

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Expediente: 250002341000201500443 01
Demandante: **ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN**
Demandado: **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA,**
Ministro Plenipotenciario, ante el
Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran
Caducado de Luxemburgo
Asunto: **Fallo electoral de segunda instancia**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 10 de diciembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1.- La pretensión de la demanda

Se dirige a obtener la nulidad del Decreto No. 2064 de 16 de octubre de 2014 *“Por el cual se realiza un nombramiento provisional*

en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores” mediante el cual se nombró provisionalmente al doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA**, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo.

1.2.- Soporte fáctico

Por medio del Decreto No. 2064 de 16 de octubre de 2014 se nombró provisionalmente al doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA**, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo.

Afirma la parte actora que el anterior nombramiento se realizó a pesar de que el doctor **BARRAGÁN VEGA** no es funcionario de Carrera Diplomática y Consular y sin tener en consideración que para esa fecha -16 de octubre de 2014- existían funcionarios de carrera inscritos como Ministros Plenipotenciarios *“quienes tenían mejor derecho a ocupar ese cargo, hecho que se demostrará con la certificación juramentada que para el efecto expida la señora Ministra de Relaciones Exteriores”*

Precisó que *“la comisión para ocupar cargos de inferior jerarquía y dignidad, en el caso de un Ministro Plenipotenciario, termina cuando se da la vacante del cargo equivalente como es el empleo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, Misión ante la Unión Europea”*.

Sumado a lo anterior alegó que el doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA** no tiene los méritos ni la preparación para ejercer el cargo para el cual fue nombrado *“...si se compara con lo que demuestra un funcionario de carrera diplomática quien llega al*

rango de Ministro Plenipotenciario después de toda una vida (20 años) de formación y experiencia, superando exámenes de conocimientos y de evaluaciones anuales de servicio para ascender a esa dignidad y desempeñar un cargo equivalente a ese rango. Para demostrar este hecho se requerirá la prueba de la experiencia y formación en el servicio exterior del designado en provisionalidad frente a lo que demuestran los Ministros Plenipotenciarios quienes ocupaban cargos de inferior rango”.

La misma comparación la realiza el actor frente a un funcionario de carrera diplomática que llega al rango de Ministro Consejero luego de más de 16 años de servicios y los requisitos antes descritos, con la salvedad de que puede ejercer “...un cargo equivalente a la categoría inmediatamente superior a la que está inscrito, en virtud de la comisión para situaciones especiales”.

Alegó que el Ministerio de Relaciones Exteriores, de manera permanente, aplica el literal a) del artículo 53 del Decreto 274 de 2000 –comisión para situaciones especiales- designa funcionario de carrera en empleos de inferior rango o jerarquía y muy “*excepcionalmente la comisión para cargos equivalente a la categoría inmediatamente superior*”.

Finalmente, adujo que no existe fundamento “*serio*” para haber hecho uso de la facultad excepcional conferida por el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y nombrar al doctor **BARRAGAN VEGA** en el segundo cargo más alto de la función diplomática.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

El demandante señala que el decreto demandado vulnera la siguiente normativa:

i) Constitución Política: artículos 6, 13, 25, 53, 83, 123 y 125.

En razón de que el Ministerio de Relaciones Exteriores al aplicar el artículo 60¹ del Decreto Ley 274 de 2000² “...omitió tener en cuenta que solo puede utilizar este poder excepcional de designar en provisionalidad cuando no exista personal de carrera con el que se pueda ocupar el cargo. La realidad es que sí debía ser suplido este cargo con los ministros plenipotenciarios que ocupaban cargos de inferior rango e incluso si hipotéticamente no hubiese ninguno de ellos ejerciendo empleos de rango inferior, los Ministros Consejeros que estaban en condiciones laborales injustas de ocupar cargos de inferior rango tienen los méritos para haber sido designados en comisión para situaciones especiales”.

ii) Artículo 4° del Decreto Ley 274 de 2000. Este precepto contiene los principios de moralidad, imparcialidad, publicidad y transparencia que deben regir en la carrera diplomática y consular; sin embargo, en este asunto fueron desatendidos en razón de que no había fundamento alguno “...para designar a una persona que no pertenece a la carrera [y tampoco] para ejercer la facultad reglada de la provisionalidad”.

iii) Artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000. Esta norma prevé la situación especial o excepcional en la cual la Administración puede designar, entre otros casos, a un funcionario de carrera para que ocupen un cargo de inferior jerarquía al de su categoría, así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-292/01; por tanto, “...no puede mantenerse si las condiciones reales acreditan que existe un cargo

1 **ARTÍCULO 60. NATURALEZA.** Por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.

² “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”

dentro de la categoría o de la categoría inmediatamente superior a la que pertenece el funcionario de carrera para nivelar sus condiciones de carrera”.

Asimismo, afirmó que en la mentada sentencia la Corte Constitucional se limitó a manifestar la *“excepcionalidad de la comisión de cargos de libre nombramiento y remoción, situación que es mucho más estricta frente a los cargos de carrera diplomática y consular como es el presente caso, en donde no se puede mantener a un Ministro Plenipotenciario e incluso a un Ministro Consejero ocupando en comisión un empleo de inferior nivel al que corresponde”.*

iv) Artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Dado que por medio del decreto demandado se nombró al doctor **BARRAGÁN VEGA** a pesar de que existía personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores lo cual se omitió en el presente caso, situación que incluso tiene la entidad suficiente para afectar los derechos fundamentales que les asisten a los funcionario de carrera de esa Cartera Ministerial

Luego de precisar que esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional *“...lo hizo en el entendido de que se acude a este excepción cuando hay imposibilidad de nombrar funcionarios de carrera en aplicación a las leyes vigentes. En el caso que nos ocupa, existía el deber legal de la administración de nombrar a un funcionario de carrera inscrito en el escalafón de carrera en lugar del señor Andrés Felipe Brito Jiménez, ya que existían funcionarios de carrera que estaban ocupando en provisionalidad cargos inferiores a su categoría”.*

1.4. Trámite del Proceso

Luego de oficiar para determinar la fecha de publicación del decreto demandado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” admitió la

presente demanda mediante auto de 14 de mayo de 2015³, en el cual se ordenaron, conforme a la normativa aplicable, las debidas notificaciones.

1.5. Contestaciones

1.5.1 Del Ministerio de Relaciones Exteriores

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

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

i) Revisadas las normas que se citan como infringidas ninguna de ellas exige que el funcionario nombrado para ocupar el cargo de ministro plenipotenciario deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, por el contrario el nombramiento ahora cuestionado se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 que faculta a la Administración a llevar a cabo estos nombramientos en provisionalidad.

En desarrollo de lo anterior, explicó que en virtud de la diferencia que existe desde la naturaleza jurídica de cada forma de vinculación –propiedad o provisionalidad-, en este caso no es

³ Folios 34 al 36

dable afirmar que el nombramiento del doctor **BARRAGÁN VEGA** amenazó o vulneró la estabilidad laboral de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ii) Analizada la hoja de vida del doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN** resulta evidente que cumple de manera amplia los requisitos de estudio y experiencia exigidos para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, razón adicional para defender la legalidad del acto demandado.

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

Sumado a lo dicho, sostuvo que carece de claridad el cargo esbozado por la parte actora relacionado con que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían funcionarios inscritos en carrera en el rango de Ministro Plenipotenciario y nombrados en empleos con inferior rango, pues esta situación, por sí sola, no permite afirmar que estos tengan un mejor derecho que el doctor **BARRAGÁN VEGA** para ser nombrados.

Así mismo, sostuvo que la proposición jurídica que se presenta en la demanda está incompleta y contiene una errada interpretación de los artículos 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 en virtud de la “...especial connotación de la labor desarrollada por dichos funcionarios y la trascendencia de la misma en el concierto

tanto nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, entre otros”; sin embargo, en este caso el demandante se limitó a referirse a la primera de las enunciadas sin advertir la existencia de las restantes y en las cuales también se puede fundar la excepción de nombrar a una persona que no pertenezca a la carrera diplomática y consular.

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

El mentado decreto también se encargó de disponer los tiempos de servicios requeridos para los ascensos y los demás requisitos que *“...permiten a cada funcionario ascender a cada una de las categorías del escalafón en tiempos distintos a los señalados por la ley para su alternación en plantas externa e interna, respectivamente”.*

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

Lo anterior resulta relevante para el presente caso porque en virtud de lo explicado y de los principios de transparencia, eficacia y especialidad, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular tienen derecho a cumplir con los lapsos de alternación; es decir, a la prestación de sus servicios en la planta interna, en la externa, en un cargo que corresponda

con la categoría de su escalafón o incluso en uno superior o inferior, en todo caso tendrá derecho al reconocimiento de la diferencia existente entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión.

La Administración cuenta con la posibilidad, artículo 60 del Decreto Ley 270 de 2000, de designar en encargo a personas que no estén inscritos en la carrera diplomática, cuando no fuera posible cubrir la vacante con funcionarios inscritos en la misma.

Con fundamento en lo expuesto, sostuvo que para la fecha de la expedición del acto administrativo de nombramiento demandando, existía la imposibilidad de nombrar a funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular en el rango de Ministro Plenipotenciario porque en el caso de los señores: Jairo Augusto Abadía Mondragón, Alicia Alejandra Alfaro, Ruth Mary Cano Aguilón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, Francisco Alberto González, Olga Cielo Molina de la Villa, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y Hernán Vargas Martín, estaban cumpliendo su lapso de alternación en plata externa o interna atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil.

Fue por lo anterior que el nombramiento ahora cuestionado se fundó en la excepción del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

iv) Refirió que se opone a la prosperidad del cargo del demandante según el cual se desconocen los derechos laborales de los servidores públicos al permitir que los funcionarios laboren en condiciones inferiores a las adquiridas con base en sus méritos y experiencia, pues como antes se explicó dicha situación se presenta con fundamento legal y debe ser entendida

“...en el contexto de la alternación entre el servicio en planta interna y el servicio en planta externa, alternación que se explica como un desarrollo de los principios de eficiencia y especialidad”.

De acuerdo con lo anterior, reiteró que es por la necesidad de dar cumplimiento a los lapsos de alternación que se hace imperioso recurrir a designaciones de personal de planta externa en planta interna en un cargo inferior a aquél en que se encuentra inscrito en el escalafón el funcionario con la conservación del nivel de asignación básica correspondiente a su asignación.

La anterior tesis, manifiesta, fue avalada por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los mentados nombramientos y por el Consejo de Estado que al resolver casos similares al presente denegó las súplicas de la demanda⁴, al considerar que si bien *“...la regla general para acceder a los cargos de carrera diplomática y consular se fundan en el mérito, la norma reconoce que dichos empleos puedan ser ocupados por personas que no pertenezcan a la carrera ´cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos´, de acuerdo con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000”.*

En este sentido y de conformidad con los argumentos relatados concluyó que no existe la vulneración alegada al artículo 6º de la Constitución Política, pues el nombramiento acusado de ilegal se profirió con debido acatamiento al ordenamiento jurídico y por el contrario se evidencia el *“...desconocimiento por parte de la demandante en las normas jurídicas aplicables la carrera diplomática y consular, incluso se construye con una total ligereza, acusaciones por el desacato a las normas que establecen la institución de la*

⁴ Para el efecto, citó el proceso No. 250002341000201300227-01 que según su dicho reitera las sentencias de 3 de junio de 2010, exp. No. 2003-0012-01 y de 4 de marzo de 2004 Rad. 2009-00043-00. Posteriormente ratificada en sentencia de 16 de octubre de 2014, Rad. 250002341000201400013-01

provisionalidad, pretendiendo adicional que hubo una vulneración a las normas constitucionales, nada más alejado de la realidad, cuando lo cierto es que este Ministerio ha implementado unas políticas públicas para garantizar los principios que orientan la función administrativa”.

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

vi) Por último, expuso que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo de nombramiento que solicita declarar nulo, de conformidad con las razones antes expuestas (fls. 55 al 73).

1.5.2. De JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS, agente oficioso de CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA

Mediante agente oficioso⁵, solicitó denegar las súplicas de la demanda porque el acto demandado goza de presunción de legalidad al haberse dictado de conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y por cumplir con los requisitos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario para el cual fue nombrado.

⁵ Actuación que fue debidamente ratificada según consta a folios 121 y 122

Respecto de los hechos en los que se funda la demanda sostuvo que en efecto no es funcionario de carrera diplomática y su nombramiento obedece a necesidades del servicio.

No obstante, luego de relatar su experiencia académica y laboral destacó que sí cumple con los requisitos exigidos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario

Resaltó que no es dable realizar la comparación entre los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores pertenecientes a la carrera diplomática y su experiencia profesional y académica, como lo propone el demandante, porque fue *“...nombrado en provisionalidad por el principio de especialidad y en razón del servicio, debido a la exigencia que se requería...”*.

Respecto del dominio de otro idioma de uso diplomático precisó que el señor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN** domina el inglés y el francés y conoce el funcionamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En lo demás, manifestó que coadyuva los argumentos de defensa expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores en la contestación de la demanda

Asimismo, propuso las excepciones previas:

Caducidad de la acción electoral: porque el decreto demandado data del 16 de octubre de 2014 y *“...fue publicado en la página web de la Presidencia de la República...”*, en la misma fecha, mientras que la demanda solo se presentó hasta el 23 de febrero de 2015, por lo que resulta evidente que los términos de que trata el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del C.P.A.C.A., fue superado.

Ejercicio indebido de la acción: lo anterior con fundamento en que para solicitar la nulidad del decreto de nombramiento demandado, advierte el actor que para la fecha en que se dictó dicho acto “...existían varios funcionarios inscritos en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, con derecho a ocupar el empleo de Consejero de Relaciones Exteriores, en lugar del doctor CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA (...). En este sentido, la acción impetrada no es ejercida en interés general con el fin de defender el principio de legalidad, sino que a través de ella, se pretende la defensa de varios intereses particulares y concretos que se estiman vulnerados con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado y cuyo resarcimiento se pretende a todo lo largo y ancho del libelo demandatorio”.

Falta de legitimación en la causa: de acuerdo con lo anterior y por considerar que la acción procedente es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no el electoral, sostuvo que debe ser ejercido por los funcionarios que presuntamente se encontraban escalafonados como Consejeros. (fls. 90 al 101).

1.5.2. De CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA

Comenzó por precisar que contrario al dicho del actor, cumple a cabalidad los requisitos para el cargo que fue nombrado mediante Decreto 2064 de 2014.

Expuso que en efecto la demanda se presentó por fuera del término de caducidad, teniendo en cuenta que el Decreto 2064 se publicó el 16 de octubre de 2014, y solo se radicó hasta el 24 de febrero de 2015.

En lo demás, sostuvo que no es funcionario de carrera diplomática y cumple a cabalidad con los requisitos legalmente exigidos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario,

para lo cual relató su experiencia académica y laboral. Respecto del dominio de otro idioma de uso diplomático precisó que domina el inglés y el francés y conoce el funcionamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En lo demás, manifestó que coadyuva los argumentos de defensa expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores en la contestación de la demanda. (fls. 102 al 113).

II. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 4 de agosto de 2015⁶, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 12 del mismo mes y año (fl. 133), la cual se desarrolló en la forma prevista en la Ley 1437 de 2011.

En dicha audiencia que se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades (que no hubo), establecer la competencia de la Sección para fallar, se fijó el litigio de la siguiente manera:

2.1. Resolución de excepciones

Respecto de la caducidad aducida fue denegada porque el Ministerio de Relaciones Exteriores constató que el acto demandado fue publicado el 28 de enero de 2015; por tanto, la demanda se radicó dentro de la oportunidad legalmente establecida.

En relación con la indebida escogencia de la acción y falta de legitimación por activa, fueron declaradas no probadas en virtud de que mediante el medio de control electoral se cuestionan decretos de nombramiento como el presente.

⁶ Folio 120

2.2. Fijación del litigio del a quo

Determinar si el acto de nombramiento del doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA**–Decreto 2064 de 16 de octubre de 2014- proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es nulo por atentar contra los artículos 4º, 37 párrafo, 53, 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000 y 6º, 13, 25, 83, 123 y 125 de la Constitución Política.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

3.1. Del Demandado

Solicitó denegar las pretensiones de la demanda ante la inexistencia de violación al marco normativo y jurisprudencial que sobre el nombramiento en provisionalidad en cargos de carrera diplomática se encuentra vigente.

En este sentido precisó que el demandante omitió probar que los presuntos funcionarios inscritos en el escalafón de Ministros Plenipotenciarios, que supuestamente ocupaban empleos inferiores; por tanto, tenía un mejor derecho para ser nombrados en el cargo que ahora ocupa el demandado **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA**, como tampoco se demostró si dichos funcionarios ya habían cumplido con su periodo de alternación.

Lo que si sí está probado en el plenario, con el oficio remitido por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores según el cual “...*para la época del nombramiento de señor Carlos Edgardo Barragán no había ningún funcionario de Carrera Diplomática y Consular, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, que pudiera ser nombrado en dicho cargo en la embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran*

Ducado de Luxemburgo”, lo cual fue ratificado por la Ministra de Relaciones Exteriores mediante declaración juramentada.

Señaló que fue precisamente la anterior situación la que permitió que su nombramiento se realizara con fundamento en el artículo 60 de del Decreto 274 de 2000 y con el lleno de los requisitos exigidos para el ejercicio de dicho cargo.

Reiteró que el mentado artículo 60 fue objeto de análisis por la Corte Constitucional, Corporación Judicial que mediante sentencia C-292 de 2001 declaró su exequibildiad, pronunciamiento en el cual se dejó en claro respecto de *“...la necesidad de dar cumplimiento a los lapsos de alternación como institución inherente a la carrera diplomática y consular, la que explica que en ocasiones se hagan designaciones de personal de planta externa en planta interna en un cargo inferior a aquél en que se encuentra escalafonado el funcionario con la conservación del nivel de asignación básica correspondiente a su escalafón, por lo que la norma demandada no tiene por qué repudiarse inconstitucional”*. Postura que ha sido acogida por el Consejo de Estado en el expediente No. 250002341000201300227-00⁷ en la que se denegaron las súplicas de la demanda, en un caso de con similitud fáctica a la que ahora se estudia.

Por otra parte, advirtió que la parte actora obvió probar la supuesta falta por parte del demandado de los requisitos exigidos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario del Ministerio de Relaciones Exteriores. Hecho que por el contrario sí demostró el acusado al aportar su hoja de vida con los respectivos anexos, lo que solo demuestra que el acto de nombramiento cuestionado no es ilegal y se dictó de conformidad con la normativa que lo rige.

⁷ No precisó fecha del pronunciamiento, pero sostuvo que reitera pronunciamientos del 4 de marzo de 2004 y 3 de junio de 2010, Rads. Nos. 20090004300 y 2003001201, respectivamente

En lo demás, reiteró la proposición de la excepción de ejercicio indebido de la acción, falta de legitimación en la causa, con el mismo fundamento expuesto en la contestación de la demanda. (fls. 241 al 260).

3.2. Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Por intermedio de su apoderado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, pues el acto demandado se profirió sin incurrir en las cuales de los numerales 1° y 5° del artículos 275 del C.P.A.C.A., como tampoco está viciado de falsa motivación, desviación de poder, falta de competencia, no afecta la Constitución Política ni las normas que rigen la carrera diplomática y consular y mucho menos tiene la virtualidad de afectar derechos laborales de los funcionarios del Ministerio inscritos en carrera.

Expresó que las pruebas allegadas demuestran la legalidad del acto de nombramiento acusado porque se dictó luego de verificar el cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo por parte del nombrado, así como la facultad legal y la competencia de la Ministra para expedirlo, la necesidad del servicio y la imposibilidad de designar en el cargo a uno de los funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero.

Resaltó que el acto administrativo demandado cumple con las exigencias legales de existencia, validez y eficacia, por lo cual resulta legal, pues se nombró a una persona que no estaba inscrita en la carrera diplomática ante la imposibilidad de designar a aquellos funcionario que sí estaban inscritos, razón por la cual se acudió al artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 –principio de especialidad- pero adicionalmente se cumplieron

los requisitos exigidos para el cargo, por parte del doctor **BARRAGÁN VEGA**, y el nombramiento cumple con todos los requisitos legales necesarios para su validez y legalidad.

Explicó que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 60 de Decreto Ley 270 de 2000 – sentencia C- 292 de 2001-, en su criterio, precisó “...*que existen dos hipótesis que tiene la Administración para poder realizar nombramientos en provisionalidad en un empleo de la Carrera Diplomática y Consular de la entidad no haya cumplido todos los procedimientos legales para ocupar dicho cargo en propiedad o en periodo de prueba –tercer secretario*

Y el otro en virtud del principio de especialidad, basado en las necesidades del servicio, cuando se requiera de conocimientos en un tema determinado”.

De acuerdo con lo expuesto y analizadas las pruebas allegadas al proceso, (verificación del registro de elegibles e informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores), se comprobó que no era posible designar en ese cargo a un funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular, a pesar de que se adelantaron los procedimientos establecidos para cada una de las situaciones administrativas de los servidores registrados. En atención al principio de alternación en el caso de los señores Jairo Augusto Abadía Mondragón, Alicia Alejandra Alfaro, Ruth Mary Cano Aguilón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, Francisco Alberto González, Olga Cielo Molina de la Villa, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y Hernán Vargas Martín.

Por su parte, tampoco podía haberse nombrado a la señora Alicia Alejandra Alfaro porque estaba prestando sus servicios en otra entidad pública.

En los demás reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para fundar su petición de negar las pretensiones de la parte actora (fls. 264 al 272).

3.3. El Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta instancia⁸.

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2015, decidió:

“1º) **Deniéganse** las pretensiones de la demanda”.

Como fundamento de su decisión manifestó el objeto de la controversia, los hechos probados en el expediente y la normativa aplicable al presente asunto.

Acto seguido concluyó que, si bien, existían funcionarios inscritos en carrera diplomática en el escalafón de Ministros Plenipotenciarios, ello no deviene en la ilegalidad del acto de nombramiento demandado porque “...no está demostrado el cumplimiento del requisito adicional exigido por el Decreto No. 274 de 2000 para tener derecho de acceso al cargo referente al régimen de alternación”.

Advirtió, que en casos similares el Consejo de Estado⁹ ha reconocido que para ser nombrado en propiedad en la carrera diplomática el funcionario debe haber cumplido el régimen de alternación en los cargos pertenecientes a la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁸ Según consta a folio 272 en el cual obra constancia secretarial

⁹ Sentencia de 3 de junio de 2010. Rad. No. 2009-00043-00, C.P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón, tesis reiterada por fallo de 30 de enero de 2014. Rad. No. 2013-00227, C.P doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Luego de transcribir los artículos 35, 36 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000 expuso que el Consejo de Estado en el fallo referenciado del 3 de junio de 2010 arguyó que *“...las normas trascritas avalan la conclusión, entre otras, de que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en Planta Interna como Externa, está sujeta a los periodos de alternación, es decir que no solamente será necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, como se exigía como condición única bajo el régimen del Decreto 10 de 1992, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a uno de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación, no se encuentre en curso, es decir, que no haya terminado”*.

Por su parte, en la sentencia de 30 de enero de 2014 insistió en que *“...no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir que se haya terminado su periodo de alternancia para ser nombrado”*.

Con fundamento en los anteriores pronunciamientos judiciales **para el Tribunal es evidente que no resulta suficiente con que existan funcionarios inscritos en carrera diplomática, además resulta imperioso el cumplimiento de los periodos de alternación**, requisito obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto mediante el Decreto Ley 274 de 2000.

Adujo que, la parte actora no aportó ninguna prueba que demuestre que las ocho personas inscritas para el cargo de Ministro Plenipotenciario hayan terminado los lapsos de alternación como lo exige los artículos 35 y siguientes del

decreto en mención. Pero sí se probó que *“...los funcionarios se encuentran adelantando los respectivos periodos de alteración en diferentes cargos dentro de la carrera diplomática y en la actual planta de la cancillería”*, conclusión a la que arriba luego de analizar el informe bajo juramento rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores, el cual no fue desvirtuado por la parte demandante, razón por la cual *“...dicho informe comprueba que la exigencia requerida atinente a la alternación no fue cumplida por parte de los ochos funcionarios escalafonados para el cargo de Ministro Plenipotenciario; en otros términos, dicha prueba no fue tachada y menos desvirtuada”*.

De acuerdo con lo expuesto, no existían, para el momento del nombramiento, otros funcionarios de carrera disponibles para la designación de Ministro Plenipotenciario, por estar en cumplimiento de lapsos de alternación, **de los cuales no obra prueba de su terminación, razones que consideró suficientes para denegar este cargo.**

Por otra parte, la Sala también desvirtuó el cargo según el cual existían funcionarios de carrera inscritos en el cargo de Ministros Plenipotenciarios, pero ocupaban cargos de inferior jerarquía, porque concluyó que *“...es ascenso al cargo está condicionado al cumplimiento previo de la alternación obligatoria dentro de la carrera diplomática”*. Por tanto, *“...la Sala no encuentra que haya sido transgredido el alegado mejor derecho de los funcionarios escalafonados. Tampoco tiene ningún sustento el argumento referido a un posible desconocimiento del derecho al mérito...”*.

Sumado a lo anterior, precisó que *“...el hecho de haber sido designados los funcionarios en cargos inferiores al que tienen en el escalafón tampoco deviene ilegal el nombramiento cuya nulidad se depreca en este proceso, pues dicha posibilidad es compatible con el ordenamiento jurídico como lo ha reconocido la Corte Constitucional en virtud de la necesidad de darle cumplimiento al sistema de alternación en los cargos de la actual planta de global como institución inherente a*

la carrera diplomática y consular [sentencia C-292 de 2001]”. (fls. 273 al 298).

V. APELACIÓN

La parte actora presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia en el cual precisó que:

1. *“...no hubo examen alguno del Alto Tribunal respecto de la existencia de una planta global y la alternación en razón a que esta situación administrativa no contraviene la esencia y la finalidad de la planta global”.*

Al respecto, expuso que un funcionario de carrera diplomática que se encuentre en periodo de alternancia en el exterior, ocupando un cargo de inferior rango *“...simplemente se le nombra en el cargo vacante de la planta global que corresponde a su categoría y se adscribe ese cargo a la sede diplomática u oficina consular donde se encuentra”.* Situación que incluso deviene en el ahorro de gastos por parte del Estado.

A manera de ejemplo citó el caso de Hernán Mauricio Cuervo Castellanos quien, afirma, se encontraba ocupando el cargo de primer secretario (tres veces por debajo de su rango) podía ser designado como Ministro Plenipotenciario, para la fecha en la que se dictó el decreto ahora demandado *“...sin afectar el tiempo de alternación y ahorrándole al Estado dinero...”.*

2. Señaló que esta Sección dictó fallos de 5¹⁰ y 12 de noviembre de 2015 los que *“...constituyen un avance en la garantía del mérito y de la dignidad en las condiciones laborales (cargo equivalente a la categoría) de los funcionarios de carrera frente a la provisionalidad, en la medida en que se entiende que sí están disponibles para ser*

¹⁰ Rad. 2015-00541-01 C.P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

designados en un cargo vacante equivalente a su categoría los funcionarios de carrera que lleven más de 12 meses en la sede diplomática u oficina consular (parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000)”.

Con fundamento en lo anterior, señaló que en el expediente está demostrado, según el propio Ministerio de Relaciones Exteriores, que **Jairo Augusto Abadía Mondragón** termina su periodo de alternancia *“en el mes de enero de 2018”*; **Hernán Mauricio Cuervo Castellanos** termina su periodo de alternancia *“en el mes de enero de 2018”*; **Luis Carlos Gutiérrez** termina su periodo de alternancia *“en el mes de julio de 2016”* y; **Hernán Vargas Martín**, termina su periodo de alternancia *“en el mes de enero de 2016”*; por tanto, estaban disponibles para ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, pues luego de analizar los decreto de nombramiento de cada uno de los anteriores funcionarios *“...permiten establecer claramente que la posesión se realizó hace más de doce meses de la fecha del acto demandado: 16 de octubre de 2014. Luego en mi criterio, no resulta necesaria allegar al expediente el acta de posesión para establecer con exactitud la data de permanencia de cualquiera de ellos en el exterior”.*

Para mayor precisión insistió en que en el caso del señor Hernán Vargas fue nombrado como Ministro Consejero mediante Decreto 3855 de 15 de octubre de 2010 y le corresponde alternar en Colombia en enero de 2016, lo que *“...significa que de los cuatro años que exige el artículo 37 del Decreto 274 de 2000, él ya había cumplido, para el 16 de octubre de 2014, cerca de tres años, lapso que supera lo previsto en el parágrafo de la referida disposición y no se requiere que se demuestre el acta de posesión para confirmar esa conclusión”.*

Sin perjuicio de la anterior conclusión, expuso que es al Ministerio de Relaciones Exteriores acreditar la imposibilidad de nombrar a cualquiera de estos funcionarios y es quien tiene la

prueba para demostrarlo. Asimismo, agregó que el juez, de conformidad con los artículos 103 y 213 del C.P.A.C.A., podrá decretar como prueba que esa Cartera Ministerial remita copia de las actas de posesión de los mentados funcionarios “...*para esclarecer la verdad y hacer valer el imperio de la ley [porque] el decreto de esta prueba no implica violación al derecho de defensa del señor Carlos Edgardo Barragán, pues se trata de la certificación de un hecho cuya realidad y ocurrencia lo debe expedir la entidad en la que está vinculado*”. (fls. 305 al 310).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. Del demandado

Su apoderado insistió que al momento de dictar el acto de nombramiento acusado no se desatendió la normativa que lo regula y existió total respeto de los periodos de alternación y reiteró que “...*los funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular no cumplieron con la exigencia solicitada, pertinente a la alternación*”, para que pudieran ser nombrados como Ministros Plenipotenciarios.

Considera que los argumentos del recurrente resultan desafortunados pues de actuar conforme a su raciocinio, según el cual no es necesario esperar la finalización del periodo de alternación, este nombramiento sí atentaría contra lo dispuesto en el artículo 36 y las frecuencias de que trata el 37 del Decreto 274 de 2000.

De igual manera, frente al reparo del demandante según el cual, con nombramientos como el aquí cuestionado, no se estaría empleando racionalmente la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adujo que resulta “...evidente la errada y acomodaticia lectura que hace el recurrente de la norma al desconocer por completo su fuerza vinculante como acto reglamentario y de obligatorio cumplimiento...” para esa Cartera Ministerial.

En lo demás ratificó que el actor no probó lo que denominó “...el irracional empleo del sistema de planta global (...) y tampoco la disponibilidad de algún funcionario de carrera, para el momento en que se nombró al señor Barragán, que pudiera, en cumplimiento de los plazos establecidos para prestar sus servicios en planta interna o externa (alternación), ser nombrado en el cargo de Ministro Plenipotenciario”.

Asimismo, advirtió que el demandante no acreditó la presunta causal de nulidad que vicia al acto administrativo porque “...este no viola la garantía de mérito ni la dignidad de las condiciones laborales de los funcionarios de carrera frente a la provisionalidad, en cuanto a que el análisis del Decreto 274 de 2000 no puede realizarse a conveniencia del recurrente sino que debe ser una lectura unificada, coherente con su objetivo, con su ámbito de aplicación y con sus principios rectores”.

En consecuencia, añadió que “...no pueden ignorarse los literales a) y b) antes de darle aplicación directa al párrafo del artículo 37 [Decreto 274 de 2000] del mismo precepto” porque deben estar disponibles los funcionarios de carrera para poder ser designados en otra planta, para lo cual también se requiere que hayan acatado los periodos de alternancia requeridos por la misma norma, “hecho no probado por el demandante”. Análisis que debe estar acompañado del contenido del artículo 60 de la misma norma, precisando los periodos en que se encuentran los funcionarios escalafonados antes de designar a una persona distinta, estudio que anuncia se allegó al expediente.

En consecuencia, precisó que contrario al dicho del actor los funcionarios Jairo Abadía, Hernán Cuervo, Luis Gutiérrez y Hernán Vargas no estaban disponibles para haber sido nombrados en el cargo de Ministros Plenipotenciario como lo analizó el Ministerio de Relaciones Exteriores, previo a dictar el acto que ahora se cuestiona; sin embargo, el demandante con la información aportada por la mentada Cartera Ministerial pretende demostrar que sí habían podido ser designados en lugar del doctor **BARRAGÁN VEGA**.

Al respecto, destacó que *“...no puede, so pena de subsanar la deficiente tarea probatoria del demandante solicitarse el decreto de nuevas pruebas dentro del presente proceso, máxime cuando los supuestos de hecho que dan cuenta de la legalidad del acto ya se encuentran debidamente probados”*.

Por último, sostuvo que el dicho del apelante según el cual *“...con la fecha de los Decretos de nombramiento mencionados se permite establecer claramente que la posesión se realizó hace más de doce meses de la fecha del acto y por tal motivo, a la luz del parágrafo del artículo 37, se puede designar en servicio en el exterior a los funcionarios antes citados, desconociendo de pleno derecho la interpretación teleológica, hermenéutica y armónica que se le debe aplicar los textos legales”*.

Finalmente, advirtió que en el caso de **Hernán Vargas** según el propio demandante anuncia, su periodo de alternancia debe cumplirse en Colombia, lo que demuestra *“...la alternación entre la planta exterior y la interna, es decir que el funcionario Vargas Martín no podía ser designado a la planta exterior, y de acuerdo a lo manifestado por el mismo recurrente, él se encontraba cumpliendo su periodo de alternación en el Consulado de Colombia en Nueva York, por esto debe ser alternado a una planta interna en enero de 2016, para que de esta manera pueda llegar a cumplir con los requisitos*

establecidos en el muchas veces mencionado Decreto”. (fls. 327 al 330).

6.2. Ministerio de Relaciones Exteriores

Esta Cartera Ministerial manifestó que se debe confirmar la sentencia apelada, para lo cual, reiteró que el acto demandado se expidió con apego a las normas legales aplicables al caso.

Referente a la sentencia apelada anunció que está debidamente sustentada con la jurisprudencia del Consejo de Estado, aplicable al asunto objeto de análisis, se analizó el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Además, quedó acreditado que no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática en el cargo de Ministro Plenipotenciario, como lo certificó la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la declaración juramentada de la jefe de esa Cartera.

Mencionó que por razones de necesidad, de buen servicio y haciendo uso de la provisionalidad expidió el acto administrativo de nombramiento del doctor **BARRAGÁN VEGA**, razones por las cuales no está viciado de ilegalidad como lo aduce el demandante.

En los demás, reiteró los argumentos ya expuestos en este proceso y solicitó confirmar la sentencia apelada, en consecuencia, denegar las súplicas de la demanda porque *“...es evidente que dicho nombramiento se encuentra ajustado a derecho, se expidió de acuerdo a las normas que facultan a la administración de vincular a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular, siendo expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes, por esta razón, no existe ninguna violación de normas de carácter constitucional o legal, ni*

desviación de poder, ni se incurrió en las causales establecidas en los numerales 1º y 5º del artículo 275 del C.P.A.C.A., ni es contrario a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sección Quinta y respectivamente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca tanto en la Subsección A como en la B de la Sección Primera, que en casos similares ha decidido que este tipo de nombramientos es legal”. (fls. 331 al 340).

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

Solicitó confirmar la sentencia apelada. Como fundamento de su concepto manifestó:

Comenzó por precisar que los cargos expuestos en la presente demanda ya fueron objeto de estudio por parte de esta Sala, en casos similares, para el efecto transcribió en extenso apartes de las sentencias de 30 de enero de 2014¹¹ y 5 de noviembre de 2015¹², para concluir que ante la identidad fáctica puede servir de fundamento para confirmar la decisión recurrida, como también reiteró los argumentos que esa Delegada expuso, en su oportunidad¹³, para destacar que la alternación es una *“...particular situación administrativa de los servidores que pertenecen al sistema de carrera diplomática y consular que no constituye como lo señala el actor un requisitos para ser designado en cargos de carrera diplomática y consular; conforme a la norma que la consagra y regula es un deber de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular conforme a la cual el servidor alterna sus servicios en la planta externa o en la planta interna con carácter obligatorio conforme lo señala el artículo 38 del Decreto 274 de 2000”*.

Asimismo, expuso que carece de veracidad el planteamiento del actor según el cual el cumplimiento de la alternación no

¹¹ Rad. No. 2013-00227-01, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹² Rad. No. 2015-00541-01, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹³ Dentro del proceso No. 2015-0541

configura impedimento para ser designado por carecer de fundamento legal, pues esta tesis desconoce la normativa que regula la carrera diplomática en especial los artículos 35 y siguientes del Decreto Ley 270 de 2004.

Destacó que, si bien, la prohibición de nombrar a quien está en situación de alternación no está expresa *“...se infiere del conjunto de normas que regula este régimen de carrera y no puede ser desatendido por el operador pues las normas se han de considerar como un conjunto armónico y no como disposiciones aisladas...”*.

Finalmente, expuso que el demandante si bien afirma que en el Ministerio de Relaciones Exteriores existía personal escalafonado que podía ser nombrado en el cargo de Ministro Plenipotenciario, esa aseveración *“...la hace desconociendo que por mandato de ley tal personal se encontraba en situación de alternación y que solo hasta tanto culminara el periodo de esta especial situación administrativa podían ser válidamente designados, el onus probandi le imponía la carga de probar que los funcionarios habían ya concluido su tiempo de alternación y que por lo mismo era un imperativo su designación por razón de las normas de carrera Diplomática y Consular, sin embargo ello no aconteció así”*.

En conclusión, sostuvo que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto de nombramiento demandado, por el contrario de conformidad con lo expuesto afirmó que está ajustado a la normativa que lo regula, razón por la que se debe confirmar el fallo apelado. (fls. 342 al 363).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 150 del C.P.A.C.A., como también con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es

competente para conocer de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” que denegó las pretensiones de la demanda

2. Acto demandado

Se trata del Decreto No. 2064 de 16 de octubre de 2014 “*Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*” mediante el cual se nombró provisionalmente al doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA**, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran Caducado de Luxemburgo, Misión ante la Unión Europea.

3. Problema jurídico

En la audiencia inicial la fijación del litigio fue determinar si el acto de nombramiento del doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA**–Decreto 2064 de 16 de octubre de 2014–proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es nulo por atentar contra los artículos 4º, 37 parágrafo, 53, 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000 y 6º, 13, 25, 83, 123 y 125 de la Constitución Política.

El *a quo* resolvió que **no resulta suficiente con que existan funcionarios inscritos en carrera diplomática, además, es imperioso que se agote el cumplimiento de los periodos de alternación**, requisito obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto mediante el Decreto Ley 274 de 2000, tal y como lo ha expuesto el Consejo¹⁴ de Estado en casos, en los cuales ha

¹⁴ Sentencia de 3 de junio de 2010. Rad. No. 2009-00043-00, C.P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón, tesis reiterada por fallo de 30 de enero de 2014. Rad. No. 2013-00227, C.P doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

reconocido que para ser nombrado en propiedad en la carrera diplomática el funcionario debe haber cumplido el régimen de alternación.

Además, sostuvo que la parte actora no aportó ninguna prueba que demuestre que las personas inscritas para el cargo de Ministro Plenipotenciario hayan terminado los lapsos de alternación, pero sí está demostrado que esos mismos funcionarios están “...adelantando los respectivos periodos de alteración en diferentes cargos dentro de la carrera diplomática y en la actual planta de la cancillería”.

Por su parte **el demandante**, en el escrito de apelación, en síntesis sostuvo que: **1.** un funcionario de carrera diplomática que se encuentre en periodo de alternancia en el exterior, ocupando un cargo de inferior rango “...*simplemente se le nombra en el cargo vacante de la planta global que corresponde a su categoría y se adscribe ese cargo a la sede diplomática u oficina consular donde se encuentra*”. Para el efecto, citó como ejemplo el caso de **Hernán Mauricio Cuervo Castellanos** quien se encontraba ocupando el cargo de primer secretario y podía ser designado como Ministro Plenipotenciario, para la fecha en la que se dictó el decreto ahora demandado “...*sin afectar el tiempo de alternación y ahorrándole al Estado dinero...*”.

2. Con fundamento en fallo de esta Sección de 5¹⁵ y 12 de noviembre de 2015, señaló que en el expediente está demostrado, según el propio Ministerio de Relaciones Exteriores, que existían cuatro (4) funcionarios disponibles para ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, pues luego de analizar sus decretos de nombramiento se puede “...*establecer claramente que la posesión se realizó hace más de doce meses de la fecha del acto demandado: 16 de octubre de 2014. Luego en mi criterio,*

¹⁵ Rad. 2015-00541-01 C.P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

no resulta necesaria allegar al expediente el acta de posesión para establecer con exactitud la data de permanencia de cualquiera de ellos en el exterior”.

También expuso que es al Ministerio de Relaciones Exteriores al que le corresponde acreditar la imposibilidad de nombrar a cualquiera de estos funcionarios y es quien tiene la prueba para demostrarlo. Asimismo, agregó que el juez, de conformidad con los artículos 103 y 213 del C.P.A.C.A., podrá decretar como prueba que esa Cartera Ministerial remita copia de las actas de posesión de los mentados funcionarios “...para esclarecer la verdad y hacer valer el imperio de la ley [porque] el decreto de esta prueba no implica violación al derecho de defensa del señor Carlos Edgardo Barragán, pues se trata de la certificación de un hecho cuya realidad y ocurrencia lo debe expedir la entidad en la que está vinculado”.

Así las cosas, corresponde a la Sala establecer si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, a declarar la nulidad del acto demandado, en la medida que, según el recurrente, al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían funcionarios, en el rango de Ministro Plenipotenciario, inscritos en carrera diplomática y consular que tenían mejor derecho, que el doctor **BARRAGÁN VEGA**, para ser nombrados.

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

i) Normativa de la Carrera Diplomática y Consular

El Decreto Ley 274 de 2000 regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. Según el artículo

5° de dicha normativa los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasifican en **a)** libre nombramiento y remoción; **b)** carrera diplomática y consular y; **c)** carrera administrativa.

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

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

ii) La alternancia

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

El anterior precepto fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-808-2001¹⁶.

¹⁶ Al respecto, adujo la Corte que “según el demandante el artículo 35, vulnera los artículos 1, 2, 4, 13 y 209 de la Constitución al incluir y privilegiar sólo dos de los principios fundamentales que deben orientar la función pública y excluir otros igualmente importantes. No obstante, el demandante olvida que el artículo 4 del

En este mismo sentido el Consejo de Estado definió la alternación como la *“...figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado”*¹⁷.

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

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

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. 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.

decreto 274 de 2000 establece que además de los principios consagrados en la Constitución Política, son principios orientadores de la función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, los principios de moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad e integralidad y confidencialidad. Por lo tanto, no es cierto que el artículo 35 establezca una prelación entre principios que desconozca otros igualmente importantes, sino que el artículo 35 y el artículo 4 establecen conjuntamente los principios que deben orientar la carrera diplomática y consular. Por ello, el cargo contra el artículo 35 carece de fundamento y la Corte procederá a declarar la constitucionalidad de la norma acusada”.

¹⁷ Sentencia de 30 de enero de 2014, Rad. No. 2013-0227-01, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

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

iii) Provisionalidad

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

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

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

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

que detallen los supuestos de hecho que permitan ese tipo de nominaciones”¹⁸.

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

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

iv) Caso concreto

Como antes se precisó, compete a la Sala establecer si el decreto de nombramiento del doctor **CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA**, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad, resulta ilegal en la medida que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían funcionarios, en el rango de Ministro Plenipotenciario, inscritos en carrera diplomática y consular que tenían mejor derecho para ser nombrados.

De conformidad con la declaración rendida, mediante certificación juramentada, por la Ministra de Relaciones Exteriores, los funcionarios son: **1)** Jairo Augusto Abadía Mondragón, **2)** Alicia Alejandra Alfaro, **3)** Ruth Mary Cano Aguilón, **4)** Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, **5)** Francisco

¹⁸ Sentencia C-292/01

Alberto González, **6)** Olga Cielo Molina de la Villa, **7)** Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y **8)** Hernán Vargas Martín; quienes para la fecha de expedición del acto demandado, estaban inscritos en carrera diplomática y consular en el rango de Ministro Plenipotenciario y, se encontraban *“...desempeñando cargos inferiores a su escalafón dando cumplimiento al principio de alternación”*.

También en esa certificación se manifestó que dichas personas *“...se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en planta externa o interna en los cargos de Ministro Consejero, Consejero y Primer Secretario, en cada uno de los despachos de destino donde fueron trasladados o comisionados atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil, o prestando su servicio en otra entidad pública, como el caso de la señora Alicia Alejandra Alfaro.*

En razón de lo anterior, finalmente, concluye que *“...con sujeción a los dispuesto en los artículos 1, 12, 35, 39 parágrafo 2, 53 y 56 lit. a) del Decreto 274 de 2000, con los alcances dados a dichas normas por la Corte Constitucional (sentencias C-292 de 2001 y C-808 de 2001), el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **el hecho de existir funcionarios de Carrera Diplomática y consular nombrados en cargos inferiores a su escalafón no hace ilegal el nombramiento provisional, ni conduce a su anulación, ya que se debe cumplir con un requisito adicional exigido por el Decreto 274 de 2000 para tener derecho de acceso al cargo”***.

De lo anterior, resulta necesario advertir que lo expuesto por la Ministra de Relaciones exteriores, se acompasa con lo dicho por el Consejo de Estado, Sección Quinta, en la sentencia de 30 de enero de 2014 en la que se concluyó que en los casos en que se solicita la nulidad de nombramientos de cargos que hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular, además de demostrar que existen funcionarios del mismo rango del demandado, se deberá

acreditar que esas personas no están en cumplimiento del periodo de alternancia, en este sentido en el mentado fallo se plasmó:

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

(...)

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

*Por lo dicho, **para la prosperidad de los cargos es menester que la parte actora acredite no solo que se realizó un nombramiento de un empleo de carrera de manera provisional con una persona que era ajena a ella, sino que además, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado debe probar que para el momento del nombramiento existía un empleado inscrito en carrera diplomática y consular que efectivamente podía ser nombrado en el cargo, no solo en razón de su inscripción sino de acuerdo con la alternación***¹⁹. (Negrillas fuera de texto).

Tesis reiterada en la sentencia del 16 de octubre de 2014²⁰ dictada por la Sección Quinta de esta Corporación.

¹⁹ Rad. No. 2013-00227-01, actor: Nancy Benítez Páez, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

²⁰ Rad. No. 2014-00013-01, actor: Enrique Antonio Celis Durán, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

Empero, esta Corporación en fallo de tutela contra providencia judicial de 12 de marzo de 2015²¹, respecto a la temática plateada avaló la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “A”²², la cual si bien acoge lo dicho por el Consejo de Estado en el fallo de 30 de enero de 2014, respecto de la alternancia, expuso que se debe tener en consideración que “... si el cargo a proveer ya sea en el interior o en el exterior (i) cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto, (ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, **el funcionario escalafonado en la misma categoría si se encuentra en el exterior haya cumplido con la frecuencia de 12 meses en la sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante, aserto que deberá encontrarse debidamente probado en el plenario**” (Negrilla fuera de texto).

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

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

Sin embargo, es evidente que aun cuando acogió la ratio decidendi, aplicando la excepción contenida en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, consideró que la decisión a adoptar en el caso concreto no

²¹ Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

²² Sentencia de 24 de julio de 2014, Rad. No. Radicado No. 2014-00018-00.

podía ser la misma que tomó en su oportunidad esta Sección, toda vez que, si bien se trataba de un caso similar, las pruebas aportadas al expediente encaminadas a demostrar la existencia o no de un funcionario disponible para ocupar el cargo en carrera no eran iguales.

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

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

En consecuencia, pese al que el precedente contenido en la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado es vinculante para el Tribunal accionado, en este caso el mismo aplicó la excepción contenida en la norma jurídica que regula la materia de acuerdo a las pruebas allegadas en su oportunidad”.

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

“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 tuvieran el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.

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

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

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

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

“..., atendiendo la frecuencia de los lapsos de alternación, en cuanto a que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, y dadas las fechas de la comisión del señor JORGE ALFREDO DÍAZ BRAVO, al momento del nombramiento objeto de la presente controversia, este funcionario de carrera se encontraba disponible, y por tanto cumple con los requisitos para proveer el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1210, Grado 11 adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago – Estados Unidos de América para que terminara su período de alternación en el servicio exterior...”

Tesis nuevamente reiterada por el propio Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015²³, en la que se manifestó:

“Así las cosas, la Sala puede concluir que los funcionarios de carrera diplomática se encontraban en total disponibilidad para ser nombrados en el cargo de Segundo Secretario de

²³ Rad. No. 2014-02734-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

Relaciones Exteriores en el que nombraron al señor Fernando Núñez Cocunubo, porque habían cumplido más de los doce (12) meses prestando sus servicios en el exterior, y por lo tanto, pudieron ser designados en ese cargo, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 que reza:

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

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

Sin embargo, de las pruebas solicitadas, decretadas y aportadas al expediente, la Sala debe manifestar que no se encuentran las actas de posesión de los citados funcionarios, para establecer si se cumple el periodo mencionado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

En efecto, de conformidad con el literal c) del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 **“...la frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso”. De acuerdo con este precepto se requiere del acta de posesión para poder contabilizar el término a partir del cual el funcionario está en cumplimiento del período de alternancia,** prueba que se extraña en el presente proceso y que valga decir no fue

requerida por la parte actora. Tesis que fue reiterada por esta Sala en fallos de 5²⁴ y 12²⁵ de noviembre de 2015.

En esta instancia, resulta imperioso manifestar que en fallos de tutela contra providencia judicial, que datan del 8 de octubre de 2014²⁶ y 12 de marzo de 2015, esta Sección, como juez constitucional, **avaló que el estudio, en el proceso electoral, se realizará solamente con apoyo en los decretos de nombramiento de los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores** a fin de analizar las pretensiones de la demanda; sin embargo, **este hecho obedeció a que en el transcurso del proceso ordinario a dicha Cartera Ministerial se le requirió para que aportara la historia laboral de ciertos funcionarios y no cumplió con lo que se le ordenó en la medida que omitió allegar las actas de posesión**, ante lo cual se decidió que:

“Entonces a partir de lo anterior, no es válido que alegue que el Tribunal incurrió en error al fallar de acuerdo con el acervo probatorio recaudado en el proceso, pues hacían falta las actas de posesión de los funcionarios inscritos en carrera en el cargo de Consejero, cuando nunca los allegó al expediente, ni al contestar la demanda, ni en respuesta de la solicitud de pruebas y la información que suministró al contestar los requerimientos del despacho resultaron incompletos, tal como lo explicó con suficiencia argumentativa el Tribunal accionado.

Así las cosas, el anterior cargo no está tampoco llamado a prosperar al igual que el relativo al defecto sustantivo, pues en la sentencia del Tribunal se evidencia una interpretación válida y razonable de las normas del Decreto 274 de 2000, que junto con la valoración probatoria lo llevó a declarar la nulidad del acto administrativo demandado”²⁷.

²⁴ Rad. No. 2015-00541-01, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

²⁵ Rad. No. 2015-00542-01, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

²⁶ Rad. 2014-1864-00, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro, sentencia confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante fallo del 5 de febrero de 2015

²⁷ Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

La falencia probatoria del demandante fue advertida por el *a quo*, en el fallo apelado; sin embargo, el recurrente considera que esta carga probatoria –allegar las actas de posesión de los presuntos funcionarios que tenían mejor derecho que el ahora demandado- puede suplirse con la certificación juramentada²⁸ de la allegada al proceso por la Ministra de Relaciones Exteriores, porque en la misma se menciona la fecha en la que los funcionarios terminan su periodo de alternación.

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

Respecto de la omisión de la parte actora conviene recordar que esta Sección en fallo de 15 de noviembre de 2015 manifestó:

“...se destaca la falencia probatoria incurrida por el demandante respecto de la carga de demostrar que los funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que se encontraban cumpliendo el período de alternación en el exterior, al momento de la expedición del acto acusado, habían cumplido el término de 12 meses en la respectiva sede para efectos de poder ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Esta falencia se originó porque en el presente proceso, al igual que en el caso estudiado por esta Corporación en la sentencia de 05 de noviembre de 2015,²⁹ el demandante no cumplió la carga

²⁸ Folios 186 al 190

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 250002341000201500541 01. Sentencia de 05 de noviembre de 2015. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*probatoria que le correspondía de solicitar ni aportar como pruebas las actas de posesión respectivas*³⁰.

En este mismo sentido no sobra precisar que, como bien lo advierte el artículo 167 del C.G del P., “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, así las cosas, le compete al actor acreditar o demostrar que en efecto los funcionarios que cita en la demanda podían haber sido nombrados en lugar del doctor **BARRAGÁN VEGA**, lo cual conllevaría a la ilegalidad del decreto demandado en la medida que se desvirtuaría la afirmación según la cual ninguno de los inscritos en la carrera diplomática tenían los requisitos necesarios para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Conviene precisar que según el artículo 167 del C. G. del P., si el Juez, dependiendo las circunstancias del caso concreto, advierte que para probar un determinado hecho alguna de las partes está en una “*situación más favorable*” para su demostración, podrá ordenar que ésta aporte la prueba requerida –*carga dinámica de la prueba*–.

Sin embargo, el mismo precepto aclara que para hacer uso de esta facultad se requiere: **i)** que se declare de oficio o atendiendo petición de parte y; **ii)** que se ordene antes de proferirse el respectivo fallo.

En virtud de lo anterior, además de **insistir que la carga de la prueba recae en el demandante**, no sobra mencionar que en esta instancia no habría lugar a ordenar, que en virtud de la carga dinámica de la prueba, que el Ministerio de Relaciones Exteriores allegar los elementos materiales probatorios necesarios para probar los argumentos fácticos alegados en la

³⁰ Rad. No. 2015-00542-01, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

demanda pues ya se dictó fallo de primera instancia y no obra solicitud en este sentido de las partes.

Además, en este caso, **el demandante había podido cumplir con su carga probatoria limitándose a solicitar como pruebas a decretar las mencionadas actas de posesión**, lo cual no requiere de mayor esfuerzo y por el contrario **su inobservancia solo pone en evidencia su falta de cuidado y diligencia para probar los hechos en los que se funda su demanda electoral**. Situación que también sirve de sustento para afirmar que el actor no contaba con imposibilidad alguna para obtener, bien sea directamente o por intermedio del Juez de lo Contencioso Administrativo, los elementos probatorios necesarios para demostrar sus afirmaciones.

De igual manera, para la Sala no resulta plausible que la parte actora pretenda que el juez de la segunda instancia haga uso de su facultad de decretar pruebas de oficio *“no para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda”*³¹ sino por el contrario para suplir su incuria a la hora de demostrar las situaciones fácticas que dan origen a las pretensiones de su demanda.

De acuerdo con lo dicho ante la carencia probatoria la Sala despachará este cargo de manera negativa, confirmando la sentencia apelada.

De acuerdo con lo analizado, la Sala confirmará la decisión dictada el 10 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” que denegó las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando

³¹ Tal y como lo dispone el inciso 2º del artículo 213 del C.P.A.C.A.

justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de diciembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” que denegó las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Ausente con excusa

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO