

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se confirma sentencia que declaro la nulidad del decreto de nombramiento como Ministro Plenipotenciario adscrito al consulado de Colombia en Toronto

Según la fijación del litigio se debe determinar si el Decreto No. 1983 del 6 de diciembre de 2016 mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora CRISTINA PASTRANA ARANGO, Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá, vulnera los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y está viciado de falta de motivación (...) Resulta evidente que no tiene vocación de prosperidad el argumento del apelante, pues como queda acreditado las normas refieren a situaciones fácticas disímiles, ahora bien si en gracia de discusión lo que se pretende demostrar con la cita del artículo 53 es la necesidad del concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, previo a interrumpir los lapsos de alternación, debe decir la Sala que de conformidad con todo lo expuesto, esta es una carga que debe asumir el Ministerio de Relaciones Exteriores en cada uno de los casos de los funcionarios que se encuentren cobijados por el el parágrafo del artículo 37, pues es la llamada a demostrar que el nombramiento en provisionalidad atiende los requerimientos legales para su expedición (...) Pues como se demostró, para la fecha en que se nombró a la doctora CRISTINA PASTRANA ARANGO, Ministro Plenipotenciario, existían funcionarios en carrera diplomática y consular, que bien podrían ser designados en su lugar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-41-000-2017-00041-01

Actor: MARIO ANDRÉS SANDOVAL ROJAS

Demandado: CRISTINA PASTRANA ARANGO, MINISTRO PLENIPOTENCIARIO, ADSCRITO AL CONSULADO DE COLOMBIA EN TORONTO, CANADÁ

Asunto: Fallo electoral de segunda instancia, excepción al cumplimiento de todo el periodo de alternación de conformidad con el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante apoderado judicial, contra la sentencia de 10 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B" por medio de la cual se declaró la nulidad del decreto de nombramiento de **CRISTINA PASTRANA ARANGO** como Ministro Plenipotenciario, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1.- La pretensión de la demanda

Se dirige a obtener la nulidad del Decreto No. 1983 del 6 de diciembre de 2016 *“Por el cual se hace un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”* mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá, acto del cual pidió la suspensión provisional de sus efectos.

1.2.- Soporte fáctico

Por medio del Decreto No. 1983 del 6 de diciembre de 2016 se nombró provisionalmente a la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá.

Afirmó la parte actora que el cargo antes mencionado es de carrera diplomática y consular pero la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, no hace parte de dicho escalafón.

Asimismo, afirmó que existe personal inscrito en carrera diplomática y consular *“disponible”* para ser nombrado en el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Finalmente, sostuvo que el decreto que pide anular carece de motivación *“...especialmente en cuanto a explicar por qué no podía recaer ese nombramiento en un funcionario inscrito en la Carrera Diplomática y Consular”*.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

El demandante señala que el decreto demandado vulnera **los artículos 4º numeral 7º y 60 del Decreto Ley 274 de 2000**, en síntesis, porque para la fecha del nombramiento cuestionado *“...existían funcionarios inscritos en Carrera Diplomática y Consular escalafonados en el grado de Ministro Plenipotenciario, Ministro Consejero y Consejero (Decreto 274 de 2000, art. 11), que habían cumplido su periodo de alternancia y por lo tanto se encontraban disponibles para ser nombrados en el mismo cargo”*.

En lo referente a la falta de motivación del decreto adujo que solo contiene *“...la parte dispositiva, omitiendo completamente la parte motiva”*.

Precisó, que *“...el Presidente de la República tiene el deber legal de motivar los actos de nombramiento en provisionalidad que se profieran para proveer cargos*

vacantes pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular porque no está ejerciendo una facultad discrecional sino todo lo contrario, lo hace en ejercicio de una facultad no discrecional, de modo que el nombramiento debe motivarse explicando las razones que lo llevan a nombrar en provisionalidad en un cargo de Carrera Diplomática y Consular a una persona que no se encuentra inscrito en la misma, por la imposibilidad de hacerlo con funcionarios pertenecientes a ella”.

1.4. Trámite del Proceso

Luego de declarar infundado el impedimento¹ manifestado por el doctor **Óscar Armando Dimaté Cárdenas**², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” admitió la demanda y negó la medida cautelar deprecada, mediante auto de 3 de febrero de 2016³, en el cual se ordenaron, conforme a la normativa aplicable, las debidas notificaciones.

1.5. Contestaciones

1.5.1 Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Mediante apoderado, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda. Para el efecto, manifestó que las pretensiones de la parte demandante carecen de fundamento pues el decreto demandado se dictó con apego a los parámetros legales y constitucionales aplicables al asunto, siembre se actuó con respeto de *“...la institución de la provisionalidad en el régimen de carrera diplomática y consular”*, en especial del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 que otorga la facultad de designar funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular.

Luego de pronunciarse respecto de los hechos de la demanda, como argumentos de defensa expuso que:

El problema jurídico a resolver es si el acto de designación demandado resulta contrario a las normas constitucionales o legales que lo debieron sustentar. Así las cosas, expuso que el cargo de la demanda no puede estar formulado en la indebida interpretación de las normas que rigen la carrera diplomática y consular *“ni fundamentada en subjetivismos”* porque de la revisión de los requisitos para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad *“...se observa que no existe ninguna exigencia en el sentido de que el funcionario nombrado en provisionalidad deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, cuando en este caso se hizo amparado en la provisionalidad que faculta a la administración, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000...”*.

¹ Folios 36 y 37

² Folios 34 al 35

³ Folios 38 al 45

En desarrollo de lo anterior, explicó que en virtud de la diferencia que existe desde la naturaleza jurídica de cada forma de vinculación –propiedad o provisionalidad-, en este caso no es dable afirmar que el nombramiento de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO** amenazó o vulneró la estabilidad laboral de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Afirmó que analizada la hoja de vida de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO** resulta evidente que cumple de manera amplia los requisitos de estudio y experiencia exigidos para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, razón adicional para defender la legalidad del acto demandado.

Por lo anterior, concluyó que las normas que se citan como vulneradas en la demanda resultan “...de contenido general, abstracto, impersonal que jamás pueden servir para edificar un cargo de nulidad por violación de la ley”. Pues dichos preceptos contienen “normas y enunciados generales de derechos y principios (...) que jamás pueden ser desconocidos por el acto administrativo acusado, tratándose de normas que no son aplicables directamente, sino a través de disposiciones particulares y concretas que no fueron citadas en este caso”.

Advirtió que, en su concepto, lo dicho en la demanda contiene “una grave contradicción” en lo referente a las normas que cita del Decreto Ley 274 de 2000 y de las conclusiones a las que arribó la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, por lo cual “...es pertinente indicar que el hecho consistente en que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado, existían funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, no era posible designarlos en este cargo, debido a la situación administrativa de cada uno, porque están sus cargos en comisión para situaciones especiales desempeñando cargo de superior o inferior categoría, procedimiento permitido legalmente, y cumpliendo sus lapsos de alternación, respectivamente”.

Expuso que la “...especial connotación de la labor desarrollada por dichos funcionarios [los pertenecientes a la carrera diplomática y consular] y la trascendencia de la misma en el concierto tanto nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, entre otros”; sin embargo, en este caso el demandante se limitó a referirse a la primera de las enunciadas sin advertir la existencia de las restantes y en las cuales también se puede fundar la excepción de nombrar a una persona que no pertenezca a la carrera diplomática y consular.

Explicó que de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, el personal perteneciente a la carrera diplomática debe prestar sus servicios en planta externa por cuatro (4) años continuos, prorrogables por dos (2) más, y en planta interna durante tres (3) años también prorrogables.

Agregó que *“...cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso, la Dirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces debe coordinar las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma”*.

Indicó que dichos desplazamientos se realizan en julio cuando los periodos de permanencia se *“consolidan”* de enero a junio, pero se efectúan en enero cuando se materializan entre julio a diciembre. Así las cosas, los *“...decretos deben ser expedidos y comunicados durante el mes de mayo, para los desplazamientos que se vayan a producir en el mes de julio y durante el mes de noviembre, cuando el desplazamiento se deba realizar en el mes de enero”*.

Otra de las situaciones administrativas, es la denominada permanencia propia de la carrera diplomática y consular en la cual los funcionarios inscritos pueden optar por no solicitar el ascenso y permanecer por un término de cuatro años adicionales al señalado en el artículo 27 del decreto en mención, en la categoría en la que se encuentren.

Lo anterior resulta relevante para el presente caso porque en virtud de lo explicado y de los principios de transparencia, eficacia y especialidad, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular tienen derecho a cumplir los lapsos de alternación; es decir, a la prestación de sus servicios en la planta interna, en la externa, en un cargo que corresponda con la categoría de su escalafón o incluso en uno superior o inferior, en todo caso tendrá derecho al reconocimiento de la diferencia existente entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión.

Sumado a lo dicho, resaltó que la Administración cuenta con la posibilidad, artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, de designar en encargo a personas que no estén inscritas en la carrera diplomática, cuando no fuera posible cubrir la vacante con funcionarios inscritos en la misma.

Expuso que se puede dar *“...la coexistencia de funcionarios provisionales en cargos de Carrera Diplomática y Consular y de funcionarios de Carrera Diplomática nombrados en cargos iguales, superiores o inferiores a los de su escalafón, instrumentos de gestión de la Administración en pos del correcto y oportuno cumplimiento del servicio exterior y de la Carrera Diplomática, concebidos por el legislador de manera particular para el personal de Carrera Diplomática y Consular...”*.

Afirmó que los nombramientos que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores, además, de atender los requisitos legales responde a *“una razón de interés público, según la cual la designación debe estar dirigida a atender de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia, de acuerdo con sus características propias, previa consulta de los planes y programas trazados para la entidad y las líneas estratégicas previamente definidas”*.

Sostuvo que en el presente proceso se omitió acusar la legalidad de los actos administrativos de traslado o de comisión para situaciones especiales⁴, los cuales *“...dan cuenta de la legalidad de tales nombramientos y de la permanencia de dichos funcionarios en el cargo y despacho de destino”*.

Al respecto, precisó que previo al nombramiento cuestionado la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores verificó el cumplimiento de los requisitos legales para ser nombrado Ministro Plenipotenciario y la imposibilidad de nombrar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular.

Sostuvo que para la fecha de la expedición del acto administrativo de nombramiento demandando *“...no podían ser nombrados los funcionarios que se encontraban (...) cumpliendo su lapso de alternación, en cada uno de los despachos de destino donde fueron trasladados o comisionados atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil”*.

Asimismo, hizo énfasis en las *“...necesidades del servicio que condujeron a comisionar o trasladar a un funcionario de Carrera a una Misión en particular para el manejo de unos temas específicos de acuerdo con su perfil, y a que éstas no pueden ser desatendidas cada vez que un funcionario asciende en el escalafón; entenderlo así implicaría anteponer su situación por encima de las necesidades del servicio y las metas que está llamada a cumplir la entidad, situación que además en la mayoría de los casos no estaría dispuesta a aceptar el funcionario, quien se encuentra adaptado junto con su familia, a un modo de vida particular en el país de destino, a su idioma, cultura, clima, etc.*

Lo anterior conduciría a atender de manera intermitente el servicio exterior, cambiando a sus funcionarios entre una misión y otra sin que la necesidad del servicio sea la prioridad, generando una situación de suma inestabilidad de sus funcionarios, con grave amenaza en la continuidad del servicio exterior”.

Por lo anterior, sostuvo que cuando se expidió el cuestionado decreto los funcionarios se encontraban cumpliendo los actos administrativos de comisión y traslado y *“...para esa fecha aún no había vencido la fecha señalada para su siguiente alternación”*.

Refirió que se opone a la prosperidad del cargo según el cual se desconocen los derechos laborales de los servidores públicos al permitir que los funcionarios laboren en condiciones inferiores a las adquiridas con base en sus méritos y experiencia, pues como antes se explicó dicha situación se presenta con fundamento legal y debe ser entendida *“...en el contexto de la alternación, que se explica como un desarrollo de los principios de eficiencia y especialidad”*.

⁴ Que no precisó

En los demás, expuso que el Consejo de Estado, acogiendo la postura de la Corte Constitucional, ha aceptado que se nombren personas ajenas a la Carrera Diplomática y Consular en aplicación del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Manifestó que, en este caso, no puede obviarse que el acto administrativo demandado fue expedido en virtud de la facultad discrecional con plena adecuación a los fines establecidos en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 que autoriza a la Administración, para adoptar la decisión que considere pertinente; hacer un nombramiento en provisionalidad, lo cual se realizó sin afectar los derechos laborales adquiridos por los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores inscritos en carrera diplomática.

Por último, expuso que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo de nombramiento que solicita declarar nulo, de conformidad con las razones antes expuestas y porque los cargos de la demanda se fundan en “*subjetivismos*” pues la designación se dictó conforme lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 y con apego a la normativa que regula el asunto (fls. 56 al 68).

1.5.2 De Cristina Pastrana Arango

Manifestó que su intervención tenía como finalidad que se denegaran las súplicas de la demanda porque cumple con los requisitos legalmente establecidos para desempeñar el cargo para el cual fue nombrada y porque su nombramiento fue proferido de conformidad con lo establecido en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Como argumento de defensa propuso la excepción que denominó “**Ejercicio indebido de la acción – ineptitud de la demanda**”, explicó que el medio de control de nulidad electoral “*no permite el restablecimiento de derechos*”, pues su finalidad es preservar el ordenamiento jurídico.

Luego, señaló que solicitaba “*...el rechazo de la demanda o la denegación de las pretensiones de la misma por falta de legitimación en la causa por pasiva*”.

Acto seguido se refirió a los hechos de la demanda y concluyó que no compartía la interpretación que el demandante expone respecto del contenido del artículo 60 del Decreto 274 de 2000, la que tildó de sesgada, esto por considerar que su nombramiento tuvo como fundamento la imposibilidad de designar a algún funcionario que estuviera inscrito en la Carrera Diplomática y Consular y en cumplimiento del principio de especialidad era necesario en razón del servicio.

Para finalizar, sostuvo que su nombramiento no atenta contra la estabilidad laboral de los funcionarios inscritos en carrera, pues se dictó en provisionalidad (fls. 80 al 85).

II. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 18 de mayo de 2017⁵, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 8 de junio del mismo año.

En dicha audiencia que se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades, se fijó el litigio en determinar si el Decreto No. 1983 del 6 de diciembre de 2016 mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá, vulnera los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto 274 de 2000 y está viciado de falta de motivación. Finalmente, se decretaron y negaron las pruebas a las que hubo lugar y se fijó fecha para audiencia de práctica de pruebas.

La diligencia de pruebas se surtió el 14 de julio de 2017⁶ y se determinó que la audiencia de alegaciones y juzgamiento resultaba “*innecesaria*”; en consecuencia, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

3.1. Del demandante

En el escrito de alegaciones reiteró su pretensión anulatoria, los hechos de la demanda y se refirió a algunas de las pruebas que obran en el plenario.

Enlistó el nombre de 11 funcionarios que podían haber sido nombrados Ministros Plenipotenciarios, para la fecha en que se dictó el acto acusado, del cual determinó que “...*por no estar demostrados los hechos que facultarían al Ministerio de Relaciones Exteriores para nombrar en provisionalidad a una persona que no hace parte de la Carrera Diplomática y Consular solicito la nulidad del Decreto 1983 mediante el cual se nombró a Cristina Pastrana Arango...*” (fls.120 al 123).

3.2. Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Su apoderado afirmó que el acto de designación se expidió de conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Advirtió que el registro de los funcionarios inscritos en la categoría de Ministro Plenipotenciario y el hecho de haber verificado “...*que no era posible designar en el cargo a uno de los funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de*

⁵ Folio 87

⁶ Folios 100 al 102

Ministro Plenipotenciario, que la persona nombrada cumplía con los requisitos para ocupar el cargo en provisionalidad, así como la facultad legal y la competencia para dictarlo, la necesidad del servicio y la insuficiencia de funcionarios de carrera...”, dejan como conclusión que el decreto de nombramiento cuestionado se dictó de conformidad con la normativa aplicable al asunto.

Citó 21 funcionarios (fl. 128) que según su dicho no podían ser designados porque para *“...la fecha en la que fue expedido el decreto de nombramiento se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en tanto en el servicio exterior como en el país en cada uno de los despachos de destino”*.

Agregó, que en esos casos *“...la comisión fue conferida para desempeñar un cargo inferior al del escalafón, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2, artículo 39 del Decreto 274 de 2000, que señala que al aplicar el principio de alternación, si el funcionario es designado en un cargo equivalente a la categoría del escalafón o su equivalente en planta interna, se realizará un traslado, en tanto que si lo fuere en un cargo inferior o superior al de su escalafón, se efectuará mediante Comisión para Situaciones Especiales...”*. Así las cosas, *“...los citados funcionarios les correspondería alternar nuevamente en los meses de enero, julio de 2017, 2018, 2019, 2020, respectivamente”*.

Posteriormente, citó el artículo 39 del Decreto 274 de 2000, para señalar que el hecho de que existan personas inscritas en la Carrera Diplomática y Consular en el cargo de Ministro Plenipotenciario no hace ilegal el nombramiento de **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, en la medida que *“...no quedó demostrado el cumplimiento de alternación de los funcionarios inscritos [porque] no es suficiente que el funcionario esté inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular, sino que es necesario que haya cumplido todos los periodos de alternación que regula el régimen establecido en el Decreto 274 de 2000, siendo indispensable el requisito dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior”*.

Sostuvo que la interrupción del periodo de alternación *“...necesita la previa calificación de la Comisión de Personal del Régimen de Carrera Diplomática, que busca garantizar la situación administrativa a los funcionarios de Carrera cuando se ubican en un país con su núcleo familiar y exista seguridad administrativa y económica para el funcionario que tiene que acceder a sus bienes y servicios para cumplir con el deber funcional”*, además, que considera que repercute en el erario por ser la Administración la *“...que debe asumir los gastos por esos movimientos administrativos”*.

En lo demás, insistió en que el acto administrativo de nombramiento está ajustado a la normativa legal y constitucional vigente.

Sumado a lo anterior, solicitó que *“...de oficio revise la excepción de indebida escogencia del medio de control y, a partir de esta, la falta de legitimación en la causa por activa”* (fls. 124 al 137).

3.3. Concepto del Ministerio Público

Fijó su problema jurídico en establecer si el nombramiento demandado está viciado de nulidad. *“...por violación del principio de especialidad **sin tomar en cuenta al personal de la carrera diplomática y consular** y falsa motivación”*.

Luego de discriminar las pruebas allegadas al plenario citó la normativa que regula la Carrera Diplomática y Consular, los periodos de alternación y los nombramientos en provisionalidad y transcribió un aparte de una sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sección Quinta⁷, para concluir que *“...de existir prueba que demuestre que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular lleve más de doce (12) meses en el periodo de alternación, lo acredita como funcionario disponible para el nombramiento pues, no se requiere el cumplimiento completo del periodo, lo cual se encuentra regulado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000”*.

Se ocupó del análisis del nombramiento cuestionado y destacó que recayó en el cargo de Ministro Plenipotenciario el cual hace parte de la Carrera Diplomática y Consular; por tanto, *“...dicho cargo debe proveerse con funcionarios pertenecientes a dicha carrera. No obstante, de manera excepcional, en virtud del principio de especialidad pueden designarse a personas que no pertenecen a ella...”*.

Expuso, que la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO** no hace parte del personal inscrito en Carrera Diplomática y Consular, lo que obliga a *“...determinar si el Ministerio de Relaciones Exteriores, al emitir el Decreto demandado, vulneró el principio de especialidad al designar en una categoría del escalafón de Carrera Diplomática y Consular a una persona ajena a la misma, por existir, tal y como lo sostiene el demandante, funcionarios que tienen el rango equivalente al de Ministro Plenipotenciario, con quienes puede proveerse dicha vacante o, en su defecto, Ministros Consejeros que se encuentran desempeñando un cargo inferior a su categoría y que podrían ser comisionados para desempeñar un cargo superior”*.

Destacó que en el expediente obra respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores que da cuenta que para la fecha de expedición del nombramiento cuestionado -6 de diciembre de 2016-, existían 29 personas inscritas en Carrera Diplomática y Consular como Ministros Plenipotenciarios.

De estos 29 funcionarios, enlistó 11 personas que *“...llevaban más de doce meses (12) en alternación, caso en el cual podían ser designados en otro cargo en el exterior...”*, los cuales en su criterio *“...bien habrían podido ser nombrados en lugar de la demandada, pues tienen el rango de Ministro Plenipotenciario inscrito en carrera diplomática y consular”*.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que *“...sí existían funcionarios de carrera que podían ser nombrados en el lugar de la doctora CRISTINA PASTRANA ARANGO,*

⁷ Radicado No. 2014-2418-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro

situación que desconoce la exigencia del artículo 60 del Decreto Ley 274, para realizar nombramientos en provisionalidad, según la cual, hay lugar a nombrar a alguien que no sea de carrera, cuando no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos...”.

Con fundamento en lo anterior, solicitó acceder a las súplicas de la demanda y, en consecuencia, declarar la nulidad del acto demandado (fls. 104 al 119).

3.4. La demandada no se pronunció en esta instancia.

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia de 10 de agosto de 2017, decidió:

*“1º) **Declárase** la nulidad del Decreto 1983 del 6 de diciembre de 2016, mediante el cual se nombra a la señora Cristina Pastrana Arango como Ministro Plenipotenciario código 0074, grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado de Colombia en Toronto (Canadá)”.*

Como fundamento de su decisión expresó el objeto de la controversia y como cuestión previa decidió que *“...no es legalmente procedente en este momento procesal estudiar y analizar las excepciones previas propuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores en tanto que la oportunidad legal para hacerlo era el término que disponía para contestar la demanda...”.*

Luego, fijó el marco jurídico del régimen de carrera diplomática y consular de que trata el Decreto Ley 274 de 2000.

Se refirió al alcance de la alternación como exigencia legal y la disponibilidad de los funcionarios de la carrera diplomática para lo cual transcribió los artículos 35 al 38 del Decreto Ley 274 de 2000 y las sentencias C-808 de 2001 y del 30 de enero de 2014 del Consejo de Estado, Sección Quinta⁸.

De lo anterior, concluyó que existe un criterio jurisprudencial reiterado según el cual *“...no basta que haya un funcionario que esté inscrito en carrera diplomática y consular para impedir el nombramiento excepcional (provisional) sino que, además, debe tener una condición imprescindible consistente en que haya cumplido con los periodos de alternación precitados en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 pues, de esta forma se entiende que el funcionario tiene disponibilidad para ser nombrado en el cargo que se encuentre vacante”.*

A pesar de lo anterior, resaltó que el Consejo de Estado, Sección Quinta, en fallo de 12 de noviembre de 2015⁹, fijó de *“...forma concreta los eventos en que un funcionario de carrera diplomática y consular se encuentra disponible para un*

⁸ Rad. No. 2013-0227-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

⁹ Rad. No. 2015-00542-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro

nombramiento de un cargo vacante teniendo en consideración el parágrafo del artículo 37 del mencionado decreto”.

Providencia de la que concluyó “...para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda hacer uso de la facultad especial de nombrar provisionalmente los cargos vacantes se debe observar, en primer lugar, que los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón de la carrera diplomática y consular hayan culminado los sus periodos de alternancia, como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014 y de no cumplirse este presupuesto entonces deberá, en segundo lugar, acudir a quienes se encuentren prestando el servicio en el exterior y que han superado los doce (12) meses en la respectiva sede, para ser designados excepcionalmente, considerando el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 12 de noviembre de 2015, ahora si ninguno de estos dos presupuestos se consolida, es decir, que no hay ningún funcionario en una de estas dos situaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá acudir a la provisionalidad ante la necesidad y urgencia de la prestación del servicio pero sin desconocer el régimen de carrera diplomática y consular...”.

Establecido lo anterior, arribó al caso concreto y procedió al estudio de los cargos de nulidad invocados por la parte actora.

En lo referente a la violación del principio de especialidad al realizar el cuestionado nombramiento, sin tener en consideración el personal inscrito en carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores concluyó que el mismo prosperaba porque de las pruebas arrojadas al proceso encontró que para el 6 de diciembre de 2016, fecha del nombramiento de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO** “...existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de ministro plenipotenciario [siete (7)] que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón y cumpliendo los periodos de alternación (fls. 44 y vto), dejando de lado a quienes hoy en día ya se encuentran en el cargo de ministro plenipotenciario y sus equivalentes”.

Señaló que los mismos no han terminado su periodo de alternación pero para la fecha del cuestionado nombramiento sí habían superado los 12 meses en la sede respectiva y “...en esa medida eran susceptibles de ser nombrados en otro cargo en el exterior de forma excepcional en virtud de lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000”.

Destacó el Tribunal que “...en otras ocasiones el Ministerio de Relaciones Exteriores ha comisionado a sus funcionarios de forma contraria a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37, pues estando en periodo de alternación en la planta interna y con fundamento en un concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular los traslada anticipadamente a la planta externa, parágrafo dispone la excepción para el exterior, esto es, que si el funcionario se encuentra por fuera del país pueda ser designado en otra sede externa al cumplir solo con doce (12) meses como cumplimiento del principio de alternación, pero, no modificar la estancia de alternación en la planta interna para pasarlo a la planta externa sin agotar los respectivos periodos”.

Con fundamento en la citada situación concluyó que el Ministerio de Relaciones Exteriores realiza nombramientos *“en forma indiscriminada”* con fundamento en el literal c) del artículo 73 del Decreto Ley 274 de 2000 como facultad excepcional para comisionar anticipadamente a los funcionarios pero omite aplicar el párrafo del artículo 37 de la misma norma pues acude a terceros que no hacen parte de la Carrera Diplomática, a pesar de existir funcionarios disponibles.

Finalmente, indicó que ante la prosperidad el anterior cargo resultaba inoficioso (fls. 139 al 181).

V. APELACIÓN

El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante apoderado judicial, apeló la sentencia del Tribunal por considerar que la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda está en fundada en una *“interpretación limitada”* de los artículos 37 párrafo, y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 *“...supeditando que superado el término de los 12 meses de servicio en el exterior automáticamente habilita la posibilidad de que el funcionario pueda ser designado en otro en otro cargo en el exterior, lo cual no es así, porque este aspecto es una excepción a la regla general de los tiempos de alternación, quedando en primera medida sujeto a la discrecionalidad de la Administración quien en aplicación de las políticas públicas diseñadas y las funciones asignadas a cada uno de los servidores de carrera en la respectiva Misión Diplomática en que se encuentra prestando sus servicios, tendrá que determinar la procedencia o no de la interrupción de los términos de alternación para que no se afecte la prestación efectiva del servicio”*.

Afirmó, que en el expediente está probado que *“...no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en el escalafón en el cargo de Ministro Plenipotenciario, como lo certificó la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores”*.

Insistió, que el contenido del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 es una excepción a los términos de la alternación *“tanto en el servicio exterior como en el país”* que procura por *“estabilidad administrativa y de arraigo de los servidores públicos”*, con lo cual pretende desvirtuar la afirmación del Tribunal según la cual esa cartera ministerial hace uso indiscriminado de la comisión anticipada.

Resaltó que *“...tener como regla general que una vez que un funcionario se haya desplazado a un país por un término establecido legalmente y superen los 12 meses deberá ser designados en otra misión diplomática, generaría antes que nada, inestabilidad administrativa y, de otra parte, inseguridad económica para el funcionario que tuvo que acceder a sus bienes y servicios en ese país...”*. Reiteró que afecta el erario en la medida que es a la Administración asumir los *“...gastos por estos movimientos administrativos”*.

Señaló que el nombramiento de **CRISTINA PASTRANA ARANGO** es legal en la medida que se funda en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y en la *“insuficiencia de funcionarios de carrera diplomática y Consular”*.

Se refirió a la figura de la alternancia para resaltar que dicho periodo se debe cumplir a cabalidad pero también para afirmar que el Tribunal omitió revisar la situación administrativa de cada uno de los funcionarios que concluyó habían podido ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario en el lugar de la demandada y echó de menos que alguno de ellos hubiese solicitado autorización a la Comisión de Personal (fls. 189 al 199).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Su apoderado judicial solicitó revocar la sentencia apelada por considerar que el nombramiento demandado se dictó de conformidad con la normativa aplicable al caso y de acuerdo con el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Expuso que no es dable partir de la premisa de que superados los 12 meses del periodo de alternación, dicho periodo de manera automática se interrumpe, esto porque el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 debe verse como una excepción y no como la regla general.

Destacó que en el expediente está probado que no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular ya que estaban cumpliendo sus periodos de alternación. En lo demás, reiteró los argumentos expuestos con anterioridad (fls. 226 al 228).

6.2. Concepto del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

Solicitó confirmar la sentencia apelada, como fundamento de su concepto se refirió al contenido de los artículos 53, 36, 37 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y a la sentencia del 12 de noviembre de 2015 del Consejo de Estado, Sección Quinta¹⁰, de lo cual concluyó:

“En efecto, cotejando la fecha del decreto de designación cuya nulidad se pretende, 6 de diciembre de 2016, con la situación de los casos que encontró demostrados el a-quo se tiene que en todos ellos los doce (12) meses de permanencia en la sede respectiva habían sido cumplidos por lo tanto la prohibición no aplica para ellos y la designación conforme a las normas de carrera debió recaer en uno de ellos” (fls. 230 al 241).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹⁰ Rad. No. 2015-00542-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro

De conformidad con el artículo 150 del CPACA como también con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” que accedió a las pretensiones de la demanda

2. Acto demandado

Se trata del Decreto No. 1983 del 6 de diciembre de 2016 “*Por el cual se hace un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*” mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá, acto del cual pidió la suspensión provisional.

3. Problema jurídico

Según la fijación del litigio se debe determinar si el Decreto No. 1983 del 6 de diciembre de 2016 mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá, vulnera los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y está viciado de falta de motivación.

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, en síntesis, al encontrar que de conformidad con el parágrafo de artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 y está viciado de falta de motivación, sí existían funcionarios en Carrera diplomática y Consular que podían ser nombrados en lugar de la demandada, con lo cual se desvirtúa la legalidad del nombramiento y los argumentos de defensa del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la demandada.

Por su parte, el ministerio recurrente, sostiene que el Tribunal realizó “*una interpretación limitada*” del parágrafo de artículo 37 y del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 y que del contenido normativo no es dable entender que cumplido el término de 12 meses de servicio en el exterior “*automáticamente*” se habilita la posibilidad de que el funcionario pueda ser designado en otro cargo en el exterior.

Expuso que aceptar la anterior tesis sería convertir la excepción en regla general, lo que, además, deviene en *inestabilidad administrativa, inseguridad económica para los funcionarios* y afectación al erario porque es la Administración quien asume los *gastos derivados de los “movimientos administrativos”*.

Así las cosas, corresponde a la Sala establecer si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, negar a nulidad del acto demandado porque, según el recurrente, al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores no existían funcionarios, en el rango de Ministro Plenipotenciario, inscritos en carrera diplomática y consular que pudieran ser nombrados en lugar de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**.

En consecuencia, para resolver la anterior problemática, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: **i)** normativa de la Carrera Diplomática y Consular; **ii)** la alternación; **iii)** provisionalidad; y **iv)** caso concreto.

i) Normativa de la Carrera Diplomática y Consular

El Decreto Ley 274 de 2000 regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. Según el artículo 5º de dicha normativa los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasifican en: **a)** libre nombramiento y remoción; **b)** carrera diplomática y consular y; **c)** carrera administrativa.

Para el caso que nos ocupa, conviene precisar que de conformidad con el artículo 10º del decreto en mención, **el cargo de Ministro Plenipotenciario hace parte del escalafón de la carrera diplomática y consular** la cual según el artículo 13 de la misma normativa “...es la Carrera especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito”.

En los siguientes artículos la mencionada normativa se encarga de regular el ingreso y ascenso a la carrera diplomática y consular, la evaluación y calificación del desempeño, la permanencia, la alternación, la disponibilidad, las comisiones, la provisionalidad, condiciones laborales especiales, el retiro del servicio, los órganos de carrera, el régimen disciplinario y demás aspectos pertinentes a la materia.

ii) La alternación

Según el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000 “...en desarrollo de los principios rectores de Eficiencia y Especialidad, los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deberán cumplir actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna”.

El anterior precepto fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-808-2001¹¹.

En este mismo sentido el Consejo de Estado definió la alternación como la “...figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un

¹¹ Al respecto, adujo la Corte que “según el demandante el artículo 35, vulnera los artículos 1, 2, 4, 13 y 209 de la Constitución al incluir y privilegiar sólo dos de los principios fundamentales que deben orientar la función pública y excluir otros igualmente importantes. No obstante, el demandante olvida que el artículo 4 del decreto 274 de 2000 establece que además de los principios consagrados en la Constitución Política, son principios orientadores de la función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, los principios de moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad e integralidad y confidencialidad. Por lo tanto, no es cierto que el artículo 35 establezca una prelación entre principios que desconozca otros igualmente importantes, sino que el artículo 35 y el artículo 4 establecen conjuntamente los principios que deben orientar la carrera diplomática y consular. Por ello, el cargo contra el artículo 35 carece de fundamento y la Corte procederá a declarar la constitucionalidad de la norma acusada”.

tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado”¹².

Por su parte, el artículo 37, del mismo decreto ley se encarga de fijar la frecuencia de la mentada alternación, así:

“a. El tiempo de servicio en el exterior será de 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, según las necesidades del servicio, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, el cual deberá tener en cuenta la voluntad del funcionario.

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúense de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieran el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.

c. La frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso.

d. El tiempo de servicio que exceda de la frecuencia del lapso de alternación, mientras se hace efectivo el desplazamiento de que trata el artículo 39, no será considerado como tiempo de prórroga ni como incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.

PARÁGRAFO. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país” (Negrillas fuera de texto).

iii) Provisionalidad

El artículo 60 del decreto en análisis, prevé que **“...por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo”** (Negrillas fuera de texto).

¹² Sentencia de 30 de enero de 2014, Rad. No. 2013-0227-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, sostuvo:

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

En el artículo 60 no se advierte contrariedad con norma alguna de la Carta Política pues la determinación de la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad se liga a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes. De ello se sigue que los cuestionamientos de constitucionalidad contra tal norma son infundados en tanto remiten al legislador la determinación de las circunstancias en las cuales se realizarán los nombramientos en provisionalidad. Por manera que los juicios de constitucionalidad procederán, en su momento, contra las normas que detallen los supuestos de hecho que permitan ese tipo de nominaciones”¹³.

Por su parte, el artículo 61 señala que para ser designado en provisionalidad se deben atender las siguientes exigencias: **1)** ser nacional Colombiano; **2)** poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y; **3)** hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

El mismo precepto prevé que el nombramiento en el servicio exterior, cuando se nombra en provisionalidad, no podrá exceder de cuatro años.

iv) Caso concreto

Como antes se precisó, compete a la Sala determinar si el Decreto No. 1983 del 6 de diciembre de 2016 mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito al Consulado de Colombia en Toronto, Canadá, vulnera los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto 274 de 2000.

¹³ Sentencia C-292 de 2001

La Sala debe advertir que esta Sección, en un primer momento¹⁴, concluyó que cuando se solicite la nulidad de nombramientos en provisionalidad de cargos que hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular, le corresponde a la parte actora probar que: **i) para la fecha de la cuestionada designación existían funcionarios del mismo rango del demandado**, pero también que esas personas **ii) no están en cumplimiento del periodo de alternación**, en este sentido en el mentado fallo se plasmó:

“La hermenéutica de las normas transcritas supone entonces que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en planta interna como externa, está sujeta al cumplimiento de un requisito muy especial, como es el periodo de alternación. Es decir que no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir, que se haya terminado su periodo de alternancia para poder ser nombrado.

(...)

*Los mencionados funcionarios y los demás que aparecen en el listado obrante a folios 198 a 201, **si bien estaban escalafonados dentro de la Carrera Diplomática y Consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrada la ahora demandada, no estaban disponibles para ocupar el cargo por estar en período de alternación**, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad de la Resolución número 0387 de 2013; por consiguiente el acto acusado no transgrede entonces lo dispuesto en el Decreto Ley 274 de 2000, ya que se cumplen los requisitos para designar a la funcionaria en provisionalidad al no existir funcionarios de carrera que hayan cumplido con la alternación en el tiempo que surgió la vacante.*

Tesis reiterada en sentencia del 16 de octubre de 2014¹⁵ también dictada por la Sección Quinta de esta Corporación.

Empero, esta Corporación en fallo de tutela contra providencia judicial de 12 de marzo de 2015¹⁶, respecto a la temática planteada **avaló la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “A”¹⁷**, la cual, si bien, acoge lo dicho por el Consejo de Estado en el fallo de 30 de enero de 2014, respecto de la alternación, expuso que se debe tener en consideración que **“... si el cargo a proveer ya sea en el interior o en el exterior (i) cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto, (ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, el funcionario escalafonado en la misma categoría si se encuentra en el exterior haya cumplido con la frecuencia de 12 meses**

¹⁴ Sentencia de 30 de enero de 2014

¹⁵ Rad. No. 2014-00013-01, actor: Enrique Antonio Celis Durán, C.P. Alberto Yepes Barreiro

¹⁶ Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. Alberto Yepes Barreiro

¹⁷ Sentencia de 24 de julio de 2014, Rad. No. Radicado No. 2014-00018-00.

en la sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante, aserto que deberá encontrarse debidamente probado en el plenario” (Negrilla fuera de texto).

En este sentido en el referenciado fallo de tutela del Consejo de Estado, al respecto, se señaló:

*“Del análisis de las consideraciones expuestas por la autoridad judicial accionada se tiene que el primer argumento, con el cual la entidad accionante pretende infirmar la sentencia, referido al ‘desconocimiento del precedente jurisprudencial’, observa la Sala que el mismo no está llamado a prosperar, toda vez, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección ‘A’, al explicar la situación administrativa de provisionalidad, acogió los argumentos expuestos en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 30 de enero de 2014, relativos a la facultad que tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores de realizar nombramientos en provisionalidad, no solo cuando exista personal escalafonado en la categoría del cargo a proveer, sino en los casos que aun existiendo no se presenta **disponibilidad**, de éste por estar en curso el periodo de alternación.*

Sin embargo, es evidente que aun cuando acogió la ratio decidendi, aplicando la excepción contenida en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, consideró que la decisión a adoptar en el caso concreto no podía ser la misma que tomó en su oportunidad esta Sección, toda vez que, si bien se trataba de un caso similar, las pruebas aportadas al expediente encaminadas a demostrar la existencia o no de un funcionario disponible para ocupar el cargo en carrera no eran iguales.

En efecto, en el caso analizado por esta Sección y que se trae como precedente desconocido había lugar al nombramiento en provisionalidad, porque de las pruebas allegadas en esa oportunidad se podía concluir que no existía personal de carrera disponible para ocupar el cargo, por el contrario, en el sub lite la autoridad accionada encontró plenamente demostrada la existencia de un funcionario que había cumplido el período de permanencia en el cargo en el exterior y que tenía la posibilidad de ser nombrado.

Esta circunstancia no puede ser desvirtuada por la situación expuesta por la entidad accionante, referida a que el funcionario, a su vez, venía trasladado de otro cargo en el exterior, toda vez que aún tenía posibilidad de cumplir su periodo de alternación en un cargo fuera del país en el cual debía ser nombrado para efectos de garantizar sus derechos de carrera.

En consecuencia, pese al que el precedente contenido en la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado es vinculante para el Tribunal accionado, en este caso el mismo aplicó la excepción contenida en

la norma jurídica que regula la materia de acuerdo a las pruebas allegadas en su oportunidad”.

Dicha tesis según la cual, **de existir prueba que demuestre que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular lleve más de doce (12) meses en el periodo de alternación, lo acredita como funcionario disponible para el nombramiento** pues, no se requiere el cumplimiento completo del periodo, encuentra su fundamento legal en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, que prevé:

“FRECUENCIA. *La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:*

a. *El tiempo de servicio en el exterior será de 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, según las necesidades del servicio, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, el cual deberá tener en cuenta la voluntad del funcionario.*

b. *El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúanse de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieren el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.*

c. *La frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione del cargo en planta interna, según el caso.*

d. *El tiempo de servicio que exceda de la frecuencia del lapso de alternación, mientras se hace efectivo el desplazamiento de que trata el artículo 39, no será considerado como tiempo de prórroga ni como incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.*

PARÁGRAFO. *Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior **no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva**, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país”* (Negrilla fuera de texto).

En este sentido el Tribunal en el fallo que se cuestionaba, expuso:

“...atendiendo la frecuencia de los lapsos de alternación, en cuanto a que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, y dadas las fechas de la comisión del señor JORGE

ALFREDO DÍAZ BRAVO, al momento del nombramiento objeto de la presente controversia, este funcionario de carrera se encontraba disponible, y por tanto cumple con los requisitos para proveer el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1210, Grado 11 adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago – Estados Unidos de América para que terminara su período de alternación en el servicio exterior...”.

Tesis, nuevamente, reiterada por el propio Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015¹⁸, en la que se manifestó:

“Así las cosas, la Sala puede concluir que los funcionarios de carrera diplomática se encontraban en total disponibilidad para ser nombrados en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores en el que nombraron al señor Fernando Núñez Cocunubo, porque habían cumplido más de los doce (12) meses prestando sus servicios en el exterior, y por lo tanto, pudieron ser designados en ese cargo, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 que reza:

(...) Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país” (Subrayas de la Sala).

En desarrollo de lo anterior, esta Sección en fallo de 31 de marzo de 2016¹⁹, precisó que para el estudio de procesos como el presente se debe:

“...verificar si (...) está acreditado si alguno de los 8 funcionarios, de los cuales se afirma que estaban inscritos en carrera diplomática en el rango de Ministro Plenipotenciario, a pesar de estar en cumplimiento del periodo de alternancia, se encuentran en la circunstancia descrita en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

(...)

*La Sala de manera consecuente con los antecedentes jurisprudenciales antes citados, debe insistir en que **es al demandante al que le compete probar, vía actas de posesión, la fecha de iniciación de los periodos de alternancia de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en apariencia tenía mejor derecho para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y así poder determinar si hay lugar o no a dar aplicación al parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000”** (Negrilla fuera de texto).*

¹⁸ Rad. No. 2014-02734-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. Alberto Yepes Barreiro

¹⁹ Rad. No. 2015-00443-01, demandado: Carlos Edgardo Barragán Vega, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Tesis que fue reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2017, Rad. No. 2016-00037-01, actor: Enrique Antonio Celis Durán, C.P. Rocío Araújo Oñate.

Las anteriores conclusiones, de las cuales se hace eco en la sentencia apelada, en criterio del recurrente, contiene una *“interpretación limitada”* de los artículos 37 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y desconoce el artículo 53 de la misma normativa.

Como fundamento de afirmación sostiene que la aplicación de la *“excepción”* contenida en el párrafo 37 no habilita de manera automática al funcionario de carrera para que pueda ser designado en otro cargo en el exterior, pues entiende que, en esta circunstancia, el nombramiento estaría *“...sujeto a la discrecionalidad de la Administración [quien] tendrá que determinar la procedencia o no de la interrupción de los términos de alternación para que no se afecte la prestación del servicio”*.

La Sala anticipa que no tiene asidero el argumento del apelante, para lo cual, es importante destacar que el cuestionado nombramiento de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO** la excepción a la regla general según la cual los cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular **deben ser ocupados por funcionarios que hacen parte del escalafón**.

Es por lo anterior, que el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 dispone que *“...por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella...”*.

Así las cosas, de conformidad con dicho precepto, corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores agotar los procedimientos que sean necesarios para demostrar que no es *“...posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular **para proveer dichos cargos”***.

De acuerdo con lo expuesto, no resulta plausible que ante el mandato legal, contenido en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, que impone el deber de **acudir al principio de especialidad solo cuando no sea posible designar a funcionarios de carrera**, pretenda escudar su incuria para dar cumplimiento al párrafo del artículo 37 de la misma norma, aduciendo una presunta discrecionalidad, que dicho sea de paso, es inexistente ante la evidente regulación de los nombramientos de cargos de carrera diplomática y consular.

Por otra parte, el impugnante aduce que la interpretación del Tribunal, en la sentencia apelada, desconoce el contenido del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, empero, de la simple lectura de dicha norma la Sala encuentra que dicha norma no guarda similitud con el párrafo del artículo 37 pues mientras que la norma que se dice desconocida alude a la alternación dentro de Colombia el mencionado párrafo alude al servicio que se presta en el exterior.

En efecto, el artículo 53, en lo referente al tema objeto de debate, en su literal b), dispone:

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

Por su parte, el párrafo del artículo 37, prevé:

“Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país”.

Resulta evidente que no tiene vocación de prosperidad el argumento del apelante, pues como queda acreditado las normas refieren a situaciones fácticas disímiles, ahora bien si en gracia de discusión lo que se pretende demostrar con la cita del artículo 53 es la necesidad del concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, previo a interrumpir los lapsos de alternación, debe decir la Sala que de conformidad con todo lo expuesto, esta es una carga que debe asumir el Ministerio de Relaciones Exteriores en cada uno de los casos de los funcionarios que se encuentren cobijados por el el párrafo del artículo 37, pues es la llamada a demostrar que el nombramiento en provisionalidad atiende los requerimientos legales para su expedición.

De acuerdo con todo lo expuesto y en atención a que el nombramiento demandado de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, se realizó en provisionalidad y por así permitirlo el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000²⁰, corresponde a la Sala verificar si, en efecto, no había funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular que pudieran ocupar dicho cargo, esto de conformidad con los derroteros antes mencionados.

Otro reparo del recurrente, alude a los gastos que debe asumir la Administración para atender las situaciones administrativas de sus funcionarios y las situaciones particulares (familiares y económicas) de las personas que podrían ser trasladadas en virtud de los nombramientos, argumentos que no pueden llevar al traste con las razones legales antes expuestas que imponen el cumplimiento del contenido del el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, previo a acudir a los nombramientos de terceros en virtud del principio de especialidad.

²⁰ *“Por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.*

Lo anterior, sin dejar de mencionar que incluso en caso de nombramientos de personas ajenas a la carrera consular y diplomática, también es a la Administración a que le corresponde asumir los gastos que este genere, como lo dispone el acto administrativo que se pide anular en su artículo 3º *“Las erogaciones que ocasione el cumplimiento del presente decreto, se pagarán con cargo a los presupuestos del Ministerio de Relaciones Exteriores y su Fondo Rotatorio”*.

En virtud de lo expuesto y luego de desvirtuar los argumentos del apelante en lo concerniente a la interpretación de la normativa que regula el cuestionado nombramiento, resta a la Sala analizar sí como lo sostiene el apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores, para el 6 de diciembre de 2016 – nombramiento de la demandada- no existían funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular que pudieran haber sido nombrados en su lugar y con ello la aplicación del principio de especialidad estaría legalmente justificada.

Debe advertir la Sala que el recurrente afirma que prueba de su dicho se acredita con la certificación expedida por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores según la cual *“...no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en el escalafón...”*; sin embargo, dicha constancia no hace parte del plenario.

Ahora, debe la Sala verificar si los funcionarios a los que se alude en el fallo impugnado, para la fecha del cuestionado nombramiento de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, estaban cumpliendo su periodo de alternación en el exterior y, de ser así, si están inmersos en la excepción de que trata el parágrafo²¹ del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Encuentra la Sala que, en efecto, como lo adujo el Tribunal los funcionarios que en seguida se relacionan, bien habían podido ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, en el lugar de la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, pues hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular en ese mismo cargo y para la fecha del nombramiento ya superaban los 12 meses de su periodo de alternación en la sede respectiva.

En este orden de ideas, revisado el expediente la Sala encuentra que los siguientes actos de posesión de los funcionarios de los cuales se probó que están cumpliendo su alternación:

i) No. 303 de 1º de agosto de 2014 de **Olga Cielo Molina de la Villa**, como Ministro Consejero adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Corea²².

²¹ **PARÁGRAFO.** Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país.

²² Folio 83

ii) No. 002 de 2 de enero de 2013 de **Mirza Cristina Gnecco Pla**, como Ministro Consejero adscrito al Consulado de Colombia en Oranjestad²³.

iii) No. 004 de 2 de enero de 2012 de **Rafael Guillermo Arismendy Jiménez** como Primer Secretario de Relaciones Exteriores adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de Emiratos Árabes Unidos²⁴.

iv) Sin número, de 25 de julio de 2013 de **Pablo Antonio Rebolledo Schloss** como Consejero de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado General de Colombia ante Auckland, Nueva Zelanda²⁵.

v) Sin número, de 21 de julio de 2014 de **Daniel Ávila Camacho** como Ministro Consejero adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América²⁶.

vi) No. 361 de 23 de agosto de 2012 de **Carlos Alfredo Carretero Socha** como Ministro Consejero adscrito a la misión permanente de Colombia ante la ONU, con sede en Ginebra, Suiza²⁷.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el nombramiento demandado data del 6 de diciembre de 2016, se advierte que en aplicación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, todo funcionario que para la mentada fecha, ya tuviera más de 12 meses en cumplimiento del periodo de alternación, bien habría podido ser nombrado en lugar de la demandada, pues tiene el rango de Ministro Plenipotenciario inscrito en carrera diplomática y consular.

De acuerdo con la información, allegada por el propio Ministerio de Relaciones Exteriores, antes descrita se tiene que los doctores: *i)* Olga Cielo Molina de la Villa; *ii)* Mirza Cristina Gnecco Pla; *iii)* Rafael Guillermo Arismendy Jiménez; *iv)* Pablo Antonio Rebolledo Schloss *v)* Daniel Ávila Camacho y; *vi)* Carlos Alfredo Carretero Socha, para la fecha de expedición del decreto de nombramiento demandado ya contaban con más de 12 meses de cumplimiento del periodo de alternación.

En contera, contrario a los argumentos de defensa expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, está probado que al menos seis (6) de sus funcionarios, los antes mencionados, estaban inscritos en Carrera Diplomática y Consular, en el rango de Ministros Plenipotenciarios y, si bien estaban en periodo de alternación, los mismos ya habían superado el término de doce meses que exige el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 para poder “*ser designados en otro cargo en el exterior*”.

Todo lo dicho lleva a esta Sala a concluir que sí existían funcionarios de carrera que podían ser nombrados en el lugar de la doctora **CRISTINA PASTRANA**

²³ Folio 81

²⁴ Folio 136

²⁵ Folio 108

²⁶ Folio 122

²⁷ Folio 130

ARANGO, situación que desconoce la exigencia del artículo 60 del Decreto Ley 274, para realizar nombramientos en provisionalidad, según la cual, hay lugar a nombrar a alguien que no sea de carrera, cuando “...no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos...”.

Pues como se demostró, para la fecha en que se nombró a la doctora **CRISTINA PASTRANA ARANGO**, Ministro Plenipotenciario, existían funcionarios en carrera diplomática y consular, que bien podrían ser designados en su lugar.

En consecuencia, la sentencia apelada será confirmada, por las razones expuestas.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 10 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado