

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00542-01

Demandante: Enrique Antonio Celis Durán

Demandado: Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores-, y Alejandro Posada Baena (Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón).

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó la Nación- Ministerio de Relaciones Exteriores, contra la sentencia del 13 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, mediante la cual se declaró la nulidad del Decreto 0114 de 21 de enero de 2015 proferido por el Ministerio de Relaciones, *“Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”*.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda¹

1.1.1. Pretensiones

El señor Enrique Antonio Celis Durán, en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó:

¹ Ver Folios 1 a 10.

“(…) Que se declare la nulidad del Decreto No. 0114 del 21 de enero de 2015, por medio del cual el señor Presidente de la República y la señora Ministra de Relaciones Exteriores, María Ángela Holguín Cuellar, nombraron con CARÁCTER PROVISIONAL a ALEJANDRO POSADA BAENA (...) como MINISTRO PLENIPOTENCIARIO, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.”²

1.1.2. Hechos

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

- El Gobierno Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores–, mediante Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, designó con carácter provisional al señor Alejandro Posada Baena, como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.
- El señor Posada Baena no es funcionario de Carrera Diplomática y Consular, y para la fecha en que se emitió el acto demandado se encontraban funcionarios de carrera inscritos como Ministros Plenipotenciarios, que debieron ser tenidos en cuenta para ocupar ese cargo. En este punto, citó como ejemplo, algunos funcionarios que habían ascendido al escalafón de Ministros Plenipotenciarios pero que ocupaban cargos de inferior categoría como el de Ministro Consejero o Consejero.
- En similar situación se encontraban algunos funcionarios de carrera inscritos como Ministros Consejeros que estaban llamados a ocupar dicho cargo y que prestaban sus servicios en otro de inferior jerarquía como el de Consejero o Primer Secretario.
- La comisión para ocupar cargos de inferior jerarquía y dignidad, en el caso de un Ministro Plenipotenciario, finaliza cuando existe la vacante del cargo equivalente, en este evento, el de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.

² Folio 2

- Refirió que la persona designada a través del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 no tiene los méritos ni la preparación para ejercer el cargo de Ministro Plenipotenciario, en comparación con un funcionario de Carrera Diplomática y Consular, quien alcanza el rango de Ministro Plenipotenciario después de 20 años de formación y de experiencia. Indicó que idéntica situación puede predicarse de quienes tienen el rango de Ministro Consejero, luego de que transcurren 16 años en constante preparación académica y después de superar evaluaciones anuales de servicio para ascender a dicha dignidad.
- Manifestó que la persona designada por medio del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, no demostró el dominio del idioma inglés o japonés, tal y como lo debe acreditar el aspirante de ingreso a la Carrera Diplomática y Consular como tercer secretario para el curso de formación del año 2015.
- Aseguró que, el Ministerio de Relaciones Exteriores utiliza de manera permanente la comisión para situaciones especiales, artículo 53, literal a) del Decreto 274 de 2000, designando a funcionarios de carrera en empleos de inferior rango o jerarquía y, excepcionalmente, en cargos equivalentes a la categoría inmediatamente superior.
- Sostuvo que no existen razones del servicio ni motivos serios que justifiquen el ejercicio de la facultad excepcional contenida en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 para realizar un nombramiento en provisionalidad en el segundo cargo más alto de la función diplomática: Ministro Plenipotenciario.
- Para finalizar, señaló que el acto demandado fue comunicado al señor Alejandro Posada Baena el 28 de enero de 2015.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

El demandante sostuvo que el acto de nombramiento enjuiciado contravino los artículos 6, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 de la Constitución Política, y los

artículos 4, 53 y 60 del Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular (Decreto Ley 274 de 2000).

Enfatizó en el desconocimiento de los artículos 13 y 125 Superiores, a la luz de los cuales la provisión y ascenso de los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y deben cumplir los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades del aspirante. En concreto, agregó, el mérito para el ejercicio de la función del servicio exterior, al ser una carrera especializada, debe demostrarse con experiencia laboral específica, evaluación satisfactoria y formación académica permanente.

Manifestó que el acto administrativo objeto de reproche vulnera los principios de moralidad, imparcialidad, publicidad y transparencia que deben regir la Carrera Diplomática y Consular, consagrados en el artículo 4 del Decreto Ley 274 de 2000, pues no existe razón alguna para que la Administración designe a una persona que no pertenece a la carrera ni para que ejerza en este caso la facultad especial y reglada de la provisionalidad.

Con respecto al desconocimiento del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, señaló que el carácter excepcional de la comisión en cargos es aún más estricta frente a los cargos de Carrera Diplomática y Consular, en donde no puede comisionarse a un Ministro Plenipotenciario e incluso a un Ministro Consejero, en un empleo de inferior nivel al que le corresponde.

Afirmó el actor que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al aplicar el artículo 60 *Ibídem*, desconoció que sólo puede designar en provisionalidad a una persona ajena a la Carrera Diplomática y Consular, cuando no cuente con personal de carrera para proveer la vacante. Advirtió que, en este caso, el cargo debía ser suplido con los Ministros Plenipotenciarios que se encontraban ocupando un cargo de inferior rango, pero, de todas maneras, adujo si hipotéticamente se aceptara que ninguno de ellos se encontrara ocupando un cargo distinto a su escalafón, los Ministros Consejeros tienen los méritos para ser designados en comisión en situaciones especiales.³

³ Ver *Ibídem*.

1.2. Admisión de la demanda⁴

Mediante auto de 09 de marzo de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" admitió la demanda y ordenó notificar al señor Alejandro Posada Baena, a la señora Ministra de Relaciones Exteriores, a la Directora General de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, al Agente del Ministerio Público y a la comunidad, en los términos del artículo 277 del C.P.A.C.A.

1.3. Contestación de la demanda

1.3.1. Ministerio de Relaciones Exteriores⁵

El **Ministerio de Relaciones Exteriores**, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda debido a que el acto administrativo demandado fue expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes.

Indicó que no existe ninguna exigencia en el sentido de que el funcionario designado deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, cuando, en este caso, el nombramiento se realizó en provisionalidad de acuerdo con la facultad consagrada en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Explicó que no ha transgredido la estabilidad laboral de ningún funcionario inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, y que, de la revisión de la hoja de vida de la persona nombrada, se evidencia el cumplimiento de los requisitos de estudio y experiencia que exige la norma para desempeñar el cargo. Por tanto, el acto administrativo demandado se ajusta a derecho.

⁴ Ver folios 30 a 32.

⁵ Ver folios 52 a 70.

Además, señaló, la especial connotación de la labor desarrollada por dichos funcionarios y la trascendencia de la misma, tanto a nivel nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que tiene instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, las cuales jamás pueden ser aplicadas al margen del sistema al que pertenecen.

De acuerdo con dicho régimen, explicó, el personal de Carrera Diplomática y Consular debe prestar su servicio en planta externa durante 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, por necesidades del servicio, y en planta interna durante 3 años prorrogables a solicitud del servidor público. Según la institución en mención, y una vez el funcionario cumple con el término correspondiente, la Dirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces debe coordinar las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma. El desplazamiento se realiza en el mes de julio, cuando los periodos de permanencia se consolidan durante los meses de enero a junio anteriores. Así mismo, el desplazamiento se realiza en el mes de enero, para las situaciones causadas durante los meses de julio a diciembre anteriores al mismo.

Por tanto, adujo, la obligación legal de dar cumplimiento cabal a los requerimientos especiales del servicio, y a su vez el deber de dar aplicación al principio de alternación, tanto en planta interna como externa, dentro de los términos específicos de tiempo distintos a los previstos para el ascenso en el escalafón de carrera de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular, impone acudir a la figura del nombramiento en provisionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1, 12, 39, parágrafo 2 y 53 y 56 del literal a) *Ibídem*.

En cumplimiento de esta normativa, indicó que para la fecha en la que fue expedido el decreto, no podían ser nombrados los funcionarios inscritos en el escalafón en el rango de Ministro Plenipotenciario, ya que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón, en cumplimiento del periodo de alternación.

En este orden de ideas, el acto demandado, su objeto y contenido particular, fue expedido con base en la facultad discrecional consagrada en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 para realizar un nombramiento en provisionalidad, sin que se haya desconocido ningún derecho laboral de los funcionarios inscritos en el escalafón, pues se adoptó con base en lo establecido en la ley y en virtud del principio de especialidad y de la necesidad del servicio en favor del interés general.

1.3.2. Demandado⁶

El **demandado Alejandro Posada Baena**, se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó que éstas fueran denegadas, aduciendo que la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores verificó y comprobó que para la fecha en que se produjo el acto administrativo por medio del cual fue nombrado en provisionalidad, no existían funcionarios inscritos en las categorías de Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero que reunieran las condiciones necesarias que permitieran su nombramiento en el cargo para el cual fue designado. Adicionalmente, sostuvo, se estableció que todos los Ministros Plenipotenciarios y Ministros Consejeros inscritos en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular se encontraban ejerciendo sus funciones en la planta interna o en la externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Expuso que cumple con todos los requisitos académicos, de experiencia y la suficiencia en el idioma inglés, para ejercer el cargo en el que fue nombrado. Indicó que el actor sólo se refiere a la categoría de la provisionalidad pero deja de lado principios como el de la alternación, pronunciamientos de la Corte Constitucional, los mecanismos de administración de la Carrera Diplomática y Consular, y el sistema de ascensos dentro del escalafón de la misma.

En resumen, dijo, la legalidad de su nombramiento en provisionalidad deviene, en primer lugar, de la imposibilidad de designar a algún funcionario

⁶ Ver folios 84 a 93.

inscrita en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, ya que cuando se produjo el nombramiento cuestionado no existía ninguno en condición de elegibilidad, al aplicarse el principio de alternación y, en segundo lugar, porque dicho nombramiento era necesario, en cumplimiento del principio de especialidad y en razón del servicio, para lo cual, acreditó todos los requisitos exigidos.

1.4. Audiencia inicial⁷

El 22 de mayo de 2015 el Magistrado Sustanciador llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

- Se desestimó la petición de coadyuvancia presentada durante el trámite de la audiencia inicial por parte de la señora Pilar Cristina Castellanos Martínez por haber sido presentada extemporáneamente.
- En relación con el saneamiento del proceso manifestó el Magistrado Sustanciador que no se advertía la existencia de irregularidades o vicios en el trámite del proceso.
- Se fijó el litigio en los siguientes términos: *“(…) hay lugar o no a declarar la nulidad del Decreto No. 0114 de 21 de enero de 2015 <<Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores>>, como Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Japón, del señor Alejandro Posada Baena, por infracción a las normas relacionadas con el régimen de carrera diplomática y consular, ante la existencia de funcionarios de carrera que debían ser nombrados en el cargo designado al demandado.”*
- Decretó las pruebas solicitadas por las partes y fijó la fecha y hora para la audiencia de pruebas.

1.5. Audiencia de pruebas⁸

⁷ Ver folios 137 a 141.

⁸ Ver folios 185 a 188

La audiencia de pruebas, constituida el 23 de junio de 2015, tuvo por objeto recaudar la prueba solicitada por la parte demandante consistente en el informe escrito bajo juramento de la Ministra de Relaciones Exteriores. Así mismo, en esta etapa procesal el Magistrado Sustanciador consideró innecesario llevar a cabo la audiencia de alegatos y juzgamiento por considerar que existían elementos suficientes para dictar sentencia por escrito.

1.6. Alegatos de Conclusión en Primera Instancia

1.6.1. Demandante⁹

El **demandante Enrique Antonio Celis Durán** manifestó que el Ministerio de Relaciones Exteriores no podía justificar su decisión de nombrar a una persona en provisionalidad aduciendo que los funcionarios de carrera llamados a ocupar dicho cargo se encontraban cumpliendo sus periodos de alternación, tanto en la planta externa como interna del servicio exterior, puesto que estos conceptos fueron derogados expresamente con la expedición del Decreto 3358 de 2009, norma que se encuentra vigente junto con las respectivas modificaciones introducidas mediante los Decretos 047 y 2675 de 2013, y el Decreto 1444 de 2011.

Por tanto, explicó, para la fecha en que se expidió el acto acusado, tal y como puede evidenciarse de su contenido, existía una única planta global flexible del Ministerio de Relaciones Exteriores, con igual remuneración o asignación básica, independientemente de que las funciones se cumplieran en Colombia o en el exterior en alguna misión diplomática u oficina consular, lo cual permitía acudir a otras posibilidades, sin inobservar el principio de alternación pero realizando el derecho de los funcionarios de carrera a ser designados en cargos equivalentes a su categoría.

En consecuencia, expuso, el Ministerio de Relaciones Exteriores omitió exponer razonadamente en qué sentido consideró imposible designar a uno de las ocho personas inscritas en el escalafón de Ministro Plenipotenciario,

⁹ Ver folios 212 a 220.

cargo en el que se nombró al señor Alejandro Posada Baena, cuando todos los cargos de Carrera Diplomática y Consular pertenecían a la única planta global y flexible del Ministerio.

Finalmente, señaló que la Administración interpretó de manera errónea el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, frente a la vigencia del Decreto 3358 de 2009 que deroga la planta interna y la planta externa del Ministerio, lo cual le permitía realizar el movimiento de carrera cumpliendo funciones en el país y en el exterior dentro de los lapsos de alternación.

1.6.2. Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁰

El **Ministerio de Relaciones Exteriores** adujo que el acto administrativo de nombramiento demandado se ajusta a la legalidad, pues se expidió una vez se verificó el cumplimiento de los requisitos de la persona nombrada en provisionalidad y la necesidad del servicio, sumado a que existía 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, en cumplimiento del principio de alternación. Esto es, los funcionarios que se encontraban inscritos en dichos escalafones, para la fecha en que fue expedido el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en planta externa o interna, 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.

En virtud de lo expuesto, como la planta interna de dichos funcionarios se encuentra fijada con carácter obligatorio por la ley en 3 y 4 años continuos de servicios, contados a partir de la fecha de la posesión en el cargo en planta interna, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 274 de 2000, a dichos funcionarios les correspondería alternar de nuevo en los meses de enero y julio de 2016, julio de 2017, enero y julio de 2018, y enero de 2019.

¹⁰ Ver folios 204 a 211.

Sostuvo que la especial función que desarrollan los servidores adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en el ámbito nacional como internacional, generó la estructuración de un régimen jurídico de carrera que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia. Específicamente, la provisionalidad es una situación jurídica especial que faculta al nominador a nombrar en cargos de Carrera Diplomática y Consular a personas que no pertenecen a ella.

Por lo anterior, pidió que dicho nombramiento se declare ajustado a derecho, por observar la Constitución y la ley, y no incurrir en desviación de poder ni en las causales establecidas en los numerales 1 y 5 del artículo 275 del C.P.A.C.A.

1.7. Concepto del Ministerio Público en Primera Instancia¹¹

El Ministerio Público solicitó se denegaran las pretensiones formuladas por el demandante aduciendo que al momento de proferirse el nombramiento del señor Alejandro Posada Baena no existían funcionarios de Carrera Diplomática y Consular disponibles, puesto que se encontraban cumpliendo el periodo de alternación.

Con respecto a la vulneración de los principios rectores del servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, al no existir razones claras y concretas para que la Administración hubiese procedido a la designación en provisionalidad de una persona que no pertenece a la carrera, recordó que los funcionarios que ocupaban cargos de inferior jerarquía al de su escalafón, no podían ser nombrados mientras no se cumplieran los términos ordenados en los artículos 36 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000, referentes a los lapsos de alternación y su frecuencia.

En virtud de lo expuesto, para el Ministerio Público, el nombramiento en provisionalidad se encuentra legalmente autorizado en desarrollo del principio de especialidad. Esto es, el nombramiento del señor Posada se realizó en

¹¹ Ver folios 191 a 203.

virtud de las circunstancias y los hechos que hacían necesaria la designación de un Ministro Plenipotenciario que reuniera los respectivos requisitos, ya que no se contaba con un funcionario de Carrera Diplomática y Consular en disponibilidad de ser designado, porque se encontraban en periodo de alternación.

1.8. Fallo de Primera Instancia¹²

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, mediante sentencia del 13 de agosto de 2015, declaró la nulidad del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 *“Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”*.

Señaló que, de las pruebas obrantes en el plenario, pudo colegirse que algunos de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario, para la fecha del nombramiento que se cuestiona, estaban alternando su servicio en el exterior pero en cargos de inferior categoría y, precisamente, en este hecho consideró que reposa la ilegalidad del acto demandado, pues el señor Alejandro Posada Baena, estaba ocupando en provisionalidad el empleo de Ministro Plenipotenciario, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, pese a que había un número suficiente de funcionarios disponibles para ser nombrados en dicho cargo.

Advirtió que de acuerdo con la sentencia C-808 de 2001, sólo es constitucionalmente admisible que se nombre a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular en un cargo de inferior categoría en los eventos en los que no haya disponibilidad de funcionarios en el escalafón para el empleo correspondiente; pero adujo que en casos como el presente, en el que hay suficientes funcionarios en el rango de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, no resulta aceptable que quienes en virtud de sus méritos tienen dicha categoría, se encuentren desempeñando empleos inferiores.

Refirió que en otro caso similar, el Consejo de Estado, Sección Quinta, expediente No. 2013-00227¹³, confirmó la sentencia proferida por el Tribunal

¹² Ver folios 222 a 235.

Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, aduciendo que no se había allegado el listado de los funcionarios que pertenecen a la Carrera Diplomática y Consular con su respectivo escalafón, y no se establecieron los periodos de alternación de los funcionarios, cuyo dato es imprescindible para determinar su disponibilidad para ser designados en los cargos de carrera que resulten vacantes.

Sin embargo, el Tribunal considera que en estos casos no es necesario que se aporten como medio de prueba “*los periodos de alternación de los funcionarios*” puesto que dicha situación no tiene incidencia en esta clase de procesos, ya que (i) los funcionarios que se encuentran en el rango respectivo pero en un empleo inferior, ya cumplieron los periodos de alternación de los funcionarios, pues de otro modo, no habrían obtenido el ascenso correspondiente; y (ii) los empleados de la Carrera Diplomática y Consular, como regla general, siempre van a permanecer en “periodos de alternación” toda vez que éstos, como lo define el artículo 36 del Decreto Ley 274 de 2000, son los lapsos durante los cuales el funcionario cumple su función tanto en planta interna como en planta externa, es decir, que, por regla general, permanecerán en una u otra situación.

Además, expuso, tampoco comparte lo señalado por esta Corporación en el fallo al que se viene haciendo referencia, en cuanto a que no era posible nombrar a un funcionario de carrera por no existir disponibilidad, por estar cumpliendo el periodo de alternación, pues estos funcionarios, por regla general, deberán encontrarse alternando su servicio en la planta interna o externa, la mayor parte de su servicio al país.

De otro lado, señaló que en el caso concreto no es aceptable el argumento según el cual los funcionarios llamados a proveer dicha vacante no están disponibles, por cuanto ya habían culminado la alternación que para ese entonces les era exigible, esto es, la del rango inmediatamente inferior, pues de otro modo no hubiesen sido ascendidos.

¹³ C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Finalmente, recordó que en otra oportunidad¹⁴ se pronunció en el mismo sentido y declaró la nulidad del respectivo acto de nombramiento con fundamento en consideraciones análogas a las expuestas.

1.9. Recurso de Apelación¹⁵

El **Ministerio de Relaciones Exteriores** apeló dentro del término legal la providencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

Señaló que el juez de primera instancia realizó una interpretación limitada del contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, y del artículo 36 *Ibídem* y siguientes, asumiendo que el principio de alternación es un requisito para el ascenso, lo cual es erróneo, pues los requisitos para el ascenso en el escalafón se encuentran consagrados de manera taxativa en el artículo 26 de este decreto, dentro de los cuales no se encuentra el de la alternación, sino que esta figura tiene una finalidad propia ligada al campo funcional del servidor público.

En este orden, como no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en el escalafón en el cargo de Ministro Plenipotenciario, como se estableció con la certificación emitida por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y la declaración juramentada de la señora Ministra de Relaciones Exteriores, explicó el apelante que la Administración acudió a la figura de la provisionalidad, para efectuar el nombramiento que se demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Por esa razón, aduce el Ministerio de Relaciones Exteriores, el nombramiento demandado se expidió con observancia de las normas legales y constitucionales, y no se incurrió en las causales establecidas en los numerales 1 y 5 del artículo 275 del C.P.A.C.A., ni hubo falsa motivación, desviación de poder, o falta de competencia. Manifestó que tampoco hubo vulneración a la Constitución Política, o de las normas que rigen la Carrera Diplomática y Consular. En ese sentido, el apelante sostiene que el

¹⁴ Expediente No. 25000-23-041000-2013-00228-00

¹⁵ Ver folios 242 a 256.

nombramiento objeto de censura se ajustó a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sección Quinta, y en las decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, y que se respetaron los derechos laborales de los funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, en particular, de quienes se encontraban en la categoría de Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero.

Así mismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores señaló en el recurso de apelación que los funcionarios que para la fecha en la que fue expedido el decreto demandado se encontraban inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario, pero desempeñando cargos inferiores a su escalafón, se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en el país o en el servicio exterior, en cada una de las direcciones de destino donde fueron trasladados o comisionados, atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil.

Adicionalmente, afirma el apelante que el señor Alejandro Posada Baena cumplía los requisitos establecidos en la ley para ser nombrado en propiedad en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, a saber: (i) la acreditación de título universitario oficialmente reconocido y la experiencia correspondiente al cargo, que en el caso de un Ministro Plenipotenciario corresponde a ocho años de experiencia, debiendo hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de la Naciones Unidas, requisito que puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino, que en este caso corresponde al inglés; y, (ii) la imposibilidad de designar a un servidor público de Carrera Diplomática y Consular en el cargo objeto de provisión. En consecuencia, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.10. Admisión del recurso de apelación¹⁶

¹⁶ Ver folios 261 a 262.

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores contra el fallo de primera instancia fue admitido mediante auto de 28 de septiembre de 2015, en el cual se ordenó poner el escrito de apelación a disposición de la parte demandada y de la entidad que expidió el acto por un término de tres días, para presentar sus alegatos de conclusión, y entregar el expediente al Agente del Ministerio Público para que rindiera concepto dentro de los cinco días siguientes.

1.11. Alegatos en Segunda Instancia

1.11.1. Parte demandante¹⁷

El señor Enrique Antonio Celis Durán reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda y sostuvo que las consideraciones que puso de presente el Ministerio de Relaciones Exteriores en el recurso de apelación no son de recibo. Entre otras, por las siguientes razones:

Señaló que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al abordar el problema jurídico del proceso de la referencia, tomó en consideración que la naturaleza de la provisionalidad es excepcional, esto es, que deben observarse los principios del mérito y de la especialidad, por cuanto el servicio exterior, mediante el cual se representan los intereses del Estado y la asistencia y defensa de los derechos de los nacionales colombianos en el exterior, debe prestarse a través del personal idóneo que se conforma mediante la formación permanente del mismo y que tiene alta preparación académica sumada a su experiencia, las evaluaciones que debe superar y las rigurosidad exigida para el sistema de ascensos.

De conformidad con los principios de los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 53, 83, 84 y 209 de la Constitución, la Administración no puede mantener en condiciones indignas y de inferioridad a los funcionarios de carrera, en este caso, a quienes por mérito han obtenido en el escalafón el de Ministro Plenipotenciario.

¹⁷ Ver folios 270 a 279.

La alternación no tiene incidencia alguna para la aplicación del artículo 60 porque la planta de personal del Ministerio es única y global. Afirmó que no se necesita si quiera que acontezca la hipótesis contenida en el párrafo del artículo 37 que permite que un funcionario de carrera que hubiese cumplido más de 1 año en servicio exterior pueda ser designado en un cargo vacante que corresponde a su propio rango.

En relación con lo anterior, insistió en que se encuentra comprobado que existían funcionarios de carrera con la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón y que a la fecha de producirse el nombramiento en provisionalidad del señor Posada Baena estaban ocupando cargos inferiores a su rango y, por tanto, debieron ser llamados a proveer dicha vacante.

1.11.2. Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁸

El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante apoderado judicial, reiteró que el juez de instancia interpretó de manera limitada el contenido del artículo 60 y 36 y siguientes del Decreto Ley 274 de 2000 “*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, debido a que los requisitos de ascenso se encuentran regulados de manera taxativa en el artículo 26 de esta misma normativa. En esta medida, sostuvo, es claro que la institución de la alternación no es un requisito para el ascenso sino que tiene una finalidad propia, ligada al campo funcional del servidor público inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular.

De acuerdo con los artículos 1, 12, 39 (párrafo 2), 53 y 56 y siguientes del Decreto Ley 274 de 2000, los servidores públicos inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, a fin de cumplir con los lapsos de alternación y, por tanto, de prestación de servicio en el país y en el servicio exterior, pueden ser nombrados en un cargo correspondiente a la categoría de su escalafón o en un cargo superior o inferior en el mismo, sin que exista ningún derecho consolidado en dicho estatuto a favor de que el personal de carrera sea nombrado en un cargo superior a su escalafón sin que hubiese cumplido los requisitos para el efecto.

¹⁸ Ver folios 280 a 289.

En todo caso, advirtió, cuando el funcionario se encuentra en periodo de alternación, debe cumplir a cabalidad con estos lapsos, en los términos del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Ahora bien, explicó que como no era posible designar a ningún funcionario de carrera en el cargo de Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón, de acuerdo con la certificación emitida por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y la declaración juramentada de la señora Ministra de Relaciones Exteriores, se acudió a la figura de la provisionalidad para proveer dicha vacante.

Por lo anterior, indicó que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad, debido a que, para la fecha de su expedición, no era posible designar a servidores públicos de Carrera Diplomática y Consular en el cargo. Esta postura, a su parecer, se encuentra conforme con la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, en consonancia con lo señalado por la jurisprudencia constitucional, con el desarrollo propio del derecho administrativo y del derecho electoral.

En definitiva, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, pues dicho nombramiento se encuentra ajustado a derecho y, por ello, no existe ninguna violación de normas de rango constitucional o legal ni es contrario a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado ni a las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que han resuelto en casos similares que este tipo de nombramientos se ajusta a la ley.

1.12. Concepto del Ministerio Público en Segunda Instancia¹⁹

El Procurador Séptimo Delegado ante la Sección Quinta del Consejo de Estado solicitó la revocatoria de la sentencia del 13 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, que accedió a las pretensiones de la

¹⁹ Ver folios 291 a 297.

demanda y, en su lugar, se denieguen porque no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado.

Afirmó que la necesidad del servicio justifica la existencia de un régimen de excepción al principio general de la Carrera Diplomática y Consular. Éste se encuentra consagrado en los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000, en el cual se establece la figura jurídica de la provisionalidad como una forma excepcional de provisión de los cargos pertenecientes a dicha carrera con fundamento en la cual se pueden designar personas ajenas a la misma.

Lo anterior, a condición de que se cumplan las reglas señaladas en el artículo 61 de dicha normativa, lo cual constituye prueba de que el acto se expidió de conformidad con el ordenamiento jurídico y a la luz de los principios orientadores de la función pública en el servicio exterior.

Por consiguiente, expuso, ante un evento de necesidad del servicio para proveer un cargo de Carrera Diplomática y Consular, si se nombra una persona que no pertenece al sistema de carrera especial, dicho nombramiento es válido siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en esta normativa *“cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos...”*²⁰. Además, citó jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se señala que puede acudirse al nombramiento en provisionalidad no sólo porque en la categoría no existe personal escalafonado sino porque, aún existiendo, no se presenta disponibilidad por estar en curso el periodo de alternación del funcionario.

En el caso concreto, adujo, se encuentra acreditado el primer elemento, esto es, que se encuentran funcionarios inscritos en carrera en el cargo de Ministro Plenipotenciario desempeñando un cargo de inferior jerarquía, tal y como se desprende de las pruebas allegadas al plenario.

Sin embargo, lo mismo no puede predicarse frente al segundo elemento, es decir, la obligación de nombrar a un funcionario inscrito en la Carrera Diplomática y Consular, porque se encuentra acreditado que con anterioridad

²⁰ Artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000

a la fecha del acto de nombramiento demandado, todos se encontraban cumpliendo sus periodos de alternación legal, es decir que no se encontraban disponibles. Por esta razón, no era posible nombrar en la vacante de Ministro Plenipotenciario a ninguno de ellos.

Sostiene que el juez de primera instancia al acceder a las pretensiones de la demanda, confundió los requisitos para el ascenso en los cargos de Carrera Diplomática y Consular con la figura de la alternación, que se impone como un requisito de obligatoria observancia para los funcionarios que integran dicho sistema, quienes además de cumplir con los requisitos del cargo deben encontrarse disponibles para dicho nombramiento, es decir, no encontrarse en periodo de alternación.

Por tanto, consideró, que el *a-quo* desbordó lo probado dentro del plenario y, contrario a lo afirmado por este Tribunal, recordó que existe una declaración juramentada hecha por la Ministra de Relaciones Exteriores, así como lo señalado en el memorando del 2 de marzo de 2015, expedido por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y lo consagrado en los decretos de nombramiento, mediante los cuales puede confirmarse, que si bien es cierto, existían funcionarios que se encontraban inscritos en el escalafón como Ministros Plenipotenciarios, los mismos se encontraban cumpliendo sus periodos de alternación. En consecuencia, solicitó la revocatoria del fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores contra el fallo del 13 de agosto de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", está fijada por lo dispuesto en el artículo 150 del C.P.A.C.A., el numeral 9º del artículo 152 de la misma normativa y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2.2. Problema Jurídico

En el presente caso el señor Enrique Antonio Celis Durán controvierte la legalidad del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 por medio del cual se designó provisionalmente al señor Alejandro Posada Baena como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.

A juicio del accionante el decreto enjuiciado se encuentra viciado de nulidad porque: (i) en este caso se hizo un uso indebido de la categoría de la provisionalidad, teniendo en cuenta que para la fecha en la que se produjo la designación como Ministro Plenipotenciario del señor Posada Baena, existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón equivalente a dicho cargo, quienes se encontraban desempeñando cargos de inferior jerarquía y dignidad; (ii) la comisión para ocupar cargos de inferior jerarquía -como en el caso del Ministro Plenipotenciario-, finaliza cuando se da la vacante del cargo equivalente; (iii) no se puede desconocer la preparación académica y la experiencia exigida a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular que tiene el rango de Ministro Plenipotenciario, luego de 20 años de formación, máxime cuando según el demandante, la persona designada en el cargo de Ministro Plenipotenciario en provisionalidad no acreditó el dominio del idioma inglés o japonés, tal y como se lo exigen a los miembros que aspiran ingresar a la Carrera Diplomática y Consular; y (iv) en el *sub lite*, contrario a lo expuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, no existen razones del servicio ni motivos serios para nombrar a una persona que no pertenece al sistema de Carrera Diplomática y Consular, en virtud del óptimo ejercicio de la función del servicio exterior.

En la audiencia inicial la fijación del litigio fue delimitada en los siguientes términos por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A": "(...) *determinar si hay lugar o no a declarar la nulidad del Decreto No. 0114 de 21 de enero de 2015 `Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones*

Exteriores`, como Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, del señor Alejandro Posada Baena por infracción a las normas relacionadas con el régimen de carrera diplomática y consular, ante la existencia de funcionarios de carrera que debían ser nombrados en el cargo designado al demandado (...)"²¹, el cual fue compartido por las partes dentro del presente proceso.

Ahora bien, en la sustentación del recurso de apelación objeto de estudio el Ministerio de Relaciones Exteriores cuestionó el fallo del Tribunal porque se realizó una interpretación indebida de las disposiciones del Decreto Ley 274 de 2000 respecto de la aplicación del principio de alternación, al considerar que éste es un requisito para el ascenso en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, cuando realmente se trata de un principio de dicho régimen ligado al campo funcional del servidor público, cuyo cumplimiento restringe la disponibilidad de los funcionarios inscritos para ser nombrados en cargos correspondientes a la categoría de su escalafón, o en un cargo superior o inferior en el mismo. Por tal razón, concluye el recurrente que en el presente caso, al momento de la expedición del acto acusado, no era posible designar a funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, porque los funcionarios inscritos que podían ocupar dicho cargo estaban cumpliendo los lapsos de alternación.

En consonancia con lo expuesto, le corresponde a esta Sección estudiar si en el presente caso: como lo sostiene el recurrente, era posible realizar el nombramiento en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena debido a que, al momento de la expedición del acto cuestionado, los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular no estaban en disponibilidad porque se encontraban cumpliendo los períodos de alternación. Para tal fin se debe determinar si la existencia de funcionarios inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que, al momento de la expedición del acto demandado, se encontraban cumpliendo el período de alternación en el exterior, en cargos de inferior rango, es motivo suficiente para anular el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, como lo sostuvo el Tribunal.

²¹ Folio 138

Para resolver la anterior cuestión la Sala abordará las siguientes cuestiones: (i) el régimen de la Carrera Diplomática y Consular; (ii) la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la figura de la designación en provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular; y, (iii) el análisis del caso concreto.

2.3. El régimen de la Carrera Diplomática y Consular

De acuerdo con la Constitución Política, el régimen general de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos debe regirse por las normas que regulan la carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.²²

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral sexto del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto Ley 274 de 2000, por medio del cual reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.

Según esta normatividad la Carrera Diplomática y Consular es la forma especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a la misma, teniendo en cuenta el mérito.²³ Entre otros aspectos, el Decreto Ley 274 de 2000 regula de manera rigurosa el ingreso y ascenso en dicho régimen de carrera, atendiendo a criterios de tiempo de servicio, aprobación de exámenes de idoneidad, calificaciones satisfactorias, cursos de capacitación, etc.

En el artículo 10 *Ibidem* se señalan las diferentes categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, a saber: a) Embajador, **b) Ministro Plenipotenciario**, c) Ministro Consejero, d) Consejero, e) Primer Secretario, f) Segundo Secretario y g) Tercer Secretario.

²² “**ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)”

²³ Artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000.

Entre las distintas materias reguladas por el Decreto Ley 274 de 2000 considera la Sala pertinente analizar con profundidad las figuras de la alternación y de la designación en provisionalidad, por guardar relación con el objeto del presente caso.

2.3.1. La alternación

La alternación ha sido definida por esta Sección 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.”²⁴

Debido a su relevancia para la resolución del caso concreto, a continuación se transcriben las principales disposiciones del referido Estatuto que regulan la alternación:

“ARTICULO 12. EQUIVALENCIAS ENTRE LAS CATEGORÍAS EN EL ESCALAFÓN DE CARRERA DIPLOMÁTICA Y CARGOS EN PLANTA INTERNA. Para los efectos relacionados con la alternación a que se refieren los artículos 35 a 40 de este estatuto, los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción, no perderán tal naturaleza cuando, por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular

(...)

PARAGRAFO. Por virtud de los principios de eficiencia y especialidad y en desarrollo de la alternación prevista en los artículos 35 a 40 de este Decreto, es deber de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular desempeñar los cargos en Planta Interna, para los cuales fueron designados.

Los funcionarios escalafonados en la Categoría de Embajador únicamente podrán ser designados en Planta Interna en el cargo equivalente a su categoría o en los equivalentes a la categoría del escalafón inmediatamente inferior.

Para los efectos de la remuneración del funcionario se mantendrá el nivel de asignación que le correspondiere en la categoría del escalafón, con excepción de la categoría de Embajador, en cuyo caso se tomará la

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2013-0227-01. Sentencia de 30 de enero de 2014. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*asignación básica correspondiente al cargo de Secretario General.”
(Negrillas fuera de texto)*

*“ARTICULO 35. NATURALEZA. 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.” (Negrillas fuera de texto)*

*“ARTICULO 36. LAPSOS DE ALTERNACION. Constituyen lapsos de alternación los períodos durante los cuales **el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna.**” (Negrillas fuera de texto)*

“ARTICULO 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.

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

*“ARTICULO 38. OBLIGATORIEDAD. Es **deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular prestar su servicio***

en Planta Interna de conformidad con lo estipulado en el párrafo del Artículo 12 de este Estatuto. Este deber constituye condición necesaria para la aplicación de la alternación en beneficio del Servicio Exterior. Por lo tanto, el funcionario de Carrera Diplomática y Consular que rehusare cumplir una designación en planta interna, en la forma prevista en dicho párrafo, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.

PARAGRAFO. Igual efecto se producirá cuando la renuencia ocurriere respecto de la designación en el exterior o respecto de un destino específico o en relación con el cumplimiento de una comisión para situaciones especiales.” (Negrillas fuera de texto)

“ARTICULO 39. APLICACION. La alternación se aplicará de la siguiente forma:

a. La Dirección del Talento Humano o la dependencia que en cualquier tiempo hiciere sus veces, mantendrá un registro de los lapsos de alternación de cada funcionario.

b. Cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso la Dirección del Talento Humano o la dependencia que hiciere sus veces, coordinará las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma.

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

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

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

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

El término de dos meses a que hace referencia este párrafo podrá ser prorrogado mediante resolución suscrita por el Secretario General, a solicitud del interesado y previo acuerdo con el funcionario a reemplazar en Planta Externa, cuando a ello hubiere lugar.

PARAGRAFO SEGUNDO. Cuando para aplicar la alternación se designare el funcionario en un cargo correspondiente a la categoría en la cual estuviere escalafonado o su equivalente en planta interna, se realizará un traslado. En los demás casos la designación tendrá lugar mediante comisión para situaciones especiales.” (Negrillas fuera de texto)

*“ARTICULO 40. EXCEPCIONES A LA FRECUENCIA DE LOS LAPSOS DE ALTERNACION. Constituyen **excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación** contenidos en los literales a. y b. del artículo 37 de este Estatuto, además de las previstas en el literal d. del mismo artículo 37 y en el artículo 91 de este Decreto, todas aquellas circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditadas, que sean calificadas como tales por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.*

Igualmente, en el caso del lapso de alternación previsto en el literal b. de dicho artículo 37, también constituirán excepciones aquellas circunstancias de especial naturaleza calificadas como tales por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que en materia de disponibilidad, comisiones o retiro establece el presente estatuto.” (Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con las citadas disposiciones, los funcionarios que ejercen cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular deben cumplir los lapsos de alternación, tanto en planta externa como en planta interna, en aplicación de los principios rectores de eficiencia y especialidad. Cabe destacar que el parágrafo del artículo 37 de este Estatuto, establece que quienes se encuentren prestando su servicio en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales.

Dicha normativa impone la obligación a los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular de prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado, deber que a la vez constituye condición necesaria para ser luego nombrado en el exterior, en aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La renuencia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la carrera diplomática y consular, sino del servicio, efecto que se extiende a las circunstancias previstas en el parágrafo del artículo 38.

El Decreto Ley 274 de 2000 se ocupa, así mismo, de definir la forma en que se aplicará la alternación, la época en que se realizarán los desplazamientos y las situaciones administrativas que de ella se deriven.

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, categoría que “(...) *determina la especial estructura y la naturaleza de los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores (...).*”²⁵

Es decir, es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y 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, esto es, que se haya terminado su periodo en la planta interna o externa para poder ser nombrado.

2.3.2. La designación en provisionalidad

El Decreto Ley 274 de 2000 consagra la designación en provisionalidad como una forma de vinculación excepcional a los cargos de la Carrera Diplomática y Consular originada en el principio de especialidad. Mediante esta figura la Administración puede temporalmente llenar un empleo vacante con personas que no se encuentran inscritas en ella, por fuera de los parámetros del mérito de la carrera administrativa, para solventar temporalmente circunstancias de emergencia del servicio.

Sobre la designación en provisionalidad ordenan los artículos 60 y 61 *Ibídem*:

“ARTICULO 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.” (Negrillas fuera de texto)

²⁵ *Ibídem*

“ARTICULO 61. CONDICIONES BASICAS. 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.

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.

b. El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años.

c. En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado contenidos en el artículo 62 y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales a las que aluden los artículos 63 a 68 de este Estatuto.

d. Cuando el funcionario en provisionalidad sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.

PARAGRAFO. Las condiciones básicas contenidas en este artículo se sustentan en la Especialidad del servicio exterior. Por lo tanto, no confieren derechos de Carrera.” (Negrillas fuera de texto)

A su turno, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, consagra de manera específica una de estas excepciones para ocupar empleos públicos al margen de la situación de carrera administrativa, así:

“ARTÍCULO 25. PROVISION DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

En relación con la figura de la designación en provisionalidad, al declarar la constitucionalidad del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, sostuvo la Corte Constitucional que *“(...) 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.”²⁶

Como se observa, la designación en provisionalidad en la Carrera Diplomática y Consular es una figura que permite el nombramiento en cargos de carrera, de forma provisional, a personas que no se encuentran inscritas en la misma, en casos excepcionales.

2.4. La línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la figura de la designación en provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular

Acerca de la designación en provisionalidad que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores para proveer vacantes que tienen la categoría de cargos de Carrera Diplomática y Consular, la Sección Quinta se ha pronunciado en diversas oportunidades, así:

Mediante sentencia proferida el 3 de junio de 2010²⁷ la Sala analizó si la designación en provisionalidad, en el cargo de cónsul general de Colombia en Chicago, Estados Unidos de América, se había realizado a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, específicamente, si (i) se violó el principio de especialidad, en virtud de que los nombramientos en provisionalidad sólo proceden cuando no se cuenta con funcionarios de carrera para proveer el cargo; (ii) se violó el deber de motivar el acto administrativo, y (iii) la demandada fue nombrada sin cumplir los requisitos para ejercer el cargo. En este respecto señaló:

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-292 de 2001. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-28-000-2009-00043-00. Sentencia de 3 de junio de 2010. C.P.: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón

“Luego de examinar las distintas pruebas que componen el plenario, advierte la Sala que ninguna fue aportada por la parte demandante para demostrar que en la Carrera Diplomática y Consular existían funcionarios aptos para ocupar el cargo de Cónsul General de Colombia en Chicago - EEUU, para lo cual no bastaba con suministrar un listado de funcionarios allí inscritos, sino que igualmente estuvieran legalmente disponibles según la alternación prevista en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000, ya que el personal al servicio del Ministerio de Relaciones Exteriores está obligado a laborar “con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna” (art. 35)...”²⁸

En sentencia del 30 de enero de 2014²⁹ la Sección se pronunció sobre el acto de nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, de una persona ajena a la carrera diplomática, a pesar que, según dicho del actor, existía personal perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular que cumplía con los requisitos para ocupar tal cargo. En esta oportunidad, la Sala, confirmó la decisión de primera instancia que no accedió a las pretensiones del demandante, aduciendo que:

“(…) No existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con el nombramiento de la doctora Alejandra Valencia Gartner, en primer lugar, porque los nombramientos en provisionalidad están legalmente autorizados precisamente en desarrollo del mencionado principio para atender situaciones de urgencia y llevar al servicio personas versadas en las funciones del cargo, pero sí se encuentra acreditado que se proveyó el cargo en provisionalidad en fecha en que no se contaba con funcionario de carrera en disponibilidad de ser designado (...)”³⁰

En el fallo del 16 de octubre de 2014³¹ se estudió la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad del decreto por el cual se nombró con carácter provisional a una persona como Ministro Plenipotenciario en la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Países Bajos. En este caso la Sala concluyó que:

“Los mencionados funcionarios si bien estaban escalafonados dentro de la carrera diplomática y consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrado el ahora demandado, no estaban disponibles para ocupar

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 25000-23-41-000-2013-00227-01. Sentencia de 30 de enero de 2014. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 25000-23-41-000-2014-00013-01. Sentencia de 16 de octubre de 2014. C.P (E): Alberto Yepes Barreiro.

el cargo por estar en período de alternación, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad del Decreto 2638 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 al funcionario en provisionalidad al no existir funcionarios de carrera que hayan cumplido con la alternación en el tiempo que surgió la vacante (...)

No existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con el nombramiento del doctor Alvaro Gutiérrez Botero, en primer lugar, porque los nombramientos en provisionalidad están legalmente autorizados precisamente en desarrollo del mencionado principio para atender situaciones de urgencia y llevar al servicio personas versadas en las funciones del cargo, por el contrario, sí se encuentra acreditado que se proveyó el cargo en provisionalidad en fecha en que no se contaba con funcionario de carrera en disponibilidad de ser designado.”³²

Y de manera más reciente³³ la Sala confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el cual se denegaron las pretensiones dirigidas a obtener la nulidad de la designación en provisionalidad del Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos por considerar que el demandante no demostró la disponibilidad de los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que estaban cumpliendo el período de alternación en el exterior llevaran más de doce meses en la sede respectiva para que pudieran ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario. Lo anterior debido a que en el expediente no reposaban las copias de las actas de posesión de los funcionarios que estaban cumpliendo su período de alternación en el exterior, lo que impedía contabilizar el término previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 para que pudieran ser designados, excepcionalmente, en otro cargo en el exterior.

En este caso manifestó la Sección:

“(…) [C]orresponde 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.

³² *Ibíd.*

³³ 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.

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 poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione 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. (...)

La falencia probatoria del demandante fue advertida por el a quo, en el fallo apelado; sin embargo, el recurrente considera que esta carga probatoria le compete al Ministerio de Relaciones Exteriores.

La anterior tesis no es de recibo por esta Sala de decisión pues, 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 BRITO JIMÉNEZ, 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 se (sic) para hacer uso de esta facultad se requiere: i) que se declare de oficio o atendiendo petición de parte; 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 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 acuerdo con lo dicho ante la carencia probatoria la Sala despachará este cargo de manera negativa, confirmando la sentencia apelada.³⁴

Por otro lado, además de los anteriores pronunciamientos surgidos con ocasión del ejercicio de la acción de nulidad electoral, existen otros casos que le correspondió asumir a esta Sección en sede de tutela. Éstos son:

Mediante sentencia del 8 de octubre de 2014³⁵ la Sala asumió el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", invocando la protección de su derecho a la igualdad. Lo anterior, debido a que dicha autoridad judicial declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual designó provisionalmente al señor Germán Castañeda Benavides en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, de la planta global del Ministerio, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela.

En este evento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", concluyó que por lo menos uno de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular, que se encontraba prestando su servicio en el exterior en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Ecuador, podía ser designado en el cargo vacante de Consejero porque, tal y como lo dispone el parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000, al haber superado el término de 12 meses podía ser designado en otro cargo en el exterior. Por tanto, podía culminar su periodo de alternación en el cargo que le correspondía, de acuerdo a su categoría. La Sala negó el amparo invocado con base en los siguientes argumentos:

"(...) en lo que respecta al primer cargo "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,

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-01864-00. Sentencia de 8 de octubre de 2014. C.P (E): Dr. Alberto Yepes Barreiro.

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.

No obstante, se apartó de la decisión, toda vez que si bien era un caso similar, al analizar el caso concreto determinó que no había lugar al nombramiento en provisionalidad como pasó en dicho asunto, porque de las pruebas se podía concluir que sí había personal de carrera disponible para ocupar el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1012, Grado 11 adscrito a la Embajada de Colombia en la República Bolivariana de Venezuela (...)

En cuanto al defecto fáctico, se advierte que la autoridad judicial tutelada en la providencia objeto de controversia realizó un estudio juicioso de los documentos allegados al expediente, en especial de los Decretos Nos. 1435 de 3 de julio de 2012 y 2426 de 27 de noviembre de la misma anualidad, a través de los cuales se comisionó a los señores JORGE ALFREDO DÍAZ BRAVO y GUSTAVO MAKANAKY CÓRDOBA, funcionarios inscritos en carrera Diplomática y Consular en el cargo de Consejeros de las Embajadas de Colombia ante los gobiernos de Ecuador e India, respectivamente, que le permitió concluir que en dicho asunto no estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, revisado el expediente de nulidad electoral evidenció la Sala que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al contestar la demanda allegó los actos administrativos de nombramiento en diferentes sedes diplomáticas del personal inscrito en carrera en el grado de Consejero, y que en la audiencia inicial se le requirió para que remitiera una relación de la historia laboral y académica de estos funcionarios, la cual allegó en el término establecido para ello, pero nunca envió las actas de posesión de éstos.

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.

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 Decreto No. 1972 de 11 de septiembre de 2013.³⁶

³⁶ *Ibídem.*

En sentencia del 12 de marzo de 2015³⁷ la Sección Quinta asumió el conocimiento de la acción de tutela interpuesta por el Ministerio de Relaciones Exteriores por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso (desconocimiento del precedente jurisprudencial), a la igualdad, a la defensa y a la seguridad jurídica. Para el efecto expuso que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, declaró la nulidad del decreto mediante el cual se designó con carácter provisional al Consejero de Relaciones Exteriores, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago – Estados Unidos de América.

En esta oportunidad, la Sala confirmó el fallo de tutela de primera instancia que negó el amparo invocado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, advirtiendo que el Tribunal accionado no había incurrido en desconocimiento del derecho al debido proceso, ya que la interpretación otorgada al párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 es razonable y se enmarca en el principio de la autonomía judicial, y aclaró que aunque se trata de un caso similar al analizado en otra oportunidad por la Sección Quinta, no es idéntico, así:

“(…) 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 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

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-02418-01. Sentencia de 12 de marzo de 2015. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

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.”³⁸
(Subraya fuera de texto)

Finalmente, en fallo de 23 de abril de 2015,³⁹ la Sala confirmó el fallo que decidió denegar la acción de tutela instaurada por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa e igualdad, presuntamente ocasionada por la sentencia de única instancia que declaró la nulidad de la designación en provisionalidad de una persona en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Madrid – España.

La decisión de confirmar el fallo que negó las pretensiones de la referida acción de tutela se fundó en la consideración que en dicho caso sí se logró demostrar en el proceso que los funcionarios de la carrera diplomática se encontraban en disponibilidad por haber cumplido el período de doce meses consagrado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Al respecto señaló la Sección:

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

En esta línea lógica, el anterior cargo no está 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.

De no ser así, se desconocería el principio de autonomía judicial y la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo residual y de procedencia excepcional cuando se intenta contra providencias judiciales, para

³⁸ Ibidem.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-02734-01. Sentencia de 23 de abril de 2015. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

*convertirse en instancia adicional de control frente a las decisiones tomadas por los jueces.*⁴⁰

De acuerdo con la anterior línea jurisprudencial es posible extraer las siguientes reglas relacionadas con la designación en provisionalidad en cargos del régimen de Carrera Diplomática y Consular:

(i) La designación en provisionalidad de funcionarios en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, se ajusta a la ley cuando se demuestre: (a) el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 61 *Ibídem* por parte de la persona designada en provisionalidad; y, (b) la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el respectivo cargo.

(ii) El requisito de la disponibilidad no se cumple: (a) cuando los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía están cumpliendo el período de alternación; o, (b) cuando éstos, a pesar de estar cumpliendo el período de alternación en el exterior, no han cumplido el período de 12 meses en la sede respectiva para que puedan ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

(iii) La demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre el demandante. Esta carga probatoria no se puede satisfacer con el simple suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que exige la demostración del cumplimiento del término alternación o del término de 12 meses consagrado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, hecho que debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión. De lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no.

⁴⁰ *Ibídem*.

2.5. Caso concreto

El demandante sostuvo que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por desconocer el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 o Estatuto especial de la Carrera Diplomática y Consular, ya que la designación en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena sólo era posible en caso de que no existiera personal perteneciente a esta carrera para proveer la vacante de Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón.

En este sentido, afirmó que, a la fecha en que se produjo la aludida designación, existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón equivalente al cargo objeto de esta demanda, quienes desempeñaban empleos de inferior jerarquía. Agregado a lo anterior, también manifestó que para esa misma fecha, existían funcionarios de carrera que ocupaban cargos de inferior rango y dignidad al que les correspondía en su categoría a los Ministros Consejeros, que debieron ser tenidos en cuenta para ser comisionados en un cargo superior como el de Ministro Plenipotenciario por la especialidad de las funciones y el buen servicio.

El *a-quo* concluyó en la sentencia de primera instancia que el acto demandado debía ser anulado porque constituye un motivo suficiente para anular la designación en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena como Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón el hecho de que, a la fecha de la expedición del acto, algunos funcionarios inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario se encontraran cumpliendo el período de alternación en el exterior, en cargos de inferior rango.

Así mismo, consideró el *a-quo* que en esta clase de procesos “(...) *no era necesario que se aportaran como medio de prueba <<los períodos de alternación de los funcionarios>>*” puesto que dicha situación no tiene incidencia en esta clase de casos en la medida en que: (i) los funcionarios que se encuentran en el rango respectivo pero en un empleo inferior ya cumplieron los períodos de alternación, pues de otro modo no habrían obtenido el ascenso correspondiente; y (ii) los

empleados de la Carrera Diplomática y Consular, como regla general, siempre van permanecer en <<períodos de alternación>> (...)",

El Ministerio de Relaciones Exteriores, en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, expuso que el Tribunal desnaturalizó la figura de la alternación por considerarla como un requisito para el ascenso en la Carrera Diplomática y Consular, y no como una figura autónoma y especial; y solicitó su revocatoria debido a que en el presente caso está demostrado que, al momento en el cual fue expedido el acto demandado, no había disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, razón por la cual la designación provisional del señor Alejandro Posada Baena fue realizada de conformidad con las reglas contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000.

Para iniciar, la Sala evidencia que la naturaleza jurídica del cargo de Ministro Plenipotenciario en el cual fue designado el demandado, está clasificado como un cargo de Carrera Diplomática y Consular, pues de acuerdo con la definición consagrada en el artículo 5 del Decreto Ley 274 de 2000, pertenecen a estos cargos los de categoría igual o superior a la de Tercer Secretario, salvo los de libre nombramiento y remoción y los de apoyo en el exterior. En concreto, el artículo 10, literal b, *Ibídem*, contempla como una de las categorías en la carrera diplomática y consular la de Ministro Plenipotenciario, cargo superior al de Tercer Secretario. Por tanto, no hay lugar a dudas de que este cargo, en el que fue designado el demandado Alejandro Posada Baena, es de Carrera Diplomática y Consular.

En ese orden de ideas, dicho cargo debe proveerse con funcionarios pertenecientes a dicha carrera. No obstante, de manera excepcional, en virtud del principio de especialidad pueden designarse a personas que no pertenecen a ella "(...) cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos (...)."41

Bajo esta línea argumentativa, el nombramiento en provisionalidad se encuentra autorizado en virtud del principio de especialidad, siempre y

⁴¹ Artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

cuando se encuentre acreditado que no existen funcionarios de Carrera Diplomática y Consular disponibles para ser designados en la vacante a proveer.

De otro lado, de acuerdo con lo expuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, huelga manifestar que, en efecto, el señor Posada Baena no se encuentra inscrito en la Carrera Diplomática y Consular.

A la luz de lo expuesto, esto es, que el cargo de Ministro Plenipotenciario está adscrito a la categoría de la carrera especial en mención y que la persona designada para proveer dicha vacante no integra dicho escalafón, la Sección pasa a determinar si el Ministerio de Relaciones Exteriores, al emitir el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, vulneró el principio de especialidad al designar en una categoría del escalafón de Carrera Diplomática y Consular a una persona ajena a la misma, por existir, tal y como lo sostiene el demandante, funcionarios que tienen el rango equivalente al de Ministro Plenipotenciario, con quienes puede proveerse dicha vacante o, en su defecto, Ministros Consejeros que se encuentran desempeñando un cargo inferior a su categoría y que podrían ser comisionados para desempeñar un cargo superior.

Para tal fin, por ser el objeto de la censura formulada en el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra el fallo de primera instancia, la Sección se ocupará especialmente de definir si, al momento de la expedición del acto demandado, había o no disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón.

En este punto, esta Corporación evidencia que el demandante no acreditó que en la Carrera Diplomática y Consular existieran funcionarios con el rango de Ministro Plenipotenciario para ser designados en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón, pues tan solo se limitó a afirmar que 3 de los funcionarios tenían dicha calidad y que en el cargo de Ministro Consejero se encontraban otras personas de carrera que, en su defecto, hubiesen podido ser nombradas a través de la figura de la comisión por

encargo especial, la cual, según manifestó, es utilizada generalmente, tan solo para comisionar en cargos de inferior jerarquía.

Cabe recordar que, de acuerdo con la línea jurisprudencial descrita anteriormente, se ha establecido que para demostrar la ilegalidad del acto de designación provisional en un cargo de Carrera Diplomática y Consular no basta con suministrar el listado de los funcionarios inscritos en el régimen de carrera e indicar la categoría en el escalafón y el cargo que desempeñan⁴², sino que se impone acreditar que los funcionarios llamados a proveer el cargo se encuentran legalmente disponibles.

Sobre este aspecto, es de reiterar que un funcionario de la Carrera Diplomática y Consular se encuentra disponible para ser designado en un cargo, no sólo por ostentar la categoría en la que se requiere el servicio sino que es necesario que no se encuentre cumpliendo con el periodo de alternancia. A lo anterior debe agregarse, que dicha disponibilidad, en el caso de quienes se encuentren prestando sus servicios en el exterior, se cumple si han superado un lapso de 12 meses en la respectiva sede, de conformidad con el párrafo del artículo 37 del decreto en mención, pues en este evento, pueden ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior y culminar su periodo de alternancia en el cargo que le corresponde de acuerdo con su categoría.

Para efectos de poder resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente está demostrado:

- Que Alejandro Posada Baena fue designado provisionalmente en el cargo de Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón mediante el Decreto No. 0114 de 21 de enero de 2015, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.⁴³

⁴² Folio 13 y siguientes

⁴³ Ver copia del decreto demandado en el folio 11.

- Que a la fecha de la expedición del acto demandado había funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario⁴⁴ que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón.⁴⁵
- Que los anteriores funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario 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 prestando su servicio en otra entidad pública.⁴⁶ Sin embargo, en el expediente no reposan las actas de posesión que permitan contabilizar el término a partir del cual dichos funcionarios iniciaron el cumplimiento del período de alternación.
- Que a la fecha de la expedición del acto demandado había funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Consejero⁴⁷ que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón.⁴⁸
- En el plenario no reposa certificación de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores en donde conste que a la fecha de expedición del Decreto 0114 del 21 de enero de 2015 no existía disponibilidad de ningún funcionario de carrera para proveer la vacante de Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón. En efecto, en el expediente solo reposa una respuesta a una petición elevada por la Embajadora Nancy Benítez Páez, en la cual consta el listado de funcionarios de Carrera Diplomática y Consular actualizado a 26 de febrero de 2015.⁴⁹

⁴⁴ Jairo Augusto Abadía Mondragón, Alicia Alejandra Alfaro, Ruth Mary Cano Aguilón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, Francisco Alberto González, Olga Cielo Molina de la Villa, Luís Carlos Rodríguez Gutiérrez y Hernán Vargas Martín

⁴⁵ Ver la declaración rendida por la Ministra de Relaciones Exteriores mediante certificación juramentada en el folio 145 y el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra la sentencia de primera instancia en los folios 249 a 252.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Adriana Rodríguez Castiblanco, Rafael Guillermo Arismendi Jiménez, Alberto Bula Bohórquez, Isaura Duarte Rodríguez, Dora Lucía González Pinilla, Germán Federico Grisales Jiménez, Alonso Lozada de la Cruz, Sandra Lucía Mikán Venegas, Solangel Ortiz Mejía, Edwin Ostos Alfonso, Gustavo Humberto Paredes Rojas, Nohora María Quintero Correa, Pablo Antonio Rebolledo, Luz Amanda Restrepo Sabogal y Marcela Rodríguez Velandia.

⁴⁸ Folio 148.

⁴⁹ Folios 13 a 27 y 156 a 162.

- Sin embargo, la Ministra de Relaciones Exteriores, mediante certificación juramentada, señaló que para la fecha en que se emitió el acto administrativo demandado no había personal disponible porque el periodo de alternación en cada uno de los casos se encontraba en curso⁵⁰.

De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala concluye que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, mediante el cual se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global de Alejandro Posada Baena, pues no se logró demostrar que existieran funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles en los términos atrás anotados.

En especial, 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 2015,⁵¹ el demandante no cumplió la carga probatoria que le correspondía de solicitar ni aportar como pruebas las actas de posesión respectivas.

Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, la Sala considera que no constituye un motivo suficiente para anular el acto demandado el hecho de que, a la fecha de la expedición del acto, algunos funcionarios inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario se encontraran cumpliendo el período de alternación en el exterior, en cargos de inferior rango. Este hecho, por si solo, no permite concluir si dichos funcionarios

⁵⁰ Folio 146.

⁵¹ 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.

habían o no cumplido el período de doce meses previsto en el párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 para poder ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior.

Así mismo, debe advertirse que el *a-quo* se equivoca al afirmar que en esta clase de procesos no es necesario demostrar el cumplimiento de los períodos de alternación porque los funcionarios que se encuentran en el escalafón respectivo, pero ocupando un empleo inferior, ya tuvieron que haber cumplido el período de alternación para obtener su ascenso.

Como lo manifestó el recurrente, es equívoco concebir la figura de la alternación como un requisito para ascender dentro de la Carrera Diplomática y Consular, cuyo cumplimiento se agota una vez se logre el respectivo ascenso. Como lo ha advertido esta Corporación, la alternación es una institución que busca mantener en permanente contacto con la realidad nacional a los funcionarios inscritos en este régimen especial que prestan sus servicios en el exterior,⁵² razón por la cual no se puede predicar que el período de alternación ha sido cumplido una vez se obtiene el ascenso en un determinado escalafón.

Tampoco es cierto, como lo afirma el Tribunal, que, como regla general, los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular siempre van a permanecer en períodos de alternación, lo cual haría imposible su nombramiento en otros cargos en el exterior.

Si bien puede existir una continuidad entre los períodos de alternación en cargos internos y externos, esta situación no impide que los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior, puedan ser nombrados en otras sedes. Como se ha reiterado a lo largo de la presente providencia, quien esté cumpliendo el período de alternación en el exterior puede ser nombrado en otra sede en el exterior, siempre y cuando haya cumplido el término de doce meses consagrado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

⁵² Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2013-0227-01. Sentencia de 30 de enero de 2014. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Consecuentemente, debido a que el actor no pudo demostrar que existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que, al momento de la expedición del acto demandado, se encontraran disponibles para ocupar el cargo en el cual fue designado provisionalmente el señor Alejandro Posada Baena, debe revocarse el fallo proferido por el *a-quo*.

2.6. Conclusiones y decisión a adoptar

Así las cosas, se tiene la designación en provisionalidad del demandado en el cargo de Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Japón se realizó de conformidad con las disposiciones que regulan la Carrera Diplomática y Consular contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000.

De manera particular, debe resaltarse que no existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con la designación en provisionalidad del señor Alejandro Posada Baena porque el demandante no pudo demostrar que, al momento de la expedición del acto demandado, existieran funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario que cumplieran con el requisito de disponibilidad.

En conclusión, y revisados los argumentos propuestos por ambas partes y tras calificar el mérito probatorio de las pruebas allegadas al expediente, la Sala concluye que debe revocarse el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", para que en su lugar se ordene denegar las pretensiones de la acción de nulidad electoral instaurada por el señor Enrique Antonio Celis Durán contra el Decreto 0114 del 21 de enero de 2015, mediante el cual se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global, de Alejandro Posada Baena.

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

III. FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 13 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", que declaró la nulidad del Decreto 0114 de 21 de enero de 2015 proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Enrique Antonio Celis Durán en ejercicio de la acción de nulidad electoral, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO: ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado