



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación Número: 25000-23-41-000-2016-00037-01**

**Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN**

**Demandado: GERMÁN ANDRÉS ESPEJO BARRIOS – Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.**

**Asunto: Nulidad Electoral – Sentencia de segunda instancia. Recurso de apelación contra sentencia que accedió pretensiones.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores-, contra la sentencia del 10 de noviembre de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda, dirigidas a declarar la nulidad del acto de nombramiento provisional de Germán Andrés Espejo Barrios 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 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

El 13 de enero de 2016 el señor Enrique Antonio Celis Durán, presentó demanda<sup>1</sup> en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en contra del acto de nombramiento provisional del señor Germán Andrés Espejo Barrios 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 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, elevando la siguiente

### **1.1 Pretensión**

Se declare la nulidad de Decreto 2163 de 6 de noviembre 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 al señor Germán Andrés Espejo Barrios 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 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

### **1.2 Hechos**

1.2.1 Manifestó el accionante que en ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, el Presidente de la República nombró con carácter provisional, al señor Germán Andrés Espejo Barrios en el cargo 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 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

1.2.2 Adujo que el señor Germán Andrés Espejo Barrios no es funcionario de carrera diplomática y consular, sin embargo, con anterioridad a la expedición del acto demandado había ejercido en provisionalidad cargos con dicha naturaleza.

1.2.3 Recordó que el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074 Grado 22 del Ministerio de Relaciones Exteriores pertenece a la carrera diplomática y consular. En razón de ello señaló, que conforme se lo informó el Ministerio de Relaciones Exteriores al 11

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 12 del cuaderno No. 1

de noviembre de 2016, tan solo existían 35 Ministros Plenipotenciarios de carrera para 80 cargos de la planta global.

1.2.4 Mencionó que para la fecha de expedición del acto demandado existían 11 funcionarios de carrera inscritos como Ministros Plenipotenciarios que tenían derecho para ocupar la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, dado que algunos de ellos contaban con más de 12 meses de estar ejerciendo un cargo de inferior categoría.

1.2.5 Sostuvo que en el acto demandado no se expresó razonamiento alguno tendiente a demostrar la imposibilidad de designar a uno de los 11 ministros plenipotenciarios de carrera, única situación que justifica en su criterio el ejercicio de la facultad excepcional consagrada en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

1.2.6 Para finalizar señaló que el nombramiento provisional acusado, lesiona el patrimonio público en razón a que se paga doble la prima especial prevista en el artículo 1 del Decreto 1117 de 27 de mayo de 2015 sin contabilizar los valores adicionales pagados como prestaciones sociales.

## **2. Actuaciones Procesales**

### **2.1 Admisión de la demanda**

Mediante auto del 15 de enero de 2016<sup>2</sup>, el Magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, admitió la demanda y ordenó las notificaciones de rigor.

### **2.2 Contestación de la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores–**

En escrito del 19 de febrero de 2016<sup>3</sup> la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores–, a través de apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a los argumentos planteados y expuso que no se configura causal de nulidad alegada en razón a que se respetaron las previsiones legales existentes sobre la materia.

---

<sup>2</sup> Folios 21 a 22 del cuaderno No. 1.

<sup>3</sup> Folios 41 a 56 del cuaderno No. 1.

Explicó que no era posible designar en el cargo 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 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a ninguno de los servidores públicos inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular pues la situación particular y concreta de cada uno de ellos así lo impedía.

En tal virtud se dio aplicación a la institución de la provisionalidad como una excepción de la carrera diplomática y consular a efectos de garantizar la prestación del servicio y cumplir con los fines de la administración.

### **2.3 Contestación de la demanda por parte de Germán Andrés Espejo Barrios**

Por memorial del 13 de mayo de 2017<sup>4</sup> el demandado, recorrió el término para contestar la demanda solicitando que se desestime la pretensión de nulidad de su acto de nombramiento, al considerar que éste fue proferido conforme al contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Expuso que acreditó todos y cada uno de los requisitos exigidos normativamente para el desempeño del cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores y que su nombramiento en provisionalidad se dio en aplicación del régimen de carrera diplomática y consular autorizado por la Dirección de Talento Humano del ministerio como administrador del mismo.

### **2.4 Audiencia Inicial<sup>5</sup>**

En la audiencia inicial<sup>6</sup> celebrada el 9 de junio de 2016 el Magistrado conductor del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal

---

<sup>4</sup> Folios 143 al 152 del Cuaderno No. 1

<sup>5</sup> Mediante auto de 31 de mayo de 2016, el Magistrado Ponente convocó a las partes, con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 9 de junio del 2016 a las 3:00 pm. Folio 154 del cuaderno No. 1.

<sup>6</sup> Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Folios 156 a 161 cuaderno No.1.

que invalidare lo actuado, razón por la cual procedió a: i) la fijación del litigio y ii) el decreto de pruebas.

En lo referente al litigio, éste se fijó en “...determinar si conforme a las causales de nulidad expuestas en la demanda el nombramiento provisional del señor GERMÁN ÁNDRES ESPEJO BARRIOS en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, efectuado a través de la Resolución No. 2163 del 6 de noviembre de 2015, cumple con las normas legales, en tanto que, presuntamente, el nombrado no reúne las calidades y requisitos de elegibilidad”.

En cuanto a las pruebas decidió decretar las documentales allegadas con el escrito de demanda y la contestación del Ministerio de Relaciones Exteriores. Adicionalmente, denegó las documentales relativas a la certificación de los cargos ocupados por el demandado en el exterior y el tiempo de servicio en cada uno de ellos, además de los antecedentes administrativos del acto atacado.

Finalmente y en aplicación a lo previsto en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se prescindió de la etapa probatoria y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días; término que una vez vencido le permitiría al Ministerio Público dar concepto durante el mismo plazo.

## **2.5 Alegatos de conclusión**

En el período otorgado por el magistrado ponente la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores allegó memorial de fecha 23 de junio de 2016<sup>7</sup> en el que insistió en la legalidad del acto acusado, en razón a que el nombramiento provisional se realizó conforme a las normas que regulan la carrera diplomática y consular, sin que en el proceso se afectara los derechos laborales de los funcionarios inscritos en el escalafón.

## **2.6 Concepto del Ministerio Público**

---

<sup>7</sup> Folio 164 al 170 del Cuaderno No. 1

El agente del Ministerio Público en escrito radicado el 23 de junio de 2016<sup>8</sup> ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó denegar las pretensiones de la demanda al considerar que el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 permite el nombramiento provisional en cargos de carrera diplomática y consular sin que con ello se irrespete el sistema jurídico y los derechos laborales de las personas que están inscritas en el escalafón de carrera. En razón a que el nombramiento del demandado se surtió con las formalidades legales, sin que se encuentren acreditados los vicios de nulidad invocados en el libelo introductorio, concluyó que las pretensiones planteadas por el accionante no tienen vocación de prosperidad.

## **2.7 Sentencia recurrida**

Mediante sentencia de 10 de noviembre de 2016<sup>9</sup> el *a quo* resolvió acceder a las pretensiones de la demanda al considerar que el cargo de Ministro Plenipotenciario pertenece a los empleos de carrera diplomática y consular y se demostró, mediante oficio GAPT No. 1237 de 26 de enero de 2017, que 11 funcionarios inscritos en esa categoría se encontraban desempeñando cargos inferiores, de los cuales 8 ya habían cumplido el período de alternancia y se encontraban en capacidad de ser designados en ese puesto.

De lo anterior es dable concluir que al momento de proferirse el nombramiento en provisionalidad del señor Germán Andrés Espejo Barrios en el cargo 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 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte existían funcionarios disponibles inscritos en el escalafón de carrera administrativa, de forma tal que no era posible acudir a la figura de la provisionalidad para surtir dicha vacante, razón por la cual se desvirtuó la legalidad del acto administrativo.

## **2.8 Recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores**

---

<sup>8</sup> Folios 171 al 176 del Cuaderno No.1

<sup>9</sup> Folios 178 al 217 del Cuaderno No.1

Por medio de escrito radicado el 18 de noviembre de 2016<sup>10</sup> ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia en el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia.

Explicó que no es cierto que el acto de elección violara los lineamientos constitucionales y legales, pues el fallador de primera instancia realizó una errada interpretación del párrafo del artículo 37 y del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Lo anterior, por cuanto estas normas no disponen que superado el término de 12 meses en el servicio exterior automáticamente se habilite la posibilidad de ser designado en otro cargo, por el contrario, lo que prevé es una excepción a la regla general que requiere la voluntad del funcionario y la autorización por parte de la comisión de personal.

Expuso que para la fecha en que fue expedido el decreto demandado no podían ser designados los funcionarios inscritos en carrera, por cuanto aquellos se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón en cumplimiento al principio de alternación en el servicio en el exterior. Aunado al hecho que este plazo debe ser contabilizado a partir de la fecha de la posesión en la planta interna, se concluye que dichos funcionarios podían alternar nuevamente en los meses de enero y julio de 2016, julio de 2017, enero y julio de 2018 y enero de 2019 respectivamente.

Concluyó manifestando que al momento de proferir el acto de elección no se había vencido la fecha para el cambio de cargo de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular y por tanto no podían ser considerados para esa designación; además que tampoco obra prueba de que alguno de ellos haya pedido la designación en otro cargo.

## **2.9 Trámite de instancia**

La impugnación interpuesta por la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores fue declarada improcedente por el magistrado sustanciador, en auto del 20 de abril de 2017<sup>11</sup> al

---

<sup>10</sup> Folios 226 al 239 del Cuaderno No. 1.

<sup>11</sup> Folio 243 del Cuaderno No. 1

considerar que se trataba de un proceso de única instancia, decisión que fue objeto de recurso de suplica presentado por el apoderado de la entidad apelante<sup>12</sup>. Por auto de 30 de mayo de 2017<sup>13</sup> la Sala Dual de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió acceder a la suplica y estimó mal denegado el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada.

Mediante auto del 12 de junio de 2017<sup>14</sup> el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, concedió el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia y en providencia del 24 de julio de 2017<sup>15</sup> esta Corporación, a través de la consejera ponente, admitió el recurso de apelación y ordenó los traslados de rigor.

### **2.9.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Remitidas las comunicaciones del caso, solo intervino la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su apoderado, quien mediante memorial allegado a la secretaría de esta Corporación el 4 de agosto de 2017<sup>16</sup> reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insistió en la legalidad de la actuación del ministerio al limitarse a dar aplicación a las normas relativas a la carrera diplomática y consular.

Adicionalmente en esta instancia procesal propuso la excepción previa de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y la falta de legitimación en la causa por activa, al considerar que se debió controvertir el acto demandado mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la acción electoral y por tanto el actor no se encontraba legitimado para incoarla.

### **2.9.2 Concepto del Ministerio Público en segunda instancia**

El 14 de agosto de 2017<sup>17</sup> el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado para alegar de

---

<sup>12</sup> En escrito del 8 de mayo de 2017, presentó el recurso de súplica. Folio 244 al 246 del cuaderno No. 1.

<sup>13</sup> Folio 249 al 254 del cuaderno No. 1.

<sup>14</sup> Folio 257 del cuaderno No. 1.

<sup>15</sup> Folios 262 al 263 vuelto del cuaderno No. 2.

<sup>16</sup> Folios 272 al 282 del cuaderno No. 2.

<sup>17</sup> Folios 284 al 297 del cuaderno No. 2.

conclusión, solicitó que se confirme la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, al considerar que fue demostrado en el proceso que existían funcionarios inscritos en la categoría de ministro plenipotenciario que ocupaban cargos de inferior categoría y que ya habían cumplido el periodo de alternancia y por tanto se encontraban en disponibilidad de ser nombrados en la vacante de la Embajada de Colombia ante el gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Concluyó que en virtud de lo certificado por la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores y las actas de posesión de los funcionarios inscritos en la categoría de ministro plenipotenciario, se puede deducir que el nombramiento cuestionado es irregular.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores contra el fallo del 10 de noviembre de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, está fijada en los artículos 150 y 152.9 de la Ley 1437 de 2011; al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

Lo anterior por cuanto en el presente caso se controvierte el nombramiento provisional del señor Germán Andrés Espejo Barrios como Ministro Plenipotenciario adscrito a la embajada de Colombia ante el Reino Unido, código 074 Grado 22 empleo perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores en el nivel directivo, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 3356 de 2009, y en tal razón le es aplicable la regla de competencia prevista en el artículo 152.9 ídem, esto es, la nulidad de actos de nombramientos de los empleados públicos del nivel directivo efectuado por autoridades del orden nacional, proceso de competencia de los tribunales administrativos de

primera instancia y de conocimiento del Consejo de Estado en segunda instancia.

## **2. Problema jurídico**

Consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió las pretensiones de la demanda dirigida a solicitar la nulidad del acto de nombramiento en provisionalidad del Ministro Plenipotenciario adscrito a la embajada de Colombia ante el Reino Unido.

Para resolver las razones de inconformidad se consideran los siguientes aspectos: i) Excepciones previas propuestas en el escrito de alegatos de conclusión ii) normatividad relativa a la carrera diplomática y consular iii) pronunciamiento jurisprudenciales y, vi) análisis de caso en particular.

### **2.1 Cuestión previa: Excepciones previas propuestas en los alegatos de conclusión.**

En el término para descorrer los alegatos de conclusión, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, presentó memorial en el que propuso que se declarara probada la excepción previa de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y la excepción mixta de la falta de legitimación en la causa por activa, al considerar que se debió controvertir el acto demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la acción electoral.

Al respecto, destaca la Sala que el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la oportunidad procesal para presentar excepciones es en la contestación de la demanda, las cuales, tratándose de excepciones previas y las mixtas de cosa juzgada, caducidad, transacción y falta de legitimación en la causa deberán ser decididas en la audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 180.6 de ese mismo compendio normativo.

En tal virtud y visto que la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores pretende proponer excepciones previas en el transcurso del término para descorrer el traslado para alegar de conclusión dispuesto en la segunda instancia, es dable concluir que dichos argumentos son a todas luces extemporáneos.

## 2.2 Normatividad relativa a la carrera diplomática y consular

Las normas por medio de las cuales se regula el Servicio Exterior de la República de Colombia y la Carrera Diplomática y Consular aplicables a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia y pertenezcan o no a este sistema de Carrera se encuentran contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000.

En el artículo 5º de este decreto se dispuso que los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasificarían en libre nombramiento y remoción, carrera diplomática y consular y carrera administrativa, asignándole la categoría del escalafón de Carrera Diplomática y Consular al cargo de Ministro Plenipotenciario, según lo previó el artículo 10 ibídem.

En cuanto a los nombramientos provisionales el artículo 60 de este Decreto Ley dispuso que esta forma de vinculación se aplicaría en virtud del principio de especialidad y se configura cuando se requiere designar en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, siempre y cuando “... *por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos*”.

Sobre el contenido de este precepto normativo la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, explicó:

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

*una solución precisamente para ese tipo de situaciones.” (Negrillas fuera del texto primigenio).*

Sin embargo, para poder proceder a efectuar un nombramiento provisional, el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 establece unas condiciones básicas entre las cuales se encuentran: i) ser nacional Colombiano, ii) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o iii) acreditar experiencia según exija el reglamento, hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas y, iv) que el servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años, entre otras.

Por otra parte, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en su escrito de contestación de la demanda como en los argumentos de la apelación insiste en la legalidad del acto demandado en virtud de los plazos de aplicación del principio de alternancia, razón por la cual es procedente realizar el estudio normativo de esta figura.

El artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000 establece la necesidad de que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deban cumplir actividades propias de ese ministerio “... *con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna*”. Estos lapsos de alternación se definen en el artículo 36 de ese mismo compendio normativo como “*los períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna*”.

Sobre este tema esta Corporación<sup>18</sup> ha explicado:

***“En el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos requieren necesariamente, dentro de su sistema de carrera Diplomática y Consular, cumplir con la exigencia de la alternación, 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. (...)***

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de fecha 16 de octubre de 2014. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 25000-23-41-000-2014-00013-01

*Las reseñadas disposiciones enseñan que los funcionarios con categoría 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. Establece a la vez la frecuencia de los periodos de alternación en cada uno de los eventos, esto es, cuando el tiempo de servicio se presta en el exterior o cuando la actividad se cumple en la planta interna. Prescribe además la prohibición que tienen los mencionados funcionarios de ser designados en otro cargo cuando se encuentren prestando su servicio en el exterior, salvo las circunstancias excepcionales contenidas en el párrafo del artículo 37, calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país.” (Destaca la Sala)*

Respecto de la frecuencia de los lapsos de alternación el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, prevé:

*“Artículo 37. Frecuencia. La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:*

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

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

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

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

**Parágrafo.** *Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior **no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva,** salvo circunstancias*

*excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país” (Negrilla fuera de texto).*

### **2.3 Pronunciamientos jurisprudenciales**

Esta Corporación inicialmente había sostenido la tesis que para controvertir la legalidad de los nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, la parte actora debía cumplir con la carga procesal de demostrar que para la fecha de la designación existían funcionarios del mismo rango inscritos en el escalafón de carrera y que estos empleados no se encontraban en cumplimiento del período de alternación<sup>19</sup>.

Posteriormente, en las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta de esta Corporación del 12 de marzo de 2015<sup>20</sup> y 23 de abril de 2015<sup>21</sup> se consideró que si en el plenario existía medio probatorio que permitiría concluir que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular acreditaba al momento de la designación más de doce (12) meses en el período de alternación, éste se constituía como funcionario disponible para el nombramiento, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Sobre el particular la Sala Electoral en sentencias de 31 de marzo de 2016<sup>22</sup>, 23 de febrero<sup>23</sup> y 30 de marzo de 2017<sup>24</sup> modificó su postura, concluyó en la última providencia que:

*“De acuerdo con la anterior línea jurisprudencial es posible extraer las siguientes reglas relacionadas con la designación en*

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia 30 de enero de 2014 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 250002341000201300227 01; sentencia del 16 de octubre de 2014. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 25-000-23-41-000-2014-00013-01, entre otras.

<sup>20</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 12 de marzo de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02418-01.

<sup>21</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01

<sup>22</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de 31 de marzo de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. No. 2015-00443-01

<sup>23</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 23 de febrero de 2017. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00109-01

<sup>24</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 30 de marzo de 2017. C.P. (E). Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00110-01

*provisionalidad en cargos del régimen de carrera diplomática y consular.<sup>25</sup>*

*(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 párrafo 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 párrafo 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.*

*Como se observa a partir del anterior recuento jurisprudencial, y contrariamente a lo sostenido por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Sala considera que la interpretación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 realizada por el a quo en la sentencia recurrida es correcta y acorde con los precedentes de esta Sección.”*

En tal virtud para el estudio y análisis de la impugnación de nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular se deberá atender a las previsiones que la definida línea jurisprudencial de la Sección Quinta ha establecido para resolver este tipo de controversias.

## **2.4 Análisis del caso en particular**

---

<sup>25</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01. Sentencia de 12 de noviembre de 2015. Demandado: Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

2.4.1 Argumenta la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores en su recurso de apelación que se debe revocar la sentencia del 10 de noviembre de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda, dirigida a declarar la nulidad del acto de nombramiento provisional del señor German Andrés Espejo Barrios, por cuanto se fundamentó en una errada interpretación del párrafo del artículo 37 y del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, en tanto estas normas no disponen que superado el término de 12 meses en el servicio exterior automáticamente se habilite la posibilidad para los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera, sean designados en otro cargo.

Al respecto, se reitera que esta Sala Electoral para estudiar este tipo de controversias ha asumido la tesis expuesta en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015<sup>26</sup>, en la que se explicó:

*“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 párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 (...).**”*  
(Se resalta)

En tal virtud, a partir del fallo de 31 de marzo de 2016<sup>27</sup> esta Sala asumió la postura en la que se debe:

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

*La Sala de manera consecuente con los antecedentes jurisprudenciales antes citados, debe insistir en que **es al demandante al que le compete probar, vía actas de posesión, la fecha de iniciación de los periodos de alternancia de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en***

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01

<sup>27</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de 31 de marzo de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. No. 2015-00443-01

*apariencia tenía mejor derecho para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y así poder determinar si hay lugar o no a dar aplicación al parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000” (Negrilla fuera de texto primigenio).*

Finalmente, esta Corporación en sentencia de 30 de marzo de 2017<sup>28</sup>, concluyó, entre otras cosas que:

***“(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.” (Se resalta).***

Así las cosas, la interpretación que realizó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en la sentencia del 10 de noviembre de 2016 mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda se encuentra ajustada a los lineamientos fijados por esta Corporación en su línea jurisprudencial, en lo que respecta a la interpretación del parágrafo del artículo 37 y del artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000, pues concluyó que algunos funcionarios *“...si se encontraban disponibles para ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código No. 0074, Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores efectuado a través del Decreto 2163 del 6 de noviembre de 2015, toda vez que los 12 meses aludidos se cumplieron mucho antes que el 6 de noviembre de 2015 y por tanto podrían ser nombrados en el cargo que fue provisto en provisionalidad en el exterior...”*<sup>29</sup> y en tal virtud por encontrarse en consonancia con lo considerado por esta corporación sobre el particular, no hay lugar a revocar la sentencia apelada respecto de este punto.

2.4.2 Insiste la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores que el acto demandado debe conservar su presunción de legalidad pues para la fecha de su expedición no existían funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular que se encontraran

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 30 de marzo de 2017. C.P. (E). Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00110-01

<sup>29</sup> Folio 215 del Cuaderno No. 1.

disponibles para llenar la vacante en la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Al respecto, se encuentra en el plenario, el oficio GAPT No. 1237 del 26 de enero de 2016 en el que la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, para la fecha del nombramiento del demandado, esto es el 6 de noviembre de 2015, contaba con los siguientes funcionarios inscritos en el escalafón de ministro plenipotenciario y ocupaban cargos de inferior categoría: Jairo Augusto Abadía Mondragón, Olga Cielo Molina de la Villa; Mirza Cristina Gnecco Pla, Adda Isabel Borda Medina, Nohra María Quintero Correa, Rafael Guillermo Arismendy Jiménez, Francisco Alberto González, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez, Hernán Vargas Martín, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, y Gustavo Humberto Paredes Rojas.<sup>30</sup>

Adicionalmente, se encuentran los actos de posesión de los siguientes funcionarios, que acreditan el cumplimiento del término de 12 meses consagrado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000:

- Acta No. 451 de 24 de noviembre de 2014 de **Jairo Augusto Abadía Mondragón**, como Consejero de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado General de Colombia en Sao Paulo<sup>31</sup>.
- Acta No. 303 de 1º de agosto de 2014 de **Olga Cielo Molina de la Villa**, como Ministro Consejero adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Corea<sup>32</sup>.
- Acta No. 002 de 2 de enero de 2013 de **Mirza Cristina Gnecco Pla**, como Ministro Consejero adscrito al Consulado de Colombia en Oranjestad<sup>33</sup>.
- Acta No. 322 de 1º de agosto de 2013 de **Adda Isabel Borda Medina** como Ministro Consejero de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Folio 111 del cuaderno No. 1.

<sup>31</sup> Folio 112 del cuaderno No. 1.

<sup>32</sup> Folio 113 del cuaderno No. 1.

<sup>33</sup> Folio 114 del cuaderno No. 1.

<sup>34</sup> Folio 115 del cuaderno No. 1.

- Acta No. 38 de 17 de enero de 2014 de **Francisco Alberto González** como Ministro Consejero adscrito a la Misión Permanente del Gobierno de Colombia ante la ONU<sup>35</sup>.
- Acta No. 163 de 19 de marzo de 2012 de **Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez** como Primer Secretario de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado General de Colombia en Houston<sup>36</sup>.
- Acta No. 004 de 2 de enero de 2012 de **Rafael Guillermo Arismendy Jiménez** como Primer Secretario de Relaciones Exteriores adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de Emiratos Árabes Unidos<sup>37</sup>.
- Acta No. 074 de 3 de febrero de 2012 de **Gustavo Humberto Paredes** como Consejero de Relaciones Exteriores adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de Suecia.<sup>38</sup>

Así las cosas, se advierte que, del contenido del oficio GAPT No. 1237 del 26 de enero de 2016 suscrito por la Coordinadora del Grupo de Administración de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores y de las actas de posesión visibles del folio 112 a 122, en aplicación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, los funcionarios Jairo Augusto Abadía Mondragón, Olga Cielo Molina de la Villa; Mirza Cristina Gnecco Pla, Adda Isabel Borda Medina, Rafael Guillermo Arismendy Jiménez, Francisco Alberto González, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y Gustavo Humberto Paredes Rojas para la fecha de expedición del acto de nombramiento demandado, 6 de noviembre de 2015, ya tenían más de 12 meses en cumplimiento del periodo de alternación y por tanto podían ser nombrados en la plaza vacante en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

En tal virtud, se demostró que al menos ocho funcionarios inscritos en Carrera Diplomática y Consular, en el cargo de Ministros Plenipotenciarios, se encontraban en período de alternación y habían superado el término de doce meses que exige el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, circunstancia que los

---

<sup>35</sup> Folio 117 del cuaderno No. 1.

<sup>36</sup> Folio 118 del cuaderno No. 1.

<sup>37</sup> Folio 119 del cuaderno No. 1.

<sup>38</sup> Folio 122 del cuaderno No. 1.

ponía en situación de elegibilidad, por tanto se desvirtúa la legalidad del acto de nombramiento provisional impugnado.

### **3. Conclusión**

La Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores no desvirtuó los argumentos plasmados por el fallador de primera instancia que sustentaron su decisión de acceder las pretensiones de la demanda, razón por la cual se confirmara la sentencia impugnada.

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

### **FALLA**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda

**SEGUNDO.- DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

**TERCERO.- ADVERTIR** a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Consejera

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
**Consejera**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
**Consejero**



SC5780-6-1



GP059-6-1

