



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

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

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00109-01

Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN

Demandada: ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO, Ministro Plenipotenciario, embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa

Asunto: Fallo electoral de segunda instancia, excepción al cumplimiento de todo el periodo de alternación de conformidad con el parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1.- La pretensión de la demanda

Se dirige a obtener la nulidad del Decreto No. 2402 de 11 de diciembre de 2015 *“Por el cual se hace un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”* mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, Ministro Plenipotenciario adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa.

1.2.- Soporte fáctico

Por medio del Decreto No. 2402 de 11 de diciembre de 2015 se nombró provisionalmente a la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, Ministro Plenipotenciario adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa.

Afirmó la parte actora que el anterior nombramiento, se llevó a cabo a pesar de que la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, no es funcionaria de carrera diplomática y consular.

Así mismo, sostuvo que según Oficio S-GAPT-15-120158, *“...hay 35 MINISTROS PLENIPOTENCIARIOS de carrera para 80 cargos de la planta global. En consecuencia, ninguno de estos funcionarios de carrera debe estar ocupando un cargo de inferior jerarquía y no se justifica la comisión para desempeñar cargos de menor rango”*.

Entonces, para la fecha de expedición del acto demandado -11 de diciembre de 2015-, *“...existían funcionarios de carrera inscritos como MINISTRO PLENIPOTENCIARIO, quienes tenían mejor derecho a ocupar ese cargo. Varios de ellos ya tenían más de 12 meses de ejercer un cargo de inferior categoría en una sede del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores”*. De igual manera, once (11) Ministros Plenipotenciarios *“...se encontraban ocupando cargos de inferior rango al que corresponde en su categoría...”* y ninguno de ellos *“...fue tenido en cuenta para ser designado en el cargo que es objeto de esta demanda, circunstancia que se deduce de ausencia de motivación del acto demandado”*.

Advirtió la parte actora, que el nombramiento que se pide anular *“...lesiona el patrimonio público en razón a que el Estado paga dos veces la prima especial de Ministro Plenipotenciario (\$ 20.375.792) en lugar de pagar un Ministro Plenipotenciario (\$ 10.187.896) y, por ejemplo, un Primer Secretario (\$ 6.027.095). El perjuicio a las finanzas del Estado, sin contabilizar las prestaciones sociales, sería del orden de \$ 4.160.801 mensuales”*.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

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

i) De la Constitución Política los artículos 6, 13, 25, 53, 83, 123 y 125.

En razón de que el Ministerio de Relaciones Exteriores al aplicar el artículo 60¹ del Decreto Ley 274 de 2000² *“...omitió tener en cuenta que solo puede utilizar este poder excepcional de designar en provisionalidad cuando NO EXISTA personal de carrera, en este caso inscrito en el rango de Ministro Plenipotenciario, para ser designado en el cargo vacante”*.

ii) Del Decreto Ley 274 de 2000

Artículo 60. Precepto que considera vulnerado porque a pesar de *“...existir personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular, el Ministerio de Relaciones Exteriores omitió considerar esta realidad, vulnerando de paso los derechos que le asisten a los funcionarios que ya estaban inscritos como Ministros Plenipotenciarios para ocupar el cargo en mención”*.

Precisó que de conformidad con el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, *“...quien ya tenga más de un año de servicio en la respectiva sede diplomática o consular, puede ser trasladado a otra dependencia del servicio exterior”*.

Luego de precisar, que el artículo 60 de dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional *“...lo hizo en el entendido de que se acude a esta excepción cuando hay imposibilidad de nombrar funcionarios de carrera en aplicación a las leyes vigentes”*.

Artículo 4º

Este precepto alude a los principios de moralidad, imparcialidad, publicidad y transparencia que deben regir en la carrera

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

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

diplomática y consular; sin embargo, en este asunto, fueron desatendidos en razón de que no había fundamento alguno *“...para designar a una persona que no pertenece a la carrera y no existe ninguna razón de derecho que faculte a la administración para ejercer la facultad reglada de la provisionalidad”*.

Artículo 53

Esta norma prevé la situación especial o excepcional en la cual la Administración puede designar, entre otros casos, a un funcionario de carrera para que ocupen un cargo de inferior jerarquía al de su categoría, así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001; por tanto, *“...no puede mantenerse si las condiciones reales acreditan que existe un cargo dentro de la categoría o de la categoría inmediatamente superior a la que pertenece el funcionario de carrera para nivelar sus condiciones de carrera”*.

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

Por otra parte, luego de transcribir, parcialmente, la sentencia de tutela que data del 23 de abril de 2015³ del Consejo de Estado, Sección Quinta, destacó que este tipo de nombramientos, como el que se acusa de ilegal, siempre debe ser *“excepcional”* y atender a los principios del mérito y de la especialidad.

En consecuencia, únicamente, cuando no sea posible designar un funcionario de carrera, será viable acudir a ejercer la potestad de que trata el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

A pesar de lo anterior, en criterio de la parte actora, la provisionalidad *“...se ha desarrollado para atender a la clientela que demanda del gobierno su cuota burocrática, entre ella, la integrada por políticos de profesión que no llegaron a obtener una curul o recomendados de éstos, con la aspiración de ocupar un alto cargo del servicio exterior y al retirarse de éste acceder a una buena pensión por parte del Estado”*.

Agregó, *“...que no es relevante la discusión de determinar la alternación es o no un requisito para el ascenso por cuanto lo que se está examinando son los requisitos para ejercer la potestad reglada del*

³ Rad. No. 2014-02734-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”

artículo 60. El ascenso sí consagra como requisito el tiempo de servicio que siempre corresponde a un periodo de alternación, bien sea en el país, en el exterior o en ambos, pero, lo relevante es que sea en la categoría anterior a la cual aspira ascender”.

Parágrafo del artículo 37.

Insistió en que “...la alternación no tiene incidencia alguna para la aplicación del artículo 60 porque la planta de personal del ministerio es única y global”.

*Adujo que “varios” de los once ministros plenipotenciarios que se encontraban disponibles para ser nombrados, en lugar de la demandada **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, tenían más de doce (12) meses de ejercer en la sede diplomática de la cancillería colombiana; por tanto, “...no existía imposibilidad de designar a un funcionario de carrera y por esa circunstancia no era posible ejercer la potestad del artículo 60...”.*

iii) De la Ley 909 de 2004, el artículo 17

Señaló que dicho precepto contiene el sistema de planta global y flexible la que “...permite agrupar los empleos de acuerdo con las denominaciones para ser distribuidos en las diferentes dependencias y áreas de trabajo, según las necesidades cambiantes de la administración (...) por esta razón el empleo objeto de esta demanda pertenece a la Entidad y ella ha debido asignarle el cargo a cualquiera de los 11 Ministros Plenipotenciarios que ocupaban un empleo de inferior jerarquía y, simplemente, hacer los ajustes de distribución de este cargo vacante”.

1.4. Trámite del Proceso

Luego de declarar infundado el impedimento⁴ manifestado por el doctor **Óscar Armando Dimaté Cárdenas**⁵, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” admitió la presente demanda, mediante auto de 3 de febrero de 2016⁶, en el cual se ordenaron, conforme a la normativa aplicable, las debidas notificaciones.

1.5. Contestaciones

1.5.1 Del Ministerio de Relaciones Exteriores

⁴ Folios 19 y 20

⁵ Folios 23 al 25

⁶ Folios 27 al 28

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

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

El problema jurídico a resolver es si el acto de designación demandado resulta contrario a las normas constitucionales o legales que lo debieron sustentar. Así las cosas, expuso que el cargo de la demanda no puede estar formulado en la indebida interpretación de las normas que rigen la carrera diplomática y consular *“ni fundamentada en subjetivismos”* porque de la revisión de los requisitos para acceder al cargo, de Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad *“...se observa 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 se hizo amparado en la provisionalidad que faculta a la administración, esto es, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000...”*.

En desarrollo de lo anterior, explicó que en virtud de la diferencia que existe desde la naturaleza jurídica de cada forma de vinculación –propiedad o provisionalidad-, en este caso no es dable afirmar que el nombramiento de la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO** amenazó o vulneró la estabilidad laboral de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Afirmó que analizada la hoja de vida de la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO** resulta evidente que cumple de manera amplia los requisitos de estudio y experiencia exigidos para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, razón adicional para defender la legalidad del acto demandado.

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

través de disposiciones particulares y concretas que no fueron citadas en este caso”.

Advirtió que, en su concepto, lo dicho en la demanda contiene *“una grave contradicción”* en lo referente a las normas que cita del Decreto Ley 274 de 2000 y de las conclusiones a las que arribó la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, por lo cual *“...es pertinente indicar que el hecho consistente en que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado, existiera algunos funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de ministro plenipotenciario, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, nombrados en empleos inferiores a la categoría ostentada, no significa que dichos funcionarios gozaran de un mejor derecho a ser nombrados en el mencionado cargo, pues, debido a la situación administrativa de cada uno, estaban en comisión para situaciones especiales desempeñando cargo de superior o inferior categoría, procedimiento permitido legalmente”.*

Expuso que la *“...especial connotación de la labor desarrollada por dichos funcionarios [los pertenecientes a la carrera diplomática y consular] y la trascendencia de la misma en el concierto tanto nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, entre otros”;* sin embargo, en este caso el demandante se limitó a referirse a la primera de las enunciadas sin advertir la existencia de las restantes y en las cuales también se puede fundar la excepción de nombrar a una persona que no pertenezca a la carrera diplomática y consular.

Explicó que de conformidad con el artículo 3º del Decreto Ley 274 de 2000, el personal perteneciente a la carrera diplomática debe prestar sus servicios en planta externa por cuatro (4) años continuos, prorrogables por dos (2) más, y en planta interna durante tres (3) años también prorrogables.

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

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

Lo anterior resulta relevante para el presente caso porque en virtud de lo explicado y de los principios de transparencia, eficacia y especialidad, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular tienen derecho a cumplir con los lapsos de alternación; es decir, a la prestación de sus servicios en la planta interna, en la externa, en un cargo que corresponda con la categoría de su escalafón o incluso en uno superior o inferior, en todo caso tendrá derecho al reconocimiento de la diferencia existente entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión.

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

Sostuvo que para la fecha de la expedición del acto administrativo de nombramiento demandando *“...no podían ser nombrados los funcionarios que se encontraban (...) cumpliendo su lapso de alternación, 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”*.

Refirió que se opone a la prosperidad del cargo del demandante según el cual se desconocen los derechos laborales de los servidores públicos al permitir que los funcionarios laboren en condiciones inferiores a las adquiridas con base en sus méritos y experiencia, pues como antes se explicó dicha situación se presenta con fundamento legal y debe ser entendida *“...en el contexto de la alternación, que se explica como un desarrollo de los principios de eficiencia y especialidad”*.

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

Por último, expuso que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo de nombramiento que solicita declarar nulo, de conformidad con las razones antes expuestas y porque los cargos de la demanda se fundan en *“subjetivismos”* pues la designación se dictó conforme lo dispuesto por el artículo