



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación interna: 2427

Número Único: 11001-03-06-000-2019-00145-00

Referencia: Carrera diplomática y consular. Lapsos de alternación – excepciones. Situación administrativa de comisión especial - tiempo de servicio.

El señor Ministro de Relaciones Exteriores formula a la Sala una consulta relacionada con las excepciones a los lapsos de alternación en planta interna y aplicación del tiempo de servicio en comisión de los funcionarios de carrera diplomática y consular.

I. ANTECEDENTES

Manifiesta el ministro que la carrera diplomática y consular está sometida a un régimen especial desarrollado por el Decreto Ley 274 de 2000 (en adelante, D.L. 274), el cual establece situaciones administrativas específicas como la alternación en planta externa y en planta interna y la comisión para situaciones especiales, entre otras.

Al respecto cita el artículo 37 del D.L. 274, sobre la frecuencia de los lapsos de alternación, prórrogas y la obligatoriedad de prestar el servicio en planta interna, respectivamente. Alude también al artículo 40 del citado decreto, relativo a las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación, en particular, cuando el funcionario se encuentra en planta interna y solicita su «salida anticipada al exterior por una situación especial», calificada como tal por la comisión de personal de la carrera diplomática y consular.

Afirma que en el marco de la alternación, según lo dispone el artículo 39 del D. L. 274, pueden presentarse traslados o la comisión para situaciones especiales. Respecto de esta última sostiene que su regulación específica se encuentra en el artículo 53 ibidem.

A juicio del señor ministro, los artículos 39, 40 y 53 del D.L. 274 no son excluyentes, sino por el contrario su aplicación debe ser complementaria y armónica. «Significa, entonces, que una vez exista concepto de la Comisión de Personal que clasifique una situación como especial o configurativa de fuerza mayor o caso fortuito y autorice una excepción a los lapsos de alternación, *procede el traslado anticipado del funcionario* bajo la figura de la comisión para situaciones especiales». (Cursiva textual).

Afirma que para el «traslado anticipado del funcionario», si la Administración se percata de la inexistencia de disponibilidad en la planta externa de un cargo de igual categoría a la que ocupa el funcionario, es posible su designación de un cargo de distinta categoría, utilizando la figura de la comisión para situaciones especiales. En cuanto a los tiempos de servicios en comisión cita el artículo 54 del D.L. 274.

Conforme a lo anterior expone el caso de un funcionario de carrera diplomática y consular, que en cumplimiento de los lapsos de alternación se encuentra en planta interna y a los dos años de estar prestando sus servicios solicita a la comisión de personal de la carrera que, por razones de fuerza mayor, se le autorice la excepción al cumplimiento de su lapso de alternación en planta interna. Autorizada la excepción por la comisión de carrera fue designado a través de una comisión para situaciones especiales para prestar sus servicios en una embajada de Colombia.

Transcurridos cuatro años del servicio en planta externa, el funcionario aduce que todavía no se ha cumplido con la frecuencia del lapso de alternación en el servicio exterior, puesto que este debería contabilizarse una vez finalice el periodo de alternación que le correspondía cumplir en planta interna (1 año), para lo cual se fundamenta en el párrafo 1 del artículo 57 del Decreto Ley 274.

Con base en lo anterior, para efectos de los lapsos de alternación y la aplicación de los tiempos de comisión al lapso en que se encontrare el funcionario al momento de concedérsele la comisión, formula las siguientes

PREGUNTAS:

«1. Si el funcionario de carrera diplomática y consular se encuentra cumpliendo los lapsos de alternación de que trata el artículo 37 del Decreto ley 274 de 2000 ¿desde qué momento debe contabilizarse el nuevo periodo de alternación al funcionario que se le interrumpió la misma al dar aplicación a la excepción del artículo 40 del Decreto ley 274 de 2000?»

2. Para los efectos relacionados con la frecuencia de los lapsos de alternación indicadas en el párrafo primero del artículo 57 del Decreto ley 274 de 2000 ¿cómo se debe aplicar el cómputo del periodo de alternación al momento de concedérsele la comisión?»

3. *¿En ejercicio de la facultad nominadora, puede el señor Ministro, comisionar a planta interna a un funcionario que ha sido comisionado previamente a planta externa, e interrumpir así esta comisión? En caso afirmativo ¿cómo se aplica la frecuencia de la alternación?*

4. *¿En caso de conflicto entre los regímenes de las comisiones y de alternación, establecidos por el Decreto ley 274 de 2000, cuál se debe aplicar de manera preferente?*

5. *Suponiendo que todos los funcionarios que sean beneficiarios de la excepción a la alternación establecida en el artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000 ocupasen el cargo de su categoría en el escalafón ¿cómo debe aplicarse lo establecido en el párrafo segundo del artículo 39 de la misma norma en cuanto a la designación de estos funcionarios en el exterior? Mas concretamente, podrían estos funcionarios ser designados mediante traslado en vez de ser nombrados en comisión por situaciones especiales, evitando así que posteriormente puedan alegar la aplicación del artículo 57 del Decreto en cuanto a tiempo de servicios en comisión?».*

II. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

Del contexto fáctico de la consulta y de las preguntas formuladas, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico: al presentarse una excepción a los lapsos de alternación en planta interna previstos en el régimen de carrera diplomática y consular, y otorgarse, en consecuencia, la situación administrativa conocida como comisión para situaciones especiales *¿cómo se contabilizan los tiempos de servicio en comisión frente a la frecuencia de los lapsos de alternación?*

Planteado el anterior problema jurídico es preciso recordar que respecto del régimen de carrera diplomática y consular previsto en el D.L. 274, y en particular sobre las situaciones administrativas especiales como son los lapsos de alternación y sus excepciones, así como la comisión para situaciones especiales, la Sala ha emitido los conceptos 2365 de 2018 y 2388 de 2019.

La doctrina fijada en tales conceptos se reiterará para resolver los aspectos consultados en la presente oportunidad como son: el tiempo de servicio en comisión para situaciones especiales y la contabilización del mismo para efectos de la alternación, así como la forma prevista en el D.L. 274 para aplicar la alternación: el traslado y la mencionada comisión.

En consecuencia, la metodología que empleará la Sala consistirá en: *i)* realizar una recapitulación, en lo pertinente, de la doctrina vertida en los conceptos

mencionados para resolver la presente consulta; ii) forma de aplicar la alternación, y iii) forma de contabilizar los tiempos de servicio en comisión para situaciones especiales frente a los lapsos de alternación.

B. Los conceptos 2365 de 2018 y 2388 de 2019. Reiteración de la doctrina de la Sala.

El D.L. 274 estructura y define la carrera diplomática y consular como «*una carrera especial, jerarquizada, que regula el ingreso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito*»; como parte de ella establece igualmente «*las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como **alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales***»¹. (Negrilla fuera de texto).

Dada esa naturaleza especial, resulta pertinente acudir a la doctrina de la Sala en relación con la alternación, sus excepciones y la comisión para situaciones especiales, en los apartes pertinentes para resolver la presente consulta.

1. Concepto 2365 de 2018

Está referido a la situación administrativa especial de alternación en planta externa y planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, a sus prórrogas y excepciones.

La Sala estableció que la alternación es una situación administrativa específica para los funcionarios pertenecientes a la carrera Diplomática y Consular e inherente² a dicha carrera, que permite desarrollar de manera óptima el servicio exterior colombiano, por lo que se constituye en un deber exigible a tales funcionarios bajo la prevalencia del interés nacional (general) sobre el del funcionario (particular), al punto que su incumplimiento se sanciona con el retiro de la carrera y del servicio.

De esta forma es obligación de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado. Deber que, a la vez, constituye condición necesaria para ser luego designado en planta externa, en aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La renuencia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la carrera diplomática y consular, sino del servicio, efecto que se extiende a las circunstancias previstas en el parágrafo del artículo 38 del D.L. 274.

Por definición, la alternación impide que el servidor de carrera diplomática permanezca *indefinidamente* en planta externa o planta interna, por lo que la alternación *está sujeta a un término*, en función de las necesidades del servicio

¹ D.L. 274/00, Art. 13

² Corte Constitucional, sentencia C – 292 de 2001.

exterior, bajo el principio de transparencia que el D.L. 274 define así: «[p]revalencia de los intereses de la colectividad nacional respecto de los intereses personales de cada funcionario, en orden a una prestación del servicio acorde con las responsabilidades de quienes ejercen función pública en desarrollo de la política internacional del Estado».

Dilucidada la noción de alternación, la Sala analizó la operatividad de ese deber según lo previsto en el D.L. 274 bajo las denominaciones «lapsos de alternación», «equivalencias de los cargos» y «frecuencia», así como las excepciones correspondientes, temas que están relacionados con la presente consulta.

En efecto, aludió la Sala al artículo 40 del D.L. 274 que señala las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación contenidos en los literales a. y b. del artículo 37 *ibidem* (tiempo de servicio en planta externa o planta interna, respectivamente), como son las circunstancias de fuerza mayor o el caso fortuito «debidamente acreditadas, que sean calificadas como tales» por la comisión de personal de la carrera diplomática y consular. Adicionalmente, para el caso de la alternación cuando se está prestando el servicio en planta interna, también constituyen excepción «aquellas circunstancias de especial naturaleza calificadas como tales» por dicha comisión.

Resaltó la Sala que resultaba común a las circunstancias exceptivas mencionadas la «necesidad de la prueba» sobre las mismas, cuya carga corresponderá a quien la alega, lo que permitirá el pronunciamiento de la comisión de personal de carrera diplomática y consular que, con base en las pruebas disponibles, emitirá el concepto correspondiente sobre su procedencia (Artículo 73, literal c.), así como la interpretación restrictiva³ de tales excepciones.

Los anteriores criterios permitieron resolver las preguntas formuladas en la mencionada consulta⁴.

³ «Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación», artículo 31 del Código Civil:

⁴ «1. Considerando la regla general de tres (3) años ¿cuántas veces y por cuánto tiempo podrá concederse a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular, prórroga en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores?»

En el caso en que el funcionario esté prestando su servicio en planta interna, al término de los tres años deberá disponerse su desplazamiento a planta externa, salvo que a iniciativa del funcionario medie solicitud de prórroga. Esta solicitud será sometida a la aprobación de la Comisión de Personal de Carrera Diplomática y Consular la cual, con base en la evaluación de las necesidades del servicio, podrá otorgar la prórroga hasta por el término de tres años, en el entendido que la noción de prórroga lleva implícito un límite temporal, según las motivaciones de este concepto.

