

CONSEJO DE ESTAD
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)

Demandante: MISAEL TORRES LADINO

Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

Acción de nulidad - C.C.A.

A S U N T O

La Sección Segunda del Consejo de Estado dicta sentencia dentro del proceso de nulidad promovido por el señor MISAEL TORRES LADINO, contra la NACIÓN COLOMBIANA-GOBIERNO NACIONAL.

I. LA DEMANDA¹

Pretensiones:

En ejercicio de la acción que denominó pública de simple nulidad por inconstitucionalidad, invocando el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, MISAEL TORRES LADINO formuló las siguientes peticiones, para que sean concedidas previo el trámite del proceso ordinario contencioso administrativo, conforme se dispone en el artículo 128 del C.C.A., con citación y

¹ Folios 2 y 3.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

audiencia del señor Agente del Ministerio Público, del Señor Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores:

1. Que se declare la nulidad total del artículo 2° del Decreto 337 de 2000, reglamentario del literal a) del artículo 61 del Decreto Ley No. 274 de 2000, expedido por el señor Presidente de la República.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, que la sentencia que le ponga fin al proceso se le comuniqué a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes.

Fundamentos fácticos²:

Como fundamentos de hecho presentó los siguientes:

1. En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 1° numeral 6° de la Ley 573 de 2000, el gobierno expidió el Decreto Ley 274 de 2000, con el que reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.
2. En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, el gobierno expidió el Decreto 337 de 2000, con el que reglamentó el literal a) del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000.

Afirmó que el Decreto 337 de 2000 contraviene normas constitucionales al establecer como regla general la provisionalidad en el Ministerio de Relaciones Exteriores, desconociendo su carácter transitorio y excepcional, para permitir toda clase de nombramientos en la carrera diplomática y consular.

3. Con tal proceder, se violan los derechos adquiridos por los funcionarios de carrera diplomática y consular.

² Folios 5 y 6.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

Normas violadas y concepto de la violación³:

La demanda citó como disposiciones violadas las siguientes:

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 13, 25, 125, 189 No. 11 y 209.

De orden legal: El Decreto Ley 274 de 2000, por el cual se regula el servicio exterior y la carrera diplomática. No menciona específicamente ninguna de sus disposiciones.

El concepto de violación de la normatividad invocada contiene los siguientes fundamentos:

1. El artículo 2º del Decreto 337 de 2000 ha convertido el régimen de provisionalidad en un régimen permanente en el Ministerio de Relaciones Exteriores, desconociendo el carácter transitorio y excepcional que debe tener dicha figura, constituyéndolo en la regla general.
2. El artículo 2º del Decreto 337 de 2000, reglamentario del literal a) del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, representa una extralimitación en la potestad reglamentaria que se le ha otorgado al ejecutivo; por consiguiente, altera el contenido intrínseco de la misma, desconociendo el carácter especial y particular de la carrera diplomática y consular.
3. El artículo 2º del decreto 337 de 2000 desconoce la naturaleza del Estado Social de Derecho en que prevalece el interés general, estableciendo unos requisitos superficiales que lo contradicen.
4. La disposición demandada vulnera igualmente el artículo 2º de la Constitución Política, toda vez que reglamenta el literal a) del artículo 61 del decreto 274 de

³ Folios 7 a 23.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

2000, al margen del sentido lógico que debe darse al artículo 4º del mismo decreto reglamentado, sobre los principios rectores del sistema, pasó por alto el contenido del principio de especialidad y desconoció que su razón de ser no es otra que desarrollar los lineamientos del Decreto 274 de 2000, haciendo posible el cumplimiento de sus objetivos en el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.

5. El aparte demandado vulnera lo previsto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, que en su tenor reza: *“Corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: (...) 11. Ejercer la Potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”*. El ejecutivo ha excedido la potestad reglamentaria que se le ha otorgado, al expedir unas reglas excesivamente amplias y sin exigir un rigor especial acorde con la importancia de las relaciones diplomáticas y consulares.
6. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que al ejercer la potestad reglamentaria, al ejecutivo no le es dado modificar, ampliar, adicionar, acomodar ni suprimir disposiciones consagradas por el legislador, como en el presente caso.
7. El Consejo de Estado, por su parte, en fallo proferido dentro del proceso número 31447 de 2007, al tratar la potestad reglamentaria, sostuvo que se trata de una *“...facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados, y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance”*.
8. Según lo anterior, *“...la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley menor, la cual será la que le corresponde al decreto reglamentario, y al contrario, si ella solo regula aspectos o reglas generales para su*



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento”.

9. Así resulta claro que mientras subsista el artículo 2º del Decreto 337 de 2000, la regla estará invertida, entendiéndose entonces que la regla general será la provisionalidad y la excepción los nombramientos que se hagan a los funcionarios de carrera, una vez cumplan todos los requisitos establecidos en la ley, vulnerando entre otros el derecho al trabajo, a la igualdad y al mérito de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular.
10. El artículo demandado vulnera también lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Política, atendiendo a que siendo tan amplio y permisivo, genera discriminación en contra de los funcionarios de carrera, quienes al encontrarse sometidos a un grado de escalafón deben cumplir requisitos muy rigurosos como son los ascensos que se dan de escalafón en escalafón, en función del mérito con respecto a la experiencia y la capacidad, lo que no sucede con los nombramientos en provisionalidad.
11. El artículo demandado vulnera igualmente lo establecido por el artículo 25 de la Constitución Política, al desconocer que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas las modalidades de la especial protección del estado (...)”*, desconociendo este que se da cuando la regla general se invierte, esto es cuando la provisionalidad se convierte en el mecanismo más utilizado en el servicio exterior, generando un trato inequitativo a los funcionarios de carrera y afectando con ello notoriamente su derecho al trabajo.
12. Existe así mismo una vulneración del artículo 125 constitucional que establece que *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de Carrera (...)”*, por lo que en la medida en que la provisionalidad deja de tener un carácter excepcional, para ser la regla general, deviene en inconstitucionalidad porque está desbordando los límites de su alcance.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

13. La experiencia de la especialidad y el conocimiento que deben tener quienes se vinculan en el servicio exterior bajo cualquier modalidad hace necesario que se establezcan requisitos más rigurosos, exigentes y ajustados a la ley.
14. El artículo demandado vulnera flagrantemente el artículo 209 de la Constitución Política al apartarse de los principios que inspiran la función administrativa, pues invierte la regla y la provisionalidad pasa a ser entendida en el Ministerio de Relaciones Exteriores como regla general, olvidando que los funcionarios de carrera diplomática y consular son quienes tienen la idoneidad y el conocimiento necesarios para ejercer y cumplir en cabal forma y a satisfacción las funciones que se le han encomendado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

El apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, contestó la demanda manifestando la oposición a todas y cada una de las declaraciones solicitadas porque considera que carecen de fundamento jurídico.

Con relación al Decreto Ley 274 de febrero 22 de 2000, adujo que la carrera diplomática y consular constituye un sistema específico de carrera, entendiéndose como aquellos que en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contiene regulaciones específicas para su desarrollo y aplicación y se encuentran consagrados en leyes diferentes a las que regulan el sistema general; con base en el mismo precepto afirmó que las normas legales que contienen estos sistemas continuarán vigentes. Por lo que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, el Presidente de la República, en ejercicio de especiales facultades extraordinarias para dictar las normas que regulan el Servicio Exterior de la República, puede establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley sobre su régimen de personal.

³ Folios 7 a 23.

⁴ Folios 58 a 67.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

En ejercicio de tales facultades expidió el Decreto Ley 274 de 2000, con la finalidad de regular el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, cuyo artículo 4º dispuso que *"...además de los principios consagrados en la Constitución Política y en concordancia con estos, son principios orientadores de la función pública en el servicio exterior y de la carrera diplomática y consular"* los de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, transparencia, especialidad, unidad e integridad y cooficialidad.

Realizó un breve análisis del concepto emitido por la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado, distinguido con el número 1422 – 2002 - 01422 del 1 de agosto de 2002, en el que *"... considera que por mandato constitucional la regulación de los concursos es de reserva legal, al tenor del 125 (...)"*. (Folio 60). Con base en lo señalado estima que reglamentar la ley implica dictar normas generales necesarias que conduzcan a su cumplida aplicación, tal como precisar decisiones o aclarar etapas del procedimiento previsto en la ley, por lo que las normas reglamentarias pueden alcanzar el grado de generalidad o especialidad que determine el Presidente de la República según el contenido de la ley reglamentada, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye la Constitución Política.

Precisó que el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, que regula todos los aspectos de la provisionalidad, ha sido objeto de revisión de su legalidad mediante demandas de inconstitucionalidad. Sobre el tema citó la sentencia C-808 del 1 de agosto de 2001 con la que la Corte Constitucional decidió que el establecimiento de los requisitos mínimos a través de normas reglamentarias no viola una potestad exclusiva del legislador de conformidad con lo previsto en el artículo 125 de la Carta Política; además, estimó que en uso de la facultad para señalar los requisitos para el ingreso a los cargos de carrera, el legislador ordinario o extraordinario puede consignar excepciones a dichos requisitos para la asignación de los mismos en provisionalidad, sin que tal circunstancia viole algún precepto constitucional.

Por ello dijo que el Ministerio Público consideró que *"En relación con las condiciones y requisitos para el nombramiento provisional en la carrera diplomática y consular, estima*



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

que estos se justifican por el carácter excepcional de las situaciones en las que es necesario evitar la parálisis del servicio público (...)" (Folio 61). Resaltando que lo decidido en la sentencia enunciada, fue estar a lo resuelto en sentencia C-292 de 2001, que declaró la exequibilidad del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000.

Por otra parte, el artículo 30 de la Constitución Política elevó a rango constitucional la existencia de varias carreras de los servidores públicos y el artículo 130 de la misma le dio tal alcance a las de "carácter especial" como la "diplomática y consular", para ser regidas como la ley las había concebido de conformidad con lo previsto en sus estatutos especiales.

Además, el Decreto 2016 de 1068, derogado por el decreto Ley 10 de 1992, a su turno derogado por el Decreto 274 de 2000, han tenido en común la regulación de la excepción consiente en el nombramiento provisional en cargos de carrera diplomática y consular cuando no exista personal escalafonado, caso en que el Gobierno Nacional podrá proveerlos con personal ajeno a la carrera.

Anotó igualmente que todas las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público, incluyendo las de los ministerios, han sido objeto de regulación mediante la adopción de manuales de funciones y requisitos mínimos para ejercer empleos.

Siendo el nombramiento provisional la excepción, las condiciones básicas deben ser objeto de reglamento específico, siendo de gran importancia que se indiquen los requisitos que se deben cumplir, la duración del servicio en el exterior de los funcionarios nombrados en provisionalidad, la aplicación a ellos de los beneficios laborales por traslado y de las condiciones de seguridad social referidas en los artículos 63 y 68 del Decreto Ley 274 de 2000, y el derecho a 2 meses de plazo para dejar el cargo cuando los funcionarios sean desvinculados del servicio.

En concepto de la Corte Constitucional plasmado en el fallo antes citado, las condiciones básicas para acceder a los nombramientos provisionales en los cargos



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

de carrera diplomática y consular, fueron objeto de limitación como excepción, en procura de que la discrecionalidad no se ejerza en forma excesiva incurriéndose en el riesgo de convertirla en regla. Es por eso que el decreto acusado, como reglamentario del artículo 61 del Decreto 274 de 2000, conserva el mismo espíritu y no ha sido lesivo de las disposiciones invocadas, por lo que sin lugar a dudas la regla general se ha mantenido para los nombramientos ordinarios y la excepción para los nombramientos provisionales.

La demanda se limitó a mencionar el articulado del Decreto Ley 274 de 2000, sin la indicación del concepto de violación para cada una de sus unidades, por lo que no hubo una manifestación clara y concreta de los motivos de inconstitucionalidad. Las disposiciones del decreto, como régimen del Servicio Exterior de la República y como estatuto especial de la carrera diplomática y consular, constituyen los parámetros para el desempeño de los cargos cuya naturaleza es la de ser de carrera diplomática y consular para servidores escalafonados. Es decir, lo normado sobre ingreso y ascensos quedó incólume y vigente para los funcionarios escalafonados, así como su acceso a los cargos de carrera diplomática y consular equivalentes a las distintas categorías del escalafón respectivo, desde tercer secretario hasta embajador, manteniéndose la regla general para los nombramientos ordinarios y la excepción para los nombramientos provisionales.

Partiendo del precepto constitucional contenido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que autoriza al Presidente de la República para reglamentar las leyes ordinarias sin distinción alguna, la tendencia jurisprudencial vigente sobre el tema refuerza su competencia para la expedición de decretos que aseguren la cumplida ejecución de las leyes.

Finalizó su intervención afirmando que de conformidad con consideraciones de la jurisprudencia contencioso administrativa⁵, el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo sin apartarse de su

⁵ Citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso radicado No. 1100 103 25000 2005 0012300 (5240-2005). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 25 de febrero de 2010.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

esencia ni de su espíritu, toda vez que tiene como función exclusiva proveer la adecuada ejecución de sus disposiciones, determinando los detalles o aspectos no considerados necesarios por la ley por no ser de carácter sustancial; así, el decreto reglamentario aporta los detalles y pormenores de la ejecución, hace explícito lo implícito en ella, facilita su entendimiento o comprensión, esto es, convierte en reglas expresas sus postulados generales, lo que es de su esencia. La reglamentación implica señalar las circunstancias prácticas a las cuales se aplica y demás aspectos atinentes a su cumplimiento para facilitar la ejecución de la ley (Folios 65 y 66).

En el presente caso el concepto de la violación respecto de las disposiciones del decreto acusado no está señalado en forma concreta y directa, como tampoco los motivos de ilegalidad, por lo que no existe el vicio de nulidad alegado.

Con las anteriores razones, solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

Trámite procesal

- Avocado el conocimiento del presente proceso, se admitió la demanda mediante auto del 30 de junio de 2010, y se ordenó notificar personalmente al Ministro de Relaciones Exteriores y al Agente del Ministerio Público y fijar el asunto en lista por el término de 10 días para los efectos previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A., modificado por el artículo 58 de la Ley 446 de 1998 (Folio 28).
- La representante del Ministerio de Relaciones Exteriores presentó escrito de contestación de la demanda el 06 de septiembre de 2010, solicitando denegar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora (Folios 58 a 67).
- Por auto del 25 de noviembre de 2011 se reconoció al abogado Jorge Enrique Barrios Suarez como apoderado del ente demandado, en los términos y para los fines del poder conferido (Folios 73 y 96).



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

- La apoderada sustituyó el poder en la Dra. Helga Velázquez Afanador para que represente los intereses del Ministerio de Relaciones Exteriores dentro del proceso de la referencia (Folio 97).
- Mediante escrito presentado el 16 de enero de 2012, la apoderada judicial de la parte demandada, conforme a la sustitución del poder conferido, solicitó reconocimiento de personería jurídica y dentro del término procesal, presentó alegatos de conclusión con el fin de que sean tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia (Folios 98 y 99).
- El Agente del Ministerio Público, con escrito del 16 de enero de 2012, emitió concepto (Folios 102 a 109).
- La doctora Helga Velázquez Afanador, presentó renuncia al poder otorgado por el Ministerio de relaciones Exteriores (Folio 111).
- Se confirió nuevo poder a la doctora Angélica María Correa González para actuar dentro del presente proceso en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores (Folio 113).
- Se hizo sustitución del poder de la Dra. Angélica María Correa González al Dr. Abel Fernando Hernández Camacho para que represente los intereses de la Nación Ministerio de Relaciones Exteriores (Folio 125).
- El Dr. Abel Fernando Hernández Camacho renunció al poder conferido (Folio 130).
- El Ministro de Relaciones Exteriores otorgó poder para su representación dentro del proceso al Dr. David Alejandro Cabal Cruz (Folio 141).
- El Ministro de Relaciones Exteriores otorgó nuevo poder a la Dra. María José Garcés Negrette, para que lo represente en el proceso (Folio 145).
- Nuevamente se otorgó poder al Dr. Abel Fernando Hernández Camacho, para actuar dentro del proceso en representación de la entidad demandada (Folio 156).
- Por auto del 11 de diciembre se reconoció personería jurídica al Dr. Abel Fernando Hernández Camacho (Folio 160).



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

- La entidad demandada, otorgó nuevo poder al Dr. John Alexander Serrano Bohórquez, para que la represente dentro de la actuación procesal adelantada en su contra (Folio 171).
- El Ministro de Relaciones Exteriores otorgó nuevo poder al Dr. Mauricio José Hernández Oyola (Folio 183).

Alegatos de conclusión

La parte demandada, reiteró las oposiciones a todas las declaraciones que pretende el actor por carecer de fundamento jurídico en los términos consignados en el escrito de contestación de la demanda. Insistió en la facultad constitucional del ejecutivo, consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política para expedir el Decreto Ley 274 de 2000, por el cual se reguló el Servicio Exterior de República y la Carrera Diplomática y Consular con normas generales necesarias que conduzcan a la cumplida aplicación de la ley.

Aludió lo previsto en el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, que reguló la provisionalidad en cuanto que fue objeto de revisión constitucional por la Corte Constitucional, como consta en la sentencia C-808 del 1 de agosto de 2001, indicando que el establecimiento de los requisitos mínimos para acreditar la experiencia para acceder a cargos en provisionalidad por medio de normas reglamentarias no invade una potestad exclusiva del legislador, como se desprende de la previsión del artículo 125 de Constitución Política, máxime cuando el mismo, ordinario o extraordinario, dispone de la facultad para establecer los requisitos para el ingreso a los cargos de carrera, pudiendo consignar excepciones a dichos requisitos para la designación en provisionalidad, sin que se violen los preceptos constitucionales alegados.

Sostuvo que el artículo 30 de la Constitución Política elevó a canon constitucional la existencia de varias carreras de los servidores públicos, y que el artículo 130 de la misma prevé la existencia de carreras de servidores públicos regidas por



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

estatutos especiales. Todas esas normas regulan el nombramiento en provisionalidad en los cargos de carrera diplomática y consular, a falta de personal escalafonado, para proveerlos con personal ajeno a la carrera diplomática y consular, sin que se desconozca por ello el principio de carrera administrativa.

Afirmó que el reglamento para el ejercicio de cargos en provisionalidad fue establecido por la necesidad de señalar los requisitos para su ejercicio, la duración del servicio en el exterior, la aplicación de los beneficios laborales por traslado y las condiciones de seguridad social aludidas en los artículos 63 y 68 del Decreto Ley 274 de 2000, así como el derecho a contar con 2 meses de plazo para hacer la dejación del cargo cuando sean desvinculados del servicio, en respaldo de lo cual citó conceptos plasmados en la sentencia C-292 de 2001 mencionada.

Concluyó diciendo que la jurisprudencia decantada sostiene que el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo sin apartarse de su esencia ni de su espíritu y tiene como función exclusiva proveer la adecuada ejecución de los mandatos del legislador, determinando aspectos que este no consideró necesarios para regular su carácter no sustancial. Igualmente, aporta los pormenores de la ejecución de la ley o convierte en reglas expresas los mandatos implícitos o generales de aquella, señalando las circunstancias de tiempo, modo y lugar y aspectos técnicos exigidos para cada caso ante circunstancias prácticas a las que se deba aplicar.

Por lo argumentado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda (Folios 98 y 99).

Concepto del Ministerio Público⁶

En escrito presentado el 16 de febrero de 2012, el Agente del Ministerio Público rindió concepto haciendo un recuento de los antecedentes y hechos que envuelven el litigio, y reprodujo el artículo 2º del Decreto 337 de 2000, que reglamentó el

⁶ Folios 102 a 109.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

literal a) del artículo 61 del Decreto-Ley No. 274 de 2000, reproduciendo su contenido (Folios 102v y 103).

En cuanto a los hechos y el concepto de violación plasmados en el cuerpo de la demanda, hizo una reseña corta de los fundamentos de la contestación de la demanda afirmando que el problema jurídico se circunscribe a determinar si el Gobierno Nacional, al expedir la disposición acusada, se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria al fijar los parámetros que deben acreditar los servidores provisionales para acceder a un cargo de carrera diplomática y consular.

A este respecto sostuvo que el Gobierno Nacional expidió el acto acusado con base en lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que le asigna la función al Presidente de la República como Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa y le permite el ejercicio de la potestad reglamentaria con la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, estableciendo parámetros y lineamientos generales para su definición, de tal manera que orienten y encausen su entendimiento y permitan su debida ejecución.

Agregó que con base en esas características especiales, el legislador extraordinario expidió el Decreto Ley 274 de 2000 que reguló el servicio exterior y la carrera diplomática, y en el literal a) del artículo 61 fijó las condiciones básicas exigidas para la provisión de cargos en provisionalidad, convalidada por el pronunciamiento mencionado de la Corte Constitucional.

Advirtió que en ese contexto, el artículo 61 citado fijó unos parámetros mínimos para el nombramiento de personas en provisionalidad en cuanto a la experiencia requerida, permitiendo establecer regulaciones en el tema, autorizando el desarrollo normativo de esta y otros requisitos sin limitantes o condicionamientos.

Expuso que el demandante adujo que el Gobierno Nacional desconoció el principio de igualdad contenido en el artículo 13 constitucional al fijar unos tiempos para



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

acreditar la experiencia, que resultan inferiores a los exigidos para los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular; al respecto, la agencia pública sostuvo que la ley no consagra requisitos diferentes para las vinculaciones en provisionalidad respecto de quienes ejercen en propiedad, ya que estos hacen parte del régimen de carrera establecido en la Ley 443 de 1998 (norma vigente para la fecha de expedición de la norma acusada). En este caso el legislador extraordinario las consagró por ser un servicio público especial, contemplando tres clases de vinculación.

Agregó que el Gobierno Nacional tenía la facultad para regular el tiempo de experiencia para acceder a los cargos del servicio diplomático, ya que el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 establece una regulación muy general, facilitando la aplicación de la figura de la provisionalidad sin que el nombrado en esas condiciones ingrese por tal razón a la carrera diplomática, entre otras razones porque su permanencia en el cargo es limitada al no permitirse superar los 4 años de servicio.

Añadió que la norma acusada impone un tiempo para adquirir la experiencia, que debe estar relacionada con el servicio exterior en los diversos temas que maneja, de tal manera que la labor o actividad debe cumplir con las exigencias del legislador extraordinario, esto es, que las condiciones básicas reguladas se ajusten a la especialidad de la función que cumple el Ministerio de Relaciones Exteriores, como lo ha admitido la jurisprudencia ya citada.

Por otra parte, sostiene que la forma de acreditar la experiencia en el ejercicio de los cargos a que se refiere el artículo 2, conforme lo dispone el artículo 4 tampoco desconoce el principio de especialidad, ya que en aquel se encuentran especificados los cargos y funciones que deben cumplir los servidores públicos como presupuesto importante que permite verificar la naturaleza misma de la función para efectos de evaluar la labor que se pretende acreditar, por lo que la remisión que hace el párrafo 2 del artículo 2° del decreto tantas veces citado no es contrario al querer del legislador extraordinario.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

Finalizó precisando que el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de febrero de 2010 (Radicado No. 1101032500050012300), negó la solicitud de nulidad que se instauró contra los parágrafos 3º y 4º del artículo 2º del Decreto 337 de 2000, por considerar que el Gobierno Nacional no invadió la órbita del legislador, fundamento igualmente aplicable al presente caso.

Con estas razones solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Causales de nulidad y presupuestos procesales

No observándose causal que invalide lo actuado en el proceso, la Sala verifica el cumplimiento de los presupuestos procesales o requisitos de procedibilidad. Se halla probada la capacidad jurídica procesal del demandante quien obra directamente como persona natural; en lo referente a la demandada, aparece probada la representación legal por parte del Ministro de Relaciones Exteriores y su comparecencia por medio de apoderado judicial constituido en legal forma, como se dejó constancia en el acápite de los hechos probados en el presente escrito.

No aplicando los presupuestos de presentación oportuna de la demanda y la solicitud previa de conciliación, se estiman cumplidos los presupuestos procesales o requisitos de procedibilidad para el presente caso, por lo que procede a decidir el litigio, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Competencia. Conforme con lo establecido en el numeral 1º del artículo 128 del CCA, a esta Corporación le corresponde conocer del presente asunto en única instancia.

En el expediente obra copia del Decreto 337 de 28 de febrero de 2000, por el cual se reglamentó el literal a) del artículo 61 del Decreto-Ley 274 de 2000, con la



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

constancia sobre su publicación en el Diario Oficial No. 43.932 del 13 de marzo de 2000 (Folios 36 a 40).

Problema jurídico. Se circunscribe a establecer si el artículo 2° del Decreto 337 de 28 de febrero de 2000, proferido por el Gobierno Nacional para reglamentar el literal a) del artículo 61 del Decreto-Ley 274 de 2000, excede o no los límites de la potestad reglamentaria, al establecer normas no contenidas o distintas a las contenidas en él, y si lo regulado en él, desconoce lo previsto en los artículos constitucionales mencionados por la demanda.

Para abordarlo y fallar el presente asunto, la Sala inicialmente efectuará el correspondiente análisis comparativo de sus textos, dentro del marco de las atribuciones y limitaciones inherentes a la potestad reglamentaria propia del ejecutivo nacional frente a los postulados de la ley, y se apoyará en las consideraciones jurisprudenciales al respecto, para luego examinar si el texto de la disposición acusada es o no violatoria de la Constitución Política.

La potestad reglamentaria y la función legislativa del Estado

Acerca del contenido y alcance de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, la jurisprudencia ha efectuado múltiples y variadas consideraciones, según distintas perspectivas; en lo fundamental y en lo pertinente al *sub júdice*, ha sostenido, por ejemplo, lo siguiente⁷:

«El poder reglamentario, en tanto que atribución a la Administración de una facultad de producir normas jurídicas, tiene como fundamento en un Estado Social de Derecho la necesidad de adoptar disposiciones generales y abstractas mediante las cuales se desarrolle el sentido de la ley, a fin de poder hacerla ejecutable. Este poder reglamentario está limitado por el espíritu y el contenido de la ley que reglamenta. Así pues, el acto expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria debe aportar los detalles, los pormenores de la ejecución de la ley, facilitar su entendimiento y comprensión.

⁷ Corte Constitucional. sentencia C-384 de 2003.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

Al respecto, esta Corte en sentencia C-805/01, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil consideró lo siguiente:

“La potestad reglamentaria es “...la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo».

Para la aproximación al caso que ocupa a esta Sala, se tiene que desde la perspectiva constitucional y dentro del marco jurisprudencial así definido, la potestad o el poder reglamentario en un Estado Social de Derecho tiene como fundamento la necesidad de expedir disposiciones generales y abstractas que desarrollen el sentido de la ley reglamentada para propiciar su entendimiento y comprensión y hacerla ejecutable con la inclusión de los detalles o pormenores requeridos con tal fin. Tal facultad, por regla general y por atribución constitucional, pertenece al Presidente de la República quien, al ejercerla, expide aquellas normas generales y abstractas, subordinadas a la ley, en los diversos temas propios de sus competencias, igualmente constitucionales.

Como preceptos jurídicos que son, los decretos con los que el Presidente de la República, constituido como gobierno, reglamenta las leyes, se incorporan al sistema jerárquico de fuentes, sujetos a la Constitución y en un grado de inferioridad al de la ley, y conforme con ambas.

Pero ese poder reglamentario se encuentra limitado por el espíritu y el contenido de la ley reglamentada pues, a menos que actúe como legislador extraordinario, el Presidente de la República no puede válidamente, so pretexto de reglamentarla,



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

derogar, modificar, sobrepasar, extralimitar o exceder las disposiciones de aquella sin incurrir en el desconocimiento de la Constitución Política que delimita el ámbito de las competencias entre el legislador y el ejecutivo, o la transgresión de la ley que no contempla lo regulado por el reglamento gubernamental.

En este sentido la jurisprudencia constitucional ha afirmado:

«En el ámbito de producción de las normas jurídicas, la potestad reglamentaria faculta al ejecutivo a expedir reglamentaciones para la cumplida ejecución de las leyes, sin, desde luego, sobrepasar los límites de las materia sujetas a reserva de ley. Esta prerrogativa dispuesta en el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución, habilita al Presidente de la República en su doble condición de jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa para expedir normas de rango reglamentario que están subordinadas a la ley»⁸.

Como consecuencia de lo anterior, cuando el juez de lo contencioso administrativo se ocupa de una demanda de nulidad que invoca la inconformidad entre disposiciones reglamentarias y legales, debe realizar una valoración comparativa de sus textos dentro del marco constitucional aplicable, con el objeto de establecer la conformidad o disconformidad entre ellos para, en éste último caso, darle prevalencia a los mandatos del legislador retirando del ordenamiento la disposición reglamentaria demandada declarando su nulidad.

El caso concreto

1. La cosa juzgada

Con sentencia del 25 de febrero de 2010, dictada dentro del proceso de nulidad distinguido con el número de radicación 110010325000200500123 00 (5240-2005), la Sección Segunda de la Corporación se pronunció sobre las disposiciones contenidas en los párrafos 3° y 4° -parcial- del artículo 2° del Decreto 337 de 2000, demandados en este proceso.

⁸ Corte Constitucional. sentencia C-699 de 2015.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

El parágrafo 3° fue considerado ajustado a la ley, pues la alusión efectuada a las definiciones de los cargos de dirección, confianza y manejo en el sector privado, como se contienen en el artículo 1° del Código Sustantivo del Trabajo no invade la órbita del legislador, en tanto que lo dispuesto en aquel no introduce modificaciones sustanciales en la estructura del decreto reglamentado ni altera los principios ni la finalidad que lo orienta e inspira, así como tampoco comprometen su unidad, pues se limita a establecer las condiciones que deben cumplir las personas que aspiran a un cargo en provisionalidad en un cargo diplomático y consular, y a remitir para tal efecto a los supuestos normativos que estableció el legislador en las definiciones de los cargos de dirección, confianza y manejo, ante lo cual la norma demandada en este proceso no introdujo ninguna preceptiva en contrario, circunscribiéndose a remitir a dichas definiciones naturalmente contenidas en el estatuto del trabajo para hacer posible la aplicación de los requisitos contemplados para la provisionalidad de que aquí se trata.

En cuanto a lo dispuesto por el parágrafo 4°, en lo relativo a la comprobación de la experiencia exigida, consideró que la expresión “...y la respectiva certificación se suplirá...”, de conformidad con lo que establezcan las normas generales en materia de trámites o pruebas, se ajustaba a lo previsto por el numeral 2° del literal a) del Decreto Ley 274 de 2000, en cuanto éste se limitó a establecer que la experiencia de acreditará “...según exija el reglamento”, por lo que no reconoció contradicción alguna entre tales disposiciones, ya que de esta forma el enunciado legal habilitó al ejecutivo para proveer con la libertad propia de la remisión recibida que, por razones legítimas y válidas, hacía aplicable lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil en materia de pruebas. En este evento también consideró que la norma demandada en este proceso no introdujo ninguna preceptiva en contrario, pues se limitó a remitir al régimen probatorio vigente que naturalmente lo era el Código de Procedimiento Civil y en especial su artículo 175 que establecía el principio general de la libertad de la prueba. El aparte demandado fue considerado ajustado a la ley, por lo que la sentencia mencionada negó su nulidad, procediendo en el presente caso declarar en este punto la cosa juzgada por las razones tenidas en cuenta en la sentencia que negó su anulación.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

Como conclusión, respecto del cargo del exceso en la potestad reglamentaria, los contenidos de los parágrafos 3, en cuanto remite a las definiciones de los cargos de dirección, confianza y manejo previstos en el Código Sustantivo del Trabajo y 4°, en cuanto a su expresión “...según exija el reglamento”, fueron ya objeto de análisis por esta Corporación respecto de su conformidad con el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, por lo que se declarará el fenómeno de la cosa juzgada por las razones tenidas en cuenta en la sentencia que negó su anulación.

La Sala, sin embargo, realizará el análisis normativo en conjunto, dado que el artículo 2° del Decreto 337 de 2000 fue demandado en el presente caso en su integridad.

2. El exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 1° numeral 6° de la Ley 573 de 2000, el gobierno expidió el Decreto Ley 274 de 2000, con el que reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. Respecto del régimen de provisionalidad en el ejercicio de los cargos en el sector, el artículo 61, literal a) numeral 2°), dispuso:

«ARTÍCULO 61. CONDICIONES BÁSICAS. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

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

- 1) Ser nacional colombiano
- 2) Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento».

En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, el gobierno expidió el Decreto 337 de 28 de febrero de 2000, con el que reglamentó el literal a) del artículo 61 del Decreto-Ley 274 de 2000 precedentemente reproducido, según el cual:



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

[. .]

«ARTÍCULO 2°. EXPERIENCIA. Cuando la persona designada en provisionalidad debiere acreditar el requisito de la experiencia, consagrado en el literal a) del artículo 61 del Decreto-Ley 274 de 2000, se tendrán en cuenta las siguientes exigencias:

- a. Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Ministro Plenipotenciario: 7 años de experiencia.
- b. Para ocupar cargos correspondientes a las categorías de Ministro Consejero o Consejero: 6 años de experiencia.
- c. Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Primer Secretario: 5 años de experiencia.
- d. Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Segundo Secretario: 4 años de experiencia.
- e. Para ocupar cargos correspondientes a la categoría de Tercer Secretario: 3 años de experiencia.

PARÁGRAFO 1°. Los años de experiencia a que se refiere este artículo deberán corresponder a la suma de periodos de tiempo en el desempeño de alguno o algunos de los siguientes empleos o cargos:

- a. En el Sector Público:
 1. De elección popular, en el nivel nacional, departamental y municipal cuando sea capital de departamento.
 2. De niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional.
- b. En el Sector Privado:
 - De dirección, confianza y manejo.

PARÁGRAFO 2°. Entiéndese por cargos de nivel directivo, nivel asesor y nivel ejecutivo en el sector público, los así definidos por el artículo 4° del Decreto 2503 de 1998 o en las normas que lo modificaren, adicionaren o derogaren.

PARÁGRAFO 3°. Entiéndese por cargos de dirección, confianza y manejo en el sector privado los que corresponden a una especial posición de responsabilidad o mando dentro de una empresa, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° del Decreto-Ley 2351 de 1965.

PARÁGRAFO 4°. Para acreditar el requisito de la experiencia a que se refiere este artículo, el aspirante a la designación en provisionalidad deberá presentar ante la Dirección del Talento Humano o la dependencia que hiciere sus veces, la certificación o certificaciones a que hubiere lugar, expedidas por la persona autorizada para el efecto en la respectiva entidad o empresa.

Si por circunstancias de razonable imposibilidad el aspirante no pudiese presentar alguna o algunas de dichas certificaciones, deberá manifestarlo por escrito dirigido a la Dirección del Talento Humano y la respectiva certificación se suplirá de conformidad con lo que establezcan las normas generales en materia de trámites o pruebas».



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

La demanda solicita que se declare la nulidad de la totalidad del artículo 2º del Decreto 337 de 2000, reglamentario del literal a) del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, expedido por el Presidente de la República, pues estima que contraviene normas constitucionales al establecer como regla general la provisionalidad en el Ministerio de Relaciones Exteriores, desconociendo su carácter transitorio y excepcional, para permitir toda clase de nombramientos en la carrera diplomática y consular, con lo que desbordó el marco de la potestad reglamentaria contraviniendo lo previsto en el artículo 189 No. 11 de la Constitución Política.

Establecido este referente, se observa que el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 consagró como regla general, básica y abierta, para el ejercicio de cargos en provisionalidad en el Ministerio de Relaciones Exteriores, el requisito de poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de educación superior, o acreditar experiencia "*según exija el reglamento*", sin estatuir regla alguna en torno de la experiencia exigida, concediendo la posibilidad de establecer tales condiciones sin limitación alguna por medio de normas reglamentarias a las cuales hizo expresa remisión.

La Sala observa que, al realizar la comparación desde un punto de vista puramente literal, no se puede afirmar que el artículo demandado exceda o amplíe lo dispuesto en el literal a) del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 pues ésta última disposición estableció, con un criterio amplio de regulación, los requisitos exigidos para ejercer un cargo en provisionalidad en el servicio exterior, agregando que el título universitario oficialmente reconocido puede suplirse con la acreditación de la experiencia "**...según exija el reglamento**" sin establecer parámetros, condiciones, requisitos o limitaciones a la reglamentación gubernamental subsiguiente, de manera que en este evento, como ya se destacó, la potestad reglamentaria dispuso de un mayor ámbito de desarrollo al ostentar una relación inversamente proporcional a la norma reglamentada que, como se ve, tiene un grado tal de generalidad que permite al gobierno disponer, como en efecto dispuso, de un mayor poder de desenvolvimiento normativo para hacer factible la aplicación



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

del sistema de provisionalidad en los cargos a que se refiere el artículo 2ª del Decreto 337 de 28 de febrero de 2000⁹.

Por otra parte, el literal a) del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 no precisa o detalla expresamente factores para acreditar la experiencia a que se refiere la norma demandada, pudiendo el gobierno desarrollar con amplio margen de configuración la autorización legal que dispuso que tal requisito se cumplirá “*según exija el reglamento*”. Con la disposición acusada, el ejecutivo se limitó a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido sin introducir normas que no se desprenden natural y lógicamente de sus amplias disposiciones, así como tampoco quiso ampliar, modificar o restringir el sentido de la ley, ni reglamentar materias que están reservadas a ella, pues hubiera excedido sus competencias y habría invadido las asignadas por la Constitución Política al legislador¹⁰.

En consecuencia, lo planteado en la demanda constituye la interpretación que el actor le otorga a lo dispuesto por el artículo 2º impugnado, lo cual escapa al análisis de legalidad que corresponde realizar a través del presente medio de control y que se circunscribe a la confrontación entre la norma superior que se estima violada y el acto administrativo al cual se le atribuye la transgresión o vulneración¹¹. Por tanto, al no apreciarse contradicción por falta de referente comparativo, la Sala descarta esta primera razón de nulidad, que será negada.

La demanda argumenta igualmente que el artículo demandado estableció la provisionalidad como mecanismo general y permanente, sin observar que esta fue establecida como un instrumento transitorio y excepcional.

Lo planteado en la demanda constituye la interpretación que el actor le otorga a la disposición contenida en el artículo 2º impugnado, lo cual escapa al análisis de

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, sentencia de 27 de junio de 2018, Rad. 11001-03-27-000-2014-00056-00 (21235).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección A, Sentencia de 24 de julio de 2018, Rad. 11001-03-25-000-2010-00279-00 (2292-10).

¹¹ *Ibidem*.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

legalidad que corresponde realizar a través del presente medio de control y que se circunscribe a la confrontación entre la norma superior que se estima violada y el acto administrativo al cual se le atribuye dicha violación.

En efecto, el demandante asume, según su propio entendimiento, que el artículo 2° demandado ha establecido, por vía general y reglamentaria, la provisionalidad en los cargos del servicio exterior.

La provisionalidad constituye una de las clases de nombramiento en el servicio público, prevista en el artículo 8 de la Ley 443 de 1998, en la siguiente forma:

“Artículo 8°.- Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

Parágrafo. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.”.

De manera que en la legislación colombiana y con fundamento en las normas constitucionales sobre la función pública –artículo 125- sí se encuentra prevista la provisionalidad como uno de los mecanismos o modalidades de provisión de cargos, y en tal sentido constituye una regla general, aplicable con las condiciones impuestas por la ley y dentro del marco constitucional aludido.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

Pero tal situación dista mucho de conducir al intérprete a la conclusión de que cuando el legislador estableció las condiciones que se deben observar para la designación de cargos en provisionalidad en el servicio exterior colombiano con el literal a) del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 ha establecido dicha modalidad como regla general y permanente en el sector y que, por consiguiente, también lo ha efectuado así el artículo 2° del Decreto 337 de 2000. Lo que de ellas se debe inferir es que, cada vez que la administración utilice la modalidad del nombramiento provisional, debe exigir y verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el mismo, y no que todos los nombramientos, en todo tiempo, sean o deban ser provistos en provisionalidad, con lo que el régimen de carrera se convertiría en la excepción. Esta forma de entender la disposición demandada es subjetiva, sesgada, acomodada y contraria al sentido literal de la normatividad demandada, que realmente dispone cuáles son las condiciones que se deben exigir para la designación de una persona en provisionalidad, y en qué casos la experiencia comprobada con los medios de prueba establecidos en la ley constituye un requisito para el acceso al servicio. De tales preceptos no se desprende que los nombramientos en el Servicio Exterior de la República son todos de naturaleza provisional o que se deban proveer en forma provisional.

Por su parte, el Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la disposición legal que nos ocupa, en sus artículos 3° y 4°, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 3o. Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, y se requiera su provisión temporal, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales cargos si acreditan los requisitos de estudio y experiencia y el perfil para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrán hacerse nombramientos provisionales.

Tanto el encargo como el nombramiento provisional sólo procederán después de que se haya convocado el respectivo proceso de selección, salvo autorización previa de la correspondiente Comisión del Servicio Civil cuando medie justificación del jefe de la entidad en los casos en que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

ARTICULO 4o. <Artículo modificado por el artículo 2° del Decreto 2504 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: > Entiéndese por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata.

También tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley o de una decisión judicial se convierta en cargo de carrera. Tal carácter se adquiere a partir de la fecha en que se opere el cambio de naturaleza del cargo y éste deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el artículo 2° de este decreto; en caso de que deba realizarse concurso, éste será abierto.”.

A propósito de tales consideraciones la Sala advierte que una cosa es que exista en Colombia un régimen jurídico que regula en forma permanente la institución de la provisionalidad en los nombramientos públicos, como se observa en las disposiciones antes transcritas, y otra muy distinta, que de ellas se pueda inferir que el gobierno dispuso que todos los nombramientos en el servicio público y en el exterior sean o deban ser provistos en provisionalidad.

El artículo 2° del Decreto 337 de 28 de febrero de 2000 regula lo relativo a la experiencia exigida para ocupar ciertos cargos en el servicio diplomático, los cargos para cuyo acceso se puede acreditar, el tiempo exigido y la prueba de tales hechos. De su contenido no se desprende que se haya implementado como cláusula general de aplicación de tales exigencias, que todos los cargos se provean en provisionalidad ni que tal provisionalidad no deba cumplir con las limitaciones establecidas por el mismo, ni que sea de aplicación generalizada y permanente. Estas últimas circunstancias dependen de la política pública que se implemente para tal efecto en el sector administrativo y es ajena y distinta a la vigencia misma de sus disposiciones, que son aplicadas en cada caso por la administración de turno.

Cosa distinta es que el demandante tema que la administración se haya excedido o se exceda en la utilización de la facultad legal para proveer cargos en



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

provisionalidad dejando de lado la observancia del régimen de carrera en el servicio exterior, pero tal circunstancia escapa por completo al examen de constitucionalidad o de legalidad propuesto, por su naturaleza abstracto y general, que no permite al juez contencioso administrativo realizar análisis de conveniencia en la aplicabilidad del ordenamiento por las autoridades encargadas de hacerlo.

El demandante agrega que la experiencia en el sector público exigida al aspirante por el artículo demandado es superficial, permitirá que al servicio diplomático ingresen personas ajenas a la carrera diplomática y consular, y sin la más mínima experiencia en el manejo de las relaciones diplomáticas e incluso sin hablar el idioma extranjero. Estas consideraciones, al igual que las anteriores, escapan al análisis de legalidad que le corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto que emanan de consideraciones subjetivas del demandante sobre los posibles inconvenientes de su aplicación por parte de la administración pública diplomática y consular competente para efectuar los nombramientos en cada caso. Además de lo anterior, no hace ningún análisis de sus afirmaciones, que se limita a consignar como expresiones de inconformidad, sin confrontar sus argumentos con el texto demandado del artículo 2° del Decreto 337 de 2000.

La alegada violación de los artículos constitucionales invocados

El artículo 1° de la Constitución Política establece la forma de estado y la forma de gobierno en Colombia, incluyendo la cláusula general de la descentralización administrativa, fundada en el respeto al trabajo y en la prevalencia del interés general. El demandante estima que la exigencia de los requisitos tan superficiales para acceder al servicio diplomático contenidos en el artículo 2° demandado es contrario a tal preceptiva constitucional, pues permite que personas ajenas a la carrera diplomática puedan acceder a cargos en provisionalidad dejando en sus manos los intereses del país y de los nacionales en el exterior, poniendo en riesgo la adecuada atención que demanda dicho servicio.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

La Sala observa que, por una parte, aquí también el cargo se encuentra cargado del subjetivismo del demandante, que hace consideraciones de conveniencia ajenas al examen de legalidad propuesto con la demanda y que no contienen la argumentación necesaria en torno a la supuesta contravención del interés general y menos de la violación del derecho al trabajo. Por otra parte, no efectúa el examen hermenéutico necesario para conducir el juicio a la conclusión de que el requisito de la experiencia previsto en la norma atacada es violatorio del régimen legal que lo sustenta, si, como se vio, el Decreto Ley 274 de 2000 defirió al ejecutivo la facultad de regular sin condiciones tales aspectos y siendo que, además, el argumento del cargo no se encuentra incluido en los contenidos normativos de la disposición cuya nulidad solicita, siendo, por el contrario, una manifestación de inconformidad suya que escapa al análisis propio de la justicia contencioso administrativa.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El artículo 2° de la Constitución Política dispone que uno de los fines esenciales del Estado es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. El demandante alega que el artículo 2° del Decreto 337 de 2000 omite darle el sentido lógico que debería dársele al artículo 4° del mismo decreto, pasando por alto el principio de especialidad que exige el servicio exterior de la República.

La Sala observa que dicho planteamiento no contiene un cargo de inconstitucionalidad o ilegalidad, pues de su presentación no se puede inferir por qué, en qué sentido o en qué medida el artículo 2° del decreto demandado es contrario a las previsiones mencionadas del artículo 2° constitucional que se refiere al supuesto desconocimiento de los fines esenciales del estado. Así mismo, porque alega una contradicción entre la disposición que acusa y los contenidos del artículo 4° del mismo decreto, olvidando que se trata de artículos que tienen el mismo rango y naturaleza reglamentaria sin relación de mutua sujeción entre los dos,



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

distinta de una eventual falta de unidad de materia que no es objeto de análisis en este proceso pues no es un cargo en su demanda.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El artículo 13° de la Constitución Política consagra el derecho a la igualdad, formal ante la ley, y de trato ante todas las autoridades públicas y privadas en Colombia.

Para arribar a dicha conclusión, la demanda debió presentar la situación de facto en que se encuentran los asociados en general ante la preceptiva del artículo 2° del Decreto 337 de 2000, y confrontarla con la situación concreta de la que se deduzcan tratos discriminatorios, positivos o negativos pero constitucionalmente ilegítimos, que hagan posible la comparación ante el principio y el derecho de los asociados a recibir igual tratamiento cuando se hallan en igualdad de condiciones reales entre sí.

Sin embargo, al desarrollar el cargo, el demandante consideró simplemente que el establecimiento de los requisitos para acceder al cargo en provisionalidad según la experiencia acreditada por el aspirante, genera discriminación frente a los funcionarios de carrera, quienes al encontrarse expuestos al cumplimiento de rigurosos requisitos de acceso y ascenso en el servicio, se hallan en condiciones de inferioridad ante aquellos, sin el fundamento necesario sobre los supuestos tratos discriminatorios, positivos o negativos pero constitucionalmente ilegítimos, en que se encuentran los servidores de carrera frente de los servidores nombrados en provisionalidad.

De conformidad con lo previsto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Congreso, por medio de leyes, regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. Y corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 *ibidem*, ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

En tal contexto, ya se vio que el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 estableció las condiciones básicas para la designación de servidores en provisionalidad, y que en cuanto al requisito de la experiencia, defirió a las condiciones que exija el reglamento. Por tal razón y observando que el presente cargo guarda una estrecha relación con el primero, en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del ejecutivo nacional, la Sala afirma nuevamente que para tal regulación el gobierno contó con un amplio margen de configuración, al establecer tales requisitos por voluntad del legislador. Así mismo, que al expedir la ley, el gobierno, como legislador extraordinario con el citado artículo 61, pudo regular el ejercicio de funciones públicas y la prestación del servicio exterior de Colombia, con el establecimiento de los requisitos que estimó necesarios, convenientes y suficientes para que la experiencia de un aspirante pueda ser tenida en cuenta como uno de los requisitos de acceso en provisionalidad al servicio diplomático.

Finalmente, se considera que el establecimiento de unos requisitos mínimos para el acceso en provisionalidad en casos como el presente no permite válidamente efectuar comparaciones frente al sistema de requisitos para el acceso, permanencia y ascenso en un régimen de carrera, pues es obvio que la naturaleza, la causa, los fines y los efectos de uno y otro régimen obedecen no solo a necesidades distintas, sino a bienes jurídicos tutelados diferentes, que justifican el rigor que menciona el demandante, pero que se explican por los derechos y garantías propias del sistema de carrera establecido por el ordenamiento.

Se insiste, además, en que el demandante parte de la falsa premisa, según su propio y subjetivo entendimiento, que con el artículo 2 del Decreto 337 de 2000 ha quedado establecida la provisionalidad como sistema de ingreso y permanencia generalizada en el servicio diplomático y consular colombiano, atribuyéndole consecuencias que no tiene, y que dependerán en cada caso, del comportamiento del ejecutivo en la forma como provee los cargos en dicho sector, lo cual escapa, como ya se dijo, al examen de la justicia contencioso administrativa.

Este cargo, por tanto, tampoco prospera.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

El artículo 25° de la Constitución Política dispone que el trabajo es un derecho y una obligación social, y que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

En torno a este cargo la demanda debió, igualmente, presentar la situación de facto en que se encuentran los asociados en general ante la preceptiva del artículo 2° del Decreto 337 de 2000, y confrontarla con la situación concreta de la que se deduzcan situaciones violatorias del derecho constitucional al trabajo previsto en el artículo mencionado que hagan posible su comparación y la exigencia de los requisitos previstos para acreditar la experiencia necesaria para acceder a un cargo en provisionalidad en el servicio exterior.

El demandante, por el contrario, fincó su argumento en sostener que cuando la provisionalidad se convierte en el mecanismo generalizado en el servicio exterior, genera un trato discriminatorio frente a los servidores de carrera, que resultan desplazados teniendo los méritos para acceder a las plazas disponibles en la planta respectiva. Por tal razón se considera que no es posible realizar la confrontación normativa solicitada, al carecerse de referente. Por otra parte, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales examinados, tanto el legislador como el ejecutivo, ostentan facultades suficientes para establecer requisitos de acceso y permanencia en el servicio diplomático y consular, como en general en todos los cargos públicos de todas las Ramas del Poder Público y de todos los niveles o categorías, sin que ello, por sí solo, constituya violación del derecho al trabajo de las personas.

La Sala considera que el anterior aserto es derivación del primer cargo formulado ya decidido en esta providencia, y que parte de la falsa premisa según la cual *“...la provisionalidad se convierte en el mecanismo generalizado en el servicio exterior, (que) genera un trato discriminatorio frente a los servidores de carrera...”*, no obstante lo cual estima necesario agregar lo siguiente:



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

Contrario a lo que afirma la demanda, quien invierte la regla es el demandante al sugerir en forma irrazonable que el establecimiento de requisitos para el ejercicio de los cargos públicos por parte del gobierno impide el libre ejercicio del derecho al trabajo de las personas pertenecientes a la carrera en el servicio exterior. Nada más lejos de la realidad y ajeno a ciertos principios, estos sí, que inspiran la función pública, como lo son la cualificación que exige el buen servicio público en sus servidores, entre otras razones porque quien aspire a ingresar y permanecer en dicha carrera, estando en ejercicio de un cargo en provisionalidad, debe someterse a los mismos requisitos y procedimientos establecidos en la ley para todos los aspirantes, sin que esa sola circunstancia afecte los derechos de quienes ya pertenecen a ella. Y lo anterior, porque, se insiste, el hipotético uso generalizado de los nombramientos en provisionalidad no depende de que el artículo 2° del Decreto 337 de 2000 lo consagre, sino de su utilización por parte del gobierno, sin que por ello el decreto contrarie la Constitución Política.

Por tanto, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

El artículo 125 de la Constitución Política establece el sistema de carrera como regla general en las entidades y órganos del Estado.

Nuevamente la demanda recurre a la afirmación según la cual la provisionalidad debe ser un instrumento de aplicación excepcional y transitoria, y no uno permanente y generalizado, como lo viene utilizando el Ministerio de Relaciones Exteriores, en detrimento de los derechos de los servidores de carrera.

La Sala insiste en las consideraciones ya plasmadas en esta providencia, pero particularmente en la premisa mayor del silogismo contenido en la demanda, que parte del falso supuesto de que el artículo 2° demandado ha establecido la provisionalidad como regla general en el régimen de acceso al servicio en dicho sector administrativo, que es el resultado del mal entendimiento de lo que verdadera y precisamente aquel establece: El requisito de la acreditación de la experiencia en el servicio público es válido para ingresar al servicio público exterior,



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

conforme lo prevén los artículos 61 del Decreto 274 de 2000 y 2° del Decreto 337 de 2000.

En consecuencia, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

El artículo 209 de la Constitución Política preceptúa que la función pública se encuentra al servicio de los intereses generales y se funda en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía celeridad, imparcialidad y publicidad.

La demanda sostiene que el artículo 2° del Decreto 337 de 2000 desconoce el interés general al establecer los requisitos tan amplios que permite que personas que no pertenecen a la carrera diplomática y que no tienen conocimientos mínimos en el tema, sean llamados a ocupar cargos en el servicio exterior.

Al desarrollar el cargo, insiste en que resulta violatorio del derecho a la igualdad de quienes laboran en el servicio exterior perteneciendo a la carrera, en que con ello la provisionalidad quedó establecida como regla general y permanente y que los cargos resultarán ejercidos por personas que no tienen conocimientos mínimos para desempeñarlos, repitiendo las afirmaciones consignadas para los cargos anteriores.

Como no formula un cargo específico de violación de los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 constitucional, la Sala se releva de realizar análisis alguno por carencia de referente de acusación, y se remite a lo ya dicho anteriormente frente de los argumentos con que el demandante pretendió fundamentar su violación.

Por las razones expuestas, se negarán los cargos de nulidad formulados con la demanda, y se negará la nulidad solicitada.



Radicado: 110010325000201000094 00 (0818-2010)
Demandante: MISAEL TORRES LADINO
Demandado: NACIÓN COLOMBIANA - GOBIERNO NACIONAL

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la cosa juzgada respecto del párrafo 3° en su integridad y de la expresión "...y la respectiva certificación se suplirá..." contenida en el párrafo 4° del Decreto 337 de 2000.

SEGUNDO: Negar la nulidad del Decreto 337 de 2000, de conformidad con las consideraciones consignadas en esta providencia, por las razones invocadas por la demanda.

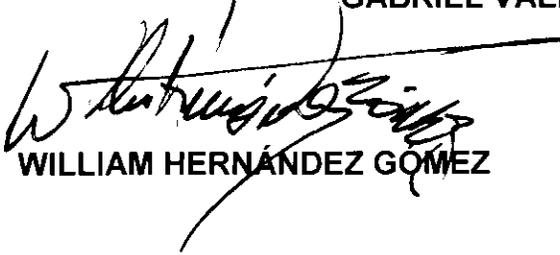
TERCERO: Reconocer personería al abogado Mauricio José Hernández Oyola, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.784.692 de Bogotá, y Tarjeta Profesional número 122.596 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 183 del expediente.

Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS