordinada los parámetros e instrucciones definidas por el gobierno nacional y para representarlo sin menoscabar la soberanía nacional.

Anotó que "(...) sin duda el amparo constitucional limita la facultad nominadora del Presidente de la República, pero se trata de una limitación que restringe de manera temporal la decisión de elección del poder ejecutivo, pero que no implica en modo alguno restricciones a las determinaciones políticas que se tomen a nivel internacional en cumplimiento de los principios que rigen el concepto de soberanía. Asumir como ciertas restricciones semejantes implica dar por cierta una presunción en contra de la actitud, aptitud y capacidad del accionante para acatar y desarrollar las determinaciones que tome el Gobierno Nacional en materia internacional; la cual es una presunción imposible de desvirtuar, por tratarse de un asunto de orden fáctico que sólo podría ser dirimido con base en una evaluación del desempeño del accionante en el ejercicio del cargo de embajador, claro está en caso de que se acceda al amparo constitucional (...)"

En cuanto al segundo motivo de inconformidad, señaló que en la sentencia de primera instancia no se hizo una reflexión en torno a sus derechos y a la facultad discrecional del Presidente de la República para nombrar sus funcionarios sin limitación alguna.

Afirmó que la sentencia atacada evadió el estudio del derecho del accionante al mínimo vital o a condiciones materiales que le permitan a él y a su grupo familiar llevar una vida acorde con la dignidad humana, lo cual, mencionó, quedaría garantizado con la expectativa legítima de recibir pagos continuos y estables en desarrollo de la actividad productiva que se vio interrumpida con la aceptación de una renuncia involuntaria.



Adujo que la sentencia impugnada también omitió estudiar la dimensión negativa del derecho al mínimo vital reconocido por la Corte Constitucional, "(...) establecida en la Sentencia C-776 de 2003 como límite que no puede ser transgredido por el Estado en lo concerniente a la disposición de recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna y en la Sentencia C-793 de 2009 en los siguientes términos "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia" (...)".

Precisó que la cuestión a la que no se refirió la sentencia de primera instancia es la relativa a si en este caso la facultad nominadora del Presidente de la República tiene fuerza jurídica suficiente para transgredir el límite derivado de la dimensión negativa del derecho al mínimo vital, o, en otras palabras, si existen razones para que la facultad nominadora del Presidente de la República tenga primacía sobre el derecho del accionante al mínimo vital o a condiciones materiales que le permitan a él y a su grupo familiar llevar una vida acorde con la dignidad humana.

Por último, expresó que "(...) la expectativa legítima del accionante que anima la instauración de la acción de tutela es la de mantener su autonomía, para lo cual se requiere recibir ingresos por su trabajo y, no la expectativa de adquirir un derecho a pensión, como se insinúa en la sentencia. Sobre el particular resta señalar que el accionante no tiene incertidumbre alguna y, tiene claro que cuando cumpla el requisito de edad tendrá la pensión y un ingreso mensual para preservar su autonomía y dignidad (...)".



Por auto del 24 de febrero de 2023 se concedió la impugnación¹⁶ y la misma fue asignada por acta de reparto el 16 de marzo de 2023¹⁷.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. LA COMPETENCIA DE LA SECCIÓN

Esta Sala es competente para conocer de la presente impugnación, de conformidad con lo previsto por el artículo 32 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991¹⁸, en concordancia con el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015¹⁹, modificado por el artículo 1 del Decreto 333 del 6 de abril de 2021²⁰, así como con fundamento en lo señalado por el artículo 13 del Acuerdo nro.080 del 12 de marzo de 2019²¹ proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, que regula la distribución de negocios entre las secciones.

6.2. HECHOS RELEVANTES

En el caso concreto se encuentra acreditado lo siguiente:

6.2.1. El 4 de agosto de 2022 el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 91 del Decreto 274 de 2000,

¹⁶ Visto en el índice 52 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

¹⁷ Visto en el índice 1 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 01.

¹⁸ El artículo 32 prevé lo siguiente: "[...] TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará [...]".

¹⁹ Título 3 capítulo 1 secciones 1 y 2.

²⁰ "Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 Y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela".

²¹ Por medio del cual se compila y actualiza el reglamento interno del Consejo de Estado, publicado el 1 de abril de 2019 en el Diario Oficial nro. 50913.



presentó ante el entonces Presidente de la República, Iván Duque Márquez, renuncia protocolaria a su cargo como embajador de Colombia en Jamaica. Además, le puso en conocimiento que debido a determinadas condiciones particulares se encontraba cobijado por la figura de la protección constitucional establecida en la sentencia de unificación SU 0003 del 8 de febrero de 2018 y que era necesario que velara por la correcta aplicación de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997²².

6.2.2. El 29 de agosto de 2022, el accionante le solicitó al actual Presidente, Gustavo Petro Urrego, que le permitiera permanecer en el cargo hasta octubre de 2023, fecha para la cual alcanzaría los 62 años de edad; lo anterior por cuanto se encontraba en la edad de prepensión o estabilidad laboral reforzada y porque, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para cualquier despido de una persona en condición de discapacidad debe mediar autorización del Ministerio de Trabajo²³.

6.2.3. Mediante Decreto 1888 del 14 de septiembre de 2022, el Presidente de la República de Colombia aceptó la renuncia presentada por el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays al cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, código 0036, grado 25, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y oficinas Consulares, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno de Jamaica²⁴.

6.2.4. Además, el accionante con el escrito de tutela aportó los siguientes documentos²⁵:

²² Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

²³ Visto en el índice 10 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

²⁴ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

²⁵ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.



6.2.4.1. Historia clínica emitida por el Hospital Militar Central, de la que se extrae que el 26 de diciembre de 1982 el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays sufrió un accidente automovilístico que le ocasionó *"traumatismo raquimedular (Nivel sensitivo T10) Fx Apofisis espinosas de T7, T8, T9, y T10 Fx por acuñamientos de T9"*²⁶.

6.2.4.2. Transferencias electrónicas efectuadas por la señora María del Rosario Marín Fernández destinadas a pagar estudios de Mario Clopatofsky Marín²⁷, hijo del accionante y de la señora María del Rosario Marín Fernández²⁸.

6.2.4.3. Factura emitida por el colegio *"Jesuites Lleida"* dirigidas a María del Rosario Marín Fernández, por concepto de servicios escolares del alumno Mario Clopatofsky Marín por un valor de €506,50 euros²⁹.

6.2.4.4. Contrato de arrendamiento entre Salvador Matías Capdevila Gelonch, como parte arrendadora, y María del Rosario Marín Fernández como arrendataria de un inmueble ubicado en Lérida, España³⁰.

6.2.4.5. Documento del 27 de septiembre de 2022, en el que el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays hace constar que el único ingreso que tiene es el salario que recibía del Ministerio de Relaciones Exteriores³¹.

6.2.4.6. Certificación del 27 de septiembre de 2022, expedida por el Banco Davivienda, en la que consta que el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays cuenta con un crédito con esa entidad bancaria por valor de \$532.844.082.19 pesos³².

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Lo que se extrae del registro civil de nacimiento del señor Mario Marín Clopatofsky. Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

²⁹ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 11001 03 15 000 2022 05308 00.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.



6.2.4.7. Declaración de renta del señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays³³.

6.3. ANÁLISIS DE LA SALA

En el asunto bajo examen, la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de febrero de 2022, negó el amparo solicitado por el señor Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays, bajo la consideración que la aceptación de la renuncia al cargo de embajador, que por mandato legal es de libre nombramiento y remoción, no desconoce los derechos fundamentales de esta clase de funcionarios.

El accionante en el escrito de impugnación señaló que (i) no es de recibo que el *a quo* haya fundamentado la negativa del amparo en la presunción de que no tiene la capacidad de seguir las determinaciones políticas del gobierno nacional a nivel internacional, aunado a que omitió analizar los derechos fundamentales frente a la facultad discrecional del Presidente de la República para nombrar sus funcionarios sin limitación alguna, y (ii) que la sentencia de primera instancia no hizo un análisis sobre su derecho al mínimo vital.

La Sala, atendiendo lo que es objeto de impugnación, estima que debe confirmarse la decisión de primera instancia, por las siguientes razones:

En cuanto al primer reparo, el señor Clopatofsky Ghisays alega que la decisión del *a quo* se fundamentó en la presunción de que no puede seguir las determinaciones políticas del gobierno nacional a nivel internacional; no obstante, la Sala advierte que lo señalado en la decisión de primera instancia fue que el artículo 189 de la Constitución Política dispuso que corresponde al presidente designar a los agentes diplomáticos y consulares, que la función que desempeñan dichos agentes ha sido definida por la jurisprudencia como delicada porque debe ser de absoluta

³³ Ibidem.



confianza y que por ello se permite que sean nombrados bajo la figura de libre nombramiento y remoción. En la providencia atacada también se sostuvo que la potestad nominadora del presidente de la República al momento de designar a los embajadores es muy amplia porque se trata de servidores públicos que hacen las veces de emisarios y portavoces del país ante gobiernos extranjeros y organismos internacionales.

En ese contexto y de la argumentación previamente referida, la Sala comparte lo señalado por el *a quo*, en el sentido que los jefes de Estado tienen una discrecionalidad razonable para la selección del personal de jefes de misión diplomática, en la medida que son representantes del gobierno nacional en el exterior. Ello no se debe entonces a que el Jefe de Estado cuestione la capacidad del accionante para desempeñar sus funciones, que no es el caso, sino que la discrecionalidad que a él le corresponde deriva de la absoluta confianza que le inspira el designado para el desempeño del cargo.

En torno a este primer reparo, el accionante también alega que no se examinó la facultad discrecional del presidente de la República de nombrar a sus funcionarios frente a los derechos fundamentales que invocó en la acción de tutela. Al respecto, la Sala observa que, de lo anotado en precedencia, este punto sí fue examinado por el *a quo*.

A dicho razonamiento es pertinente agregar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no hace parte del núcleo esencial del derecho al trabajo "(...) *la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado ni la permanencia absoluta en un cargo (...)*"³⁴.

Así mismo, el derecho fundamental a la estabilidad reforzada de las personas en estado de debilidad manifiesta por razones de salud tampoco

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-611 del 8 de junio de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.



está acreditado que resulte comprometido con la aceptación de la renuncia que formuló el accionante, en la medida en que este derecho le permite a los trabajadores permanecer en el puesto de trabajo y obtener los beneficios salariales y prestacionales, si no existe una causa objetiva que justifique el despido. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la estabilidad laboral no constituye un mandato de inmutabilidad de las relaciones laborales y tampoco supone una prohibición absoluta para terminar la relación laboral, sino que el objeto de protección de este derecho es impedir que los contratos laborales sean terminados de forma discriminatoria por causa del estado o condición de salud del empleado³⁵.

En este caso, está acreditado que el actor renunció a su cargo como embajador en Jamaica, en cumplimiento del artículo 91 del Decreto 274 de 2000, que dispone que los jefes titulares de las misiones diplomáticas deberán presentar renuncia a sus cargos, al concluir el período constitucional del Presidente de la República, bajo cuyo gobierno hayan desempeñado su misión; lo que constituye una razón objetiva para la aceptación de la renuncia protocolaria que presentó y demuestra que la desvinculación del servicio no tuvo como causa su condición de salud, a lo que se agrega que el accionante conocía desde el momento en que asumió su función como embajador que debía renunciar por disposición legal a la terminación del período presidencial bajo el que ejecutó su misión.

En relación con el derecho a la seguridad social, se advierte que, si bien el interesado en las pretensiones del escrito de tutela solicitó su protección, en la impugnación manifestó que la expectativa que le motivó a promover el amparo no fue la de obtener una pensión, puesto que, como lo afirmó, cuando cumpla los requisitos de ley tendrá derecho a ella, sino la de seguir devengando un salario.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T - 195 del 3 de junio de 2022. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.



En cuanto al segundo de los reproches, consistente en que la sentencia cuestionada no hizo un análisis sobre el derecho fundamental al mínimo vital, se tiene que la primera instancia, luego de hacer un estudio sobre la normatividad relativa a la carrera diplomática y consular y acerca de la estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción, encontró que la aceptación de la renuncia presentada por el accionante no vulneraba los derechos fundamentales invocados en la petición de amparo, dentro de los que está el mínimo vital.

Con todo, la Sala advierte que no está acreditada la afectación al mínimo vital del accionante, por las razones que pasan a explicarse:

La jurisprudencia constitucional ha indicado que le corresponde al accionante demostrar la vulneración del mínimo vital, señalando que *necesidades básicas están siendo insatisfechas, pues "no sólo basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación"*³⁶.

Asimismo, la Corte Constitucional ha sostenido que para establecer si frente a un determinado caso se ha vulnerado este derecho fundamental *"(...) el juez constitucional deberá verificar cuáles son aquellas necesidades básicas o gastos mínimos elementales en cabeza del individuo, indispensables para garantizar la salvaguarda de su derecho fundamental a la vida digna, y evaluar si la persona está en capacidad de satisfacerlos por sí mismo, o por medio de sus familiares (...)"*³⁷.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T – 237 del 26 de febrero de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-678 DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido.



En el asunto bajo examen, se tiene que el señor Clopatofsky Ghisays manifestó en el escrito de tutela que tiene a su cargo el sostenimiento y manutención de su esposa y el de su hijo y que con los ingresos provenientes del trabajo que desempeñaba como embajador en Jamaica pagaba el arrendamiento de un inmueble por valor de €600 euros en España, que asumía los costos de los estudios de su hijo y que, adicionalmente, pagaba la cuota mensual de un crédito bancario por un valor de \$9.995.000.

Al respecto, la Sala observa que no está probado en el expediente de tutela que el accionante asuma los pagos del canon de arrendamiento y de los estudios de su hijo, por cuanto únicamente se allegó el contrato de arrendamiento suscrito entre el arrendador y la mamá del hijo del señor Clopatofsky, así como las facturas expedidas por el colegio a nombre de la progenitora del hijo del accionante, sin que tales pruebas demuestren lo dicho por el actor en el sentido que con el salario que devengaba como embajador asume los referidos pagos.

Adicionalmente, la parte actora allegó transferencias electrónicas por concepto de clases de catalán para su hijo, pero, según los comprobantes aportados con el escrito de tutela, fueron efectuadas por la mamá de aquel.

Al margen de lo dicho sobre la prueba, tampoco está acreditado que el accionante no vaya a tener medios para sufragar tales gastos o que, atendiendo la situación, no pueda adoptar las medidas que se requieran para ajustar los costos que debe sufragar a unos montos que, si bien no serían los mismos, le representen una vida digna.

Ahora, frente al crédito con la entidad bancaria, se advierte que se trata de una obligación de tipo financiero y no está acreditado que esté destinado para cubrir una necesidad básica, ni tampoco se probó que el pago del crédito bancario constituya un gasto mínimo que garantice la



vida digna del actor, o que el señor Clopatofsky no tenga la capacidad de desempeñar otra labor que le proporcione los ingresos para atender dicha obligación por sí mismo o a través de sus familiares.

Finalmente, tampoco está demostrado en el expediente que el señor Clopatofsky asuma el sostenimiento de su esposa.

En atención a lo anterior, la Sala no encuentra acreditada la afectación al mínimo vital, por lo que el segundo reproche expuesto por el accionante tampoco está llamado a prosperar.

Por consiguiente, la Sala confirmará la sentencia del 2 de febrero de 2023, proferida por la Subsección A, Sección Segunda, del Consejo de Estado, a través de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 2 de febrero de 2023 por la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, según lo explicado en la parte motiva.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría, que envíe el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término legal.



Radicación: 11001 03 15 000 2022 05308 01
Accionante: Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**
Consejero de Estado Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.