Así, se reitera, en el evento de aprobarse la prórroga por la Comisión de Carrera, esta procederá por una sola vez y por el plazo máximo de 3 años».

2. Concepto 2388 de 2019

Estuvo referido a los nombramientos provisionales en cargos de carrera diplomática y consular, tendiente a resolver el siguiente problema jurídico: «¿bajo qué circunstancias y con la observancia de qué requisitos son viables jurídicamente los nombramientos provisionales en cargos de carrera diplomática o consular?»

Conforme al anterior problema jurídico y a las preguntas formuladas, la Sala fijó su doctrina con la siguiente respuesta:

«El nombramiento provisional en cargos de carrera diplomática y consular es de carácter *excepcional*.

En dicha decisión priman *los elementos reglados*, esto es, que dada la imposibilidad jurídica, por aplicación de las normas legales de carrera (elemento reglado), de designar a un servidor inscrito en esta, el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta con la alternativa, por la *urgencia* (elemento discrecional) que la prestación del servicio impone, de acudir a personas externas a la carrera bajo la modalidad del nombramiento provisional, siempre y cuando: *i*) recaiga en una persona que cumpla los requisitos legales⁵ (elemento reglado), y *ii*) tenga

«2. ¿Las razones de salud física o mental o, la dependencia económica de un pariente, son suficientes para que la Comisión se abstenga de aplicar las reglas de alternación, permitiendo al funcionario permanecer en planta interna durante más de tres (3) años? ¿hay algún límite temporal a esa posibilidad de prórroga?»

La excepción '*circunstancias de especial naturaleza*' prevista para el caso de la alternación cuando se está prestando el servicio en planta interna, es de interpretación restrictiva, y por lo mismo, tales *circunstancias especiales* difieren de las causales de fuerza mayor o caso fortuito explicadas en este concepto y no pueden asimilarse a ellas.

Para que '*razones de salud física o mental*' o '*la dependencia económica de un pariente*', puedan ser consideradas '*circunstancias de especial naturaleza*' deben ser probadas y justificadas para el caso concreto por parte del funcionario, sin que tal demostración suponga necesariamente que deba concederse la excepción a la frecuencia de los lapsos de alternación, toda vez que debe ser ponderada frente a la necesidad del servicio exterior colombiano (intereses generales). Existe así un *margen de apreciación* para la Administración que le permite un marco de posibilidades para determinar la consecuencia jurídica de permanencia o no en planta interna, y el plazo que se otorgue para el efecto, sin que pueda superar los tres años».

⁵ El artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 establece como requisitos para ser nombrado en provisionalidad i) ser nacional Colombiano; ii) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y; iii) hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas, no obstante, este requisito puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

*carácter transitorio*⁶, o sea, hasta tanto se surtan los *procedimientos* necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad (elemento reglado).

Adicionalmente, respecto de los nombramientos en provisionalidad en *planta externa*, el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene el deber de verificar, antes de realizar el nombramiento provisional, si existe disponibilidad de funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular para ocupar el cargo.

Por otra parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores puede evaluar la posibilidad de acudir a la comisión para situaciones especiales prevista en el artículo 53 del D.L. 274 de 2000 para, si es el caso -previo el otorgamiento de la citada comisión-, autorizar o designar en el cargo en el exterior a un servidor de carrera diplomática y consular, antes de acudir al nombramiento provisional de una persona ajena a esta.

En cuanto a la *planta interna*, además de observar los requisitos generales previstos en los artículos 60 y 61 del D.L. 274 de 2000, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá evaluar la posibilidad de designar funcionarios de carrera diplomática y consular -previa comisión para situaciones especiales (artículo 53 del D.L. 274 de 2000)-, en cargos de planta interna de categoría superior al que desempeñen, antes de acudir al nombramiento de provisionales que no pertenezcan a dicha carrera».

Del recuento realizado hasta el momento, se evidencia que la doctrina de la Sala vertida en los conceptos 2365 de 2018 y 2388 de 2019, establece como ejes definitorios los siguientes:

- i)* Aplicar de manera óptima las normas que rigen el servicio exterior colombiano, para que prevalezca el interés nacional (general) sobre el del funcionario (particular)
- ii)* Garantizar el efectivo cumplimiento de las reglas del régimen de carrera diplomática y consular, en particular la aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La alternación es *inherente* a la carrera diplomática y consular y, por tanto, se constituye en el núcleo esencial de la misma
- iii)* Respetar los lapsos de alternación, lo que impide que el servidor de carrera diplomática permanezca *indefinidamente* en la situación administrativa correspondiente (planta externa o planta interna), pues la alternación *está sujeta a un término*, en función de las necesidades del servicio exterior

⁶ "b. El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años". (artículo 61 del D.L. 274 de 2000).

iv) El deber de respetar los lapsos de alternación, impone interpretar restrictivamente las excepciones previstas para tales lapsos, no solo por expresa disposición legal, sino por sus implicaciones en la operatividad de los lapsos de alternación.

En efecto, la carrera diplomática tiene como condición el cumplimiento de lapsos de alternación que, por definición, corresponde a un término legalmente establecido. En condiciones normales, tales lapsos deberían cumplirse en su integridad, generando la dinámica ordinaria de movilidad (planta interna – planta externa) que buscan las normas de carrera. No obstante, necesidades del servicio exterior o excepciones legalmente establecidas pueden llevar a la variación de tales lapsos, sin que tales interrupciones o excepciones se conviertan en la regla general, puesto que no se cumplirían los propósitos del D.L. 274 y se generarían problemas de operatividad para el servicio exterior colombiano y afectaciones a los derechos de carrera de los funcionarios.

A manera de ejemplo, la protección de los derechos de los funcionarios de carrera diplomática y consular llevó a la Sala a considerar en el concepto 2388 de 2019, que los nombramientos provisionales en cargos de carrera deben ser de carácter *excepcional*. En tales casos, se sostuvo que el Ministerio de Relaciones Exteriores puede acudir a la comisión para situaciones especiales prevista en el artículo 53 del D.L. 274 de 2000 para -previo el otorgamiento de la citada comisión-, autorizar o designar en el cargo en el exterior a un servidor de carrera diplomática y consular, antes de acudir al nombramiento provisional de una persona ajena a esta.

Las premisas anteriores guiarán las respuestas de la Sala a la presente consulta, referida a la forma de aplicar la alternación y de contabilizar los tiempos de servicio en comisión para situaciones especiales frente a los lapsos de alternación.

C. Forma de aplicar la alternación

Según lo dispone el párrafo segundo del artículo 39 del D.L. 274 de 2000, para la operatividad de la alternación se realizará un traslado o se otorgará comisión para situaciones especiales:

«Artículo 39. Aplicación. La alternación se aplicará de la siguiente forma:

- a. La Dirección del Talento Humano o la dependencia que en cualquier tiempo hiciere sus veces, mantendrá un registro de los lapsos de alternación de cada funcionario.
- b. Cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso la Dirección del Talento Humano o la dependencia que hiciere sus veces, coordinará las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma.

c. Los desplazamientos para los Funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que sean resultado de la alternación, se harán efectivos en los siguientes meses:

1) Durante el mes de Julio, los causados durante los meses de Enero a Junio anteriores a dicho mes de Julio.

2) Durante el mes de Enero, los causados durante los meses de Julio a Diciembre anteriores a dicho mes de Enero.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos relacionados con lo previsto en este Artículo, el Decreto o los Decretos respectivos deberán ser expedidos y comunicados durante el mes de Mayo para los desplazamientos que se produzcan en el mes de Julio y, durante el mes de Noviembre cuando el desplazamiento se realizare en el mes de Enero. En todo caso, a partir de la comunicación del decreto respectivo, el funcionario tendrá derecho a dos meses de plazo para iniciar sus labores en el nuevo destino, además de los 5 días de permiso remunerado necesarios para el desplazamiento. (Se resalta).

PARÁGRAFO 2. Cuando para aplicar la alternación se designare el funcionario en un cargo correspondiente a la categoría en la cual estuviere escalafonado o su equivalente en planta interna, se realizará un traslado. En los demás casos la designación tendrá lugar mediante comisión para situaciones especiales».

La norma transcrita establece reglas de operatividad para cumplir con la alternación, en el contexto de la dinámica ordinaria de movilidad (planta interna – planta externa), que resulta inherente a la carrera diplomática y consular. De esta manera, los desplazamientos de funcionarios como resultado de la alternación se materializan a través de dos instrumentos legales: traslado y comisión para situaciones especiales, los cuales se explicarán a continuación.

a. Traslado

El D.L. 274 no define lo que se entiende por traslado. De la norma transcrita se deduce que al estar sometida la alternación a un término, al cumplimiento de ese lapso la designación de funcionarios en la misma categoría en que estuviere escalafonado o en su equivalente en planta interna, deberá realizarse mediante traslado (elemento reglado).

En cuanto al elemento reglado conviene recordar lo dicho por la Sala en el Concepto 2365, en el sentido de que el sistema de equivalencias entre los cargos de planta externa y planta interna, permite facilitar en la práctica dicha alternación al vencimiento del período correspondiente.

Tanto la planta interna como la planta externa se integran con las varias clases de empleos, carreras y categorías que con igual finalidad ha establecido el legislador para la operatividad del Ministerio de Relaciones Exteriores; así, la planta interna incluye empleos de libre nombramiento y remoción y empleos de carrera

administrativa, y la planta externa, empleos de libre nombramiento y remoción y los empleos que conforman el escalafón de la carrera diplomática y consular. En efecto, el artículo 12 del D.L. 274 establece:

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

Así las cosas, el sistema de equivalencias entre los cargos de la planta externa y de la planta interna facilita la alternación entre los empleados que ejercen funciones para el servicio exterior, lo que a su vez determina la especial estructura y la naturaleza de los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores, concilia los intereses del Estado con los del servidor público y facilita su traslado al vencimiento del lapso de alternación correspondiente.

Ahora bien, aunque el traslado no está comprendido en el D.L. 274 como una situación administrativa especial de la carrera diplomática y consular⁷, sí fue previsto en el régimen general para el sector público, como forma de movimiento del personal al servicio del Estado, según se establece en el Decreto 1083 de 2015⁸, a saber:

«ARTÍCULO 2.2.5.4.2 Traslado o permuta. Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos con funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, los jefes de cada entidad deberán autorizarlos mediante acto administrativo.

⁷ D.L. 274/00: «**ARTÍCULO 13. De la Carrera Diplomática y Consular.** La Carrera Diplomática y Consular 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.

La Carrera Diplomática y Consular regula igualmente las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales.

Por virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la carrera diplomática y consular estará a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que en este estatuto se indiquen». (Subraya la Sala).

⁸ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública».

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo dispuesto en este decreto»⁹. (Se subraya).

Como puede apreciarse, existe concordancia entre el D.L. 274 y las normas generales de la función pública, en particular en lo atinente a que el traslado se realiza en la misma categoría en que se encuentre escalafonado o su equivalente en planta interna de la carrera diplomática y consular.

Es importante agregar que al ser el traslado una forma de provisión del empleo, el cargo al cual se va a trasladar al funcionario de carrera debe estar vacante en forma definitiva.

Así las cosas, al vencimiento del período de alternación respectivo se efectuará el traslado correspondiente del funcionario de carrera con la condición de que la designación se realice en la misma categoría en que se encuentre escalafonado o su equivalente en planta interna de la carrera diplomática y consular.

b. Comisión para situaciones especiales

En el régimen de carrera diplomática y consular las comisiones son situaciones administrativas que consisten en “[l]a designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar transitoriamente cargos o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones o en cumplimiento de las tareas propias de la categoría a la que pertenciere dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular”. (art. 46 D.L. 274. Subraya la Sala).

Como se aprecia, la comisión como situación administrativa especial de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, permite al nominador el cumplimiento de determinadas finalidades, según las necesidades del servicio.

En efecto, para el artículo 47 del D.L. 274, las « actividades especiales o las circunstancias excepcionales » que le sirven de causa a las comisiones dan lugar a las siguientes modalidades: i) de estudios; ii) para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción; iii) para situaciones especiales, y iv) de servicio.

Dado que la consulta se refiere a la comisión para situaciones especiales se

⁹ Esta norma correspondía originalmente al artículo 29 del decreto 1950 de 1973 «*Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*».

transcribe, en lo pertinente, el artículo 53 del D.L. 274:

«Artículo 53. Procedencia y fines. Los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar Comisión para situaciones especiales, en los siguientes casos:

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

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

(...)

Parágrafo primero. En el caso mencionado en el literal a. de este artículo, si el funcionario es comisionado para desempeñar un cargo de superior categoría a la que le corresponde en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, tendrá derecho a que se le reconozca la diferencia que haya entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión, solamente durante el tiempo que desempeñe la comisión.

Si fuere comisionado a un cargo de inferior categoría en el escalafón o en su equivalente en planta interna, tendrá derecho a conservar el nivel de asignación básica correspondiente a la categoría a la cual perteneciere».

La Corte Constitucional al resolver los cargos de inexecutableidad planteados contra la norma transcrita, en particular que el nombramiento en comisión en un cargo de inferior categoría podía transgredir los derechos de los trabajadores, sostuvo en la sentencia C – 292 de 2000, lo siguiente:

«En relación con los apartes demandados del artículo 53 del Decreto 274 de 2000, es de anotar que esta norma regula la procedencia y los fines de la comisión para situaciones especiales en la carrera diplomática y consular y que los apartes demandados tienen que ver con la comisión en cargos inferiores, el no reconocimiento de viáticos y pasajes cuando se otorgue comisión para presentación de exámenes de idoneidad para ascenso y con la conservación del nivel de asignación básica correspondiente al cargo de planta externa de quien ha sido comisionado en un cargo inferior en planta interna.

En relación con el aparte del literal a y con el inciso final del parágrafo primero, la Corte se remite a lo expuesto en precedencia: La comisión en planta interna de funcionarios que se encuentran en planta externa **se explica en razón de la alternación como institución inherente al servicio exterior** y ello explica que sea posible designar en un cargo inferior a quien en planta externa ocupa un cargo superior. De allí porque la facultad de

designación, en esas condiciones, en un cargo inferior no tenga por qué reputarse inconstitucional». (La negrilla es de la Sala).

Como se desprende del texto de la disposición transcrita y de la jurisprudencia constitucional, la finalidad de la comisión para situaciones especiales prevista en el literal a) del artículo 53 del D.L. 274 corresponde a la aplicación de la alternación, en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 39 de ese decreto. En consecuencia, la procedencia de la comisión en este caso estará sujeta al cumplimiento de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior e *inherente* a la carrera diplomática y consular.

Ahora, en relación con el caso consultado, estima la Sala que se encuentra regulado en el literal b) del artículo 53 del D.L. 274, en la medida en que la comisión para situaciones especiales correspondería a una excepción al lapso de alternación en planta interna, en concordancia con el artículo 40 del ese mismo decreto.

Así las cosas, los funcionarios de carrera diplomática y consular pueden ser autorizados para desempeñar en comisión en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón a la cual pertenecieren, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación en planta interna, por acaecimiento de una de las excepciones legalmente establecidas, previo concepto favorable de la comisión de personal de la carrera diplomática y consular.

Como lo ha explicado la Sala, se trata de una posibilidad *excepcional que debe ser ponderada* frente a la necesidad del servicio exterior colombiano. Por tanto, la discrecionalidad atribuida a la Administración no es libre o absoluta, ni puede ser arbitraria, sino que es "*jurídicamente vinculada*" a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, en los términos del artículo 44 del CPACA¹⁰, esto es, bajo criterios de necesidad y proporcionalidad.

De lo anterior se sigue que las "*necesidades del servicio*" con las cuales haya de procederse a otorgar comisión para situaciones especiales en el exterior deberán justificarse de manera precisa, señalando las circunstancias objetivas en que se fundamenta.

Para la Sala, al tratarse de la excepción a un lapso de alternación en planta interna, la situación administrativa de comisión especial está supeditada a las necesidades del servicio, ya que prevalece el interés nacional (general) sobre el del funcionario (particular).

¹⁰ ART. 44.-Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

D. Forma de contabilizar los tiempos de servicio en comisión para situaciones especiales frente a los lapsos de alternación

Al respecto, es preciso citar los artículos 56 y 57 del D.L. 274 que establecen las reglas comunes en cuanto a la duración y tiempo de servicio respecto de las comisiones previstas para la carrera diplomática y consular:

«**ARTÍCULO 56. Duración.** Con excepción de las comisiones de servicio que se regularán por las reglas generales para dicha clase de comisiones y de la comisión de estudios, la cual no podrá exceder de tres años, las demás modalidades de comisión a que se refiere este Decreto, tendrán la duración que corresponda a la naturaleza y al propósito de la misma, sin que cada comisión exceda de seis años, salvo cuando se tratare de comisiones en organismos internacionales, a las que se refiere el literal c. del Artículo 53 de este Decreto; caso en el cual el tiempo de duración de la comisión será el que correspondiere en dicho organismo al cargo respectivo.

Vencido el término de cualquiera de las comisiones consagradas en este Decreto, el funcionario deberá continuar el servicio en las condiciones habituales. El incumplimiento injustificado de esta obligación dará lugar a la correspondiente investigación disciplinaria». (Subraya la Sala).

De las diferentes clases de comisiones previstas en el D.L. 274, se destaca, para el caso consultado, la comisión para situaciones especiales. Se infiere de la norma transcrita que esta comisión tiene una duración definida por la naturaleza y el propósito de la misma, término que en ningún caso puede superar los seis años, salvo que se trate de comisiones en organismos internacionales, evento en el cual el tiempo de duración de la comisión será el que correspondiere al cargo en el organismo respectivo.

Por su parte, el artículo 57 *ibídem*, establece:

«**ARTÍCULO 57. Tiempo de Servicio en Comisión.** El tiempo de servicio en comisión se entenderá como de servicio activo para todos los efectos, tales como, frecuencia de los lapsos de alternación, tiempo de permanencia en la categoría del escalafón de la Carrera y liquidación de prestaciones sociales. No obstante, para el caso específico de la liquidación de prestaciones sociales no se tendrá en cuenta el tiempo servido durante el desempeño de la Comisión de que trata el literal c. del artículo 53 de este Decreto.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos relacionados con la frecuencia de los lapsos de alternación, el tiempo en comisión se aplicará inicialmente al lapso de alternación en el cual se encontrare el funcionario en el momento de otorgarse la comisión, hasta completar el correspondiente período máximo de frecuencia a que se refiere el artículo 37 de este Decreto. Si el tiempo de la comisión fuere superior a dichos períodos máximos de frecuencia, el excedente se imputará al nuevo lapso de alternación a que hubiere lugar.

PARÁGRAFO 2. El tiempo de comisión de estudios superior a tres meses, no se computará como de servicio activo para el lapso de frecuencia de alternación en planta interna».

Como se aprecia, el artículo 57 del D.L. 274 remite expresamente al artículo 37 *ibídem*¹¹, relativo a la frecuencia de lapsos de alternación, esto es, el tiempo de servicio que el empleado de carrera diplomática y consular debe permanecer tanto en planta externa como interna. El análisis sobre los lapsos de alternación fue realizado por la Sala en el concepto 2365 de 2018, que en lo pertinente se reitera:

i) Tiempo de permanencia: En planta externa, será de **cuatro años** continuos; en planta interna, será de **tres años**, salvo en el caso del rango de tercer secretario quien al iniciar su servicio en planta interna deberá permanecer por dos años contados a partir de la terminación del período de prueba;

Destaca la Sala que el párrafo del artículo 37, establece que quienes se encuentren prestando su servicio en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas por la Comisión de Carrera.

ii) Disponibilidad: requisito deducido por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado en atención a la operatividad de los lapsos de alternación, según la cual “[e]s necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y que el mismo

¹¹ «Artículo 37. 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.

PARAGRAFO. 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».

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, esto es, que se haya terminado su periodo en la planta interna o externa para poder ser nombrado"¹², sin perjuicio de la excepción prevista en el párrafo del artículo 37, según se explicará más adelante. (Subrayado y negrilla textual).

De esta manera, la interpretación del párrafo del artículo 57 del D.L. 274, parte del supuesto de que el cómputo del tiempo en comisión para situaciones especiales frente al lapso de alternación se aplicará inicialmente al lapso en el cual se encontrare el funcionario en el momento de otorgarse la comisión.

Para el caso consultado, se trata de un funcionario que en cumplimiento de los lapsos de alternación se encuentra en planta interna y a los dos años de estar prestando sus servicios (esto es, faltando un año para cumplir su tiempo de alternación), la comisión de personal de la carrera diplomática y consular le concedió, por razones de fuerza mayor, la excepción al cumplimiento de su lapso de alternación. Dada la anterior situación, fue designado a través de una comisión para situaciones especiales al servicio de una Embajada de Colombia.

Bajo los presupuestos anteriores, entiende la Sala que la comisión se fundamentó en literal b) del artículo 53 del D.L. 274, dado que el funcionario se encontraba en planta interna y fue comisionado a planta externa y, por lo mismo, desempeña en el exterior el cargo "*dentro de la categoría del escalafón de la carrera diplomática y consular*" en la que se encuentra escalafonado.

En la consulta no se indica el término de duración de la comisión, tal como lo exigen los artículos 56 y 57 del D.L. 274. En todo caso, deberá entenderse que la comisión para situaciones especiales no puede ser superior a seis años, por expresa disposición del artículo 56 citado.

Ahora, para los efectos de la frecuencia de los lapsos de alternación, el párrafo primero del artículo 57 dispone que el tiempo en comisión se aplicará inicialmente al lapso en planta interna (puesto que en ella se encontraba el funcionario al momento de otorgarse la comisión), "hasta completar el correspondiente periodo máximo de frecuencia" previsto en el artículo 37 del D.L. 274. Para el caso consultado se contabilizará un año de comisión, que, sumado a los dos años de servicio en planta interna al momento de otorgarse la comisión, completaría el periodo máximo de frecuencia de tres años previsto en dicho artículo 37.

Se desprende de la consulta que el tiempo de la comisión superó dicho período máximo de frecuencia (planta interna), por lo que el "excedente" deberá imputarse al

¹² Ibidem.

nuevo periodo de alternación, esta vez correspondiente al lapso en planta externa, que el artículo 37 ibidem fija en cuatro años.

En consecuencia, bajo los supuestos señalados en la consulta según los cuales un funcionario de carrera diplomática y consular se encuentra en planta externa desde hace cuatro años, bajo la situación administrativa de comisión en situaciones especiales, es preciso afirmar que el primer año de comisión se debe imputar al lapso de alternación de planta interna, lo que, a su vez, llevará a completar dicho lapso (tres años). A partir de allí comenzaría a contarse el lapso de alternación en planta externa, cuyo tiempo de permanencia es de cuatro años, por lo que en el caso del señalado funcionario, aún le restaría un año de servicio para completar el lapso de alternación en planta externa.

Con base en las anteriores consideraciones,

III. LA SALA RESPONDE:

«1. Si el funcionario de carrera diplomática y consular se encuentra cumpliendo los lapsos de alternación de que trata el artículo 37 del Decreto ley 274 de 2000 ¿desde qué momento debe contabilizarse el nuevo periodo de alternación al funcionario que se le interrumpió la misma al dar aplicación a la excepción del artículo 40 del Decreto ley 274 de 2000?»

Para el caso consultado, el funcionario de carrera diplomática y consular puede ser autorizado, mediante comisión para situaciones especiales, para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón a la cual pertenece, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación en planta interna, por acaecimiento de una de las excepciones legalmente establecidas, previo concepto favorable de la comisión de personal de la carrera diplomática y consular, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, en concordancia con el artículo 40 de ese mismo decreto.

La comisión para situaciones especiales correspondería en estos casos a una posibilidad *excepcional que debe ser ponderada* frente a la necesidad del servicio exterior colombiano.

Para los efectos de la frecuencia de los lapsos de alternación, el párrafo primero del artículo 57 del Decreto Ley 274 dispone que el tiempo en comisión se aplicará inicialmente al lapso en planta interna (puesto que en ella se encontraba al momento de otorgarse la comisión), "hasta completar el correspondiente periodo máximo de frecuencia" previsto en el artículo 37 del mencionado decreto.

2. «Para los efectos relacionados con la frecuencia de los lapsos de alternación indicadas en el párrafo primero del artículo 57 del Decreto ley

274 de 2000 ¿cómo se debe aplicar el cómputo del periodo de alternación al momento de concedérsele la comisión?»

Según el párrafo primero del artículo 57 del D.L. 274 de 2000, el cómputo del tiempo en comisión para situaciones especiales frente al lapso de alternación se aplicará inicialmente al lapso en el cual se encontrare el funcionario en el momento de otorgarse la comisión.

3. «¿En ejercicio de la facultad nominadora, puede el señor Ministro, comisionar a planta interna a un funcionario que ha sido comisionado previamente a planta externa, e interrumpir así esta comisión? En caso afirmativo ¿cómo se aplica la frecuencia de la alternación?».

Cuando se conceda la situación administrativa de comisión para situaciones especiales como excepción a un lapso de alternación en planta interna, dicha comisión estará supeditada a las necesidades del servicio y tendrá una duración definida por la naturaleza y el propósito de la misma, término que en ningún caso puede superar los seis años, según lo dispone el artículo 56 del D.L. 274 de 2000.

Vencido el término de la comisión para situaciones especiales o cumplido su objeto, según lo determine el nominador, el funcionario deberá continuar en el servicio en las condiciones habituales, tal como lo establece el artículo 56 citado.

Según el párrafo primero del artículo 57 del D.L. 274 de 2000, el cómputo del tiempo en comisión para situaciones especiales frente al lapso de alternación se aplicará inicialmente al lapso en el cual se encontrare el funcionario en el momento de otorgarse la comisión. Al regresar a las condiciones habituales del servicio, se aplicará el tiempo de servicio al lapso de alternación en planta interna, "hasta completar el correspondiente periodo máximo de frecuencia", previsto en el artículo 37 del mencionado decreto.

Conforme a la respuesta dada, puede sostenerse que en el D.L. 274 de 2000 no se previó la potestad del nominador de interrumpir la situación administrativa de comisión, sin perjuicio de que pueda disponer que se ha cumplido su objeto con anterioridad al término originalmente previsto.

4. «¿En caso de conflicto entre los regímenes de las comisiones y de alternación, establecidos por el Decreto ley 274 de 2000, cuál se debe aplicar de manera preferente?»

La alternación es *inherente* a la carrera diplomática y consular y, por tanto, se constituye en el núcleo esencial de la misma. De esta manera, corresponde a las autoridades que administran la carrera garantizar la aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior.

La comisión para situaciones especiales prevista en el literal a) del artículo 53 del D.L. 274 de 2000 es un instrumento para cumplir con la alternación, en el contexto de la dinámica ordinaria de movilidad (planta interna – planta externa), que resulta inherente a la carrera diplomática y consular.

Así mismo, cuando se conceda la situación administrativa de comisión para situaciones especiales como excepción a un lapso de alternación en planta interna (literal b) del artículo 53 ibidem), dicha comisión estará supeditada a las necesidades del servicio, entre las cuales está el respeto a los lapsos de alternación, lo que impone interpretar restrictivamente las excepciones previstas para tales lapsos, no solo por expresa disposición legal sino por sus implicaciones en la operatividad de los lapsos de alternación.

5. «Suponiendo que todos los funcionarios que sean beneficiarios de la excepción a la alternación establecida en el artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000 ocupasen el cargo de su categoría en el escalafón ¿cómo debe aplicarse lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 39 de la misma norma en cuanto a la designación de estos funcionarios en el exterior? Mas concretamente, podrían estos funcionarios ser designados mediante traslado en vez de ser nombrados en comisión por situaciones especiales, evitando así que posteriormente puedan alegar la aplicación del artículo 57 del Decreto en cuanto a tiempo de servicios en comisión?».

La carrera diplomática tiene como condición el cumplimiento de lapsos de alternación que, por definición, corresponden a un término legalmente establecido. En condiciones normales, tales lapsos deberían cumplirse en su integridad, generando la dinámica ordinaria de movilidad (planta interna – planta externa) que buscan las normas de carrera. No obstante, necesidades del servicio exterior o excepciones legalmente establecidas pueden llevar a la variación de tales lapsos, sin que tales interrupciones o excepciones se conviertan en la regla general, puesto que no se cumplirían los propósitos del D.L. 274 y se generarían problemas de operatividad para el servicio exterior colombiano y afectaciones a los derechos de carrera de los funcionarios.

Reitera la Sala que las excepciones previstas para los lapsos de alternación son de interpretación restrictiva y que el pronunciamiento de la comisión de personal de carrera diplomática y consular está supeditado a la «necesidad de la prueba» sobre las mismas, cuya carga corresponderá a quien la alega.

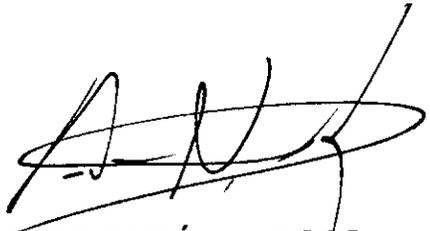
Según el artículo 39 del D.L. 274, el traslado es un instrumento que facilita la aplicación de la alternación. Se encuentra sometido a elementos reglados consistentes en que al vencimiento del período de alternación respectivo se efectuará el traslado correspondiente del funcionario de carrera con la condición de que la designación se realice en la misma categoría en que se encuentre escalafonado o su equivalente en planta interna de la carrera diplomática y consular, por lo que en

tales supuestos no resultará procedente utilizar la situación administrativa de comisión para situaciones especiales.

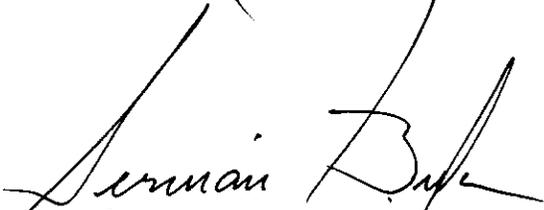
Remítase copia a la Ministra de Relaciones Exteriores y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República



ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado
Con impedimento aceptado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

9 JUN 2020

LEVANTAMIENTO DE RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DEL 9 DE JUNIO DE 2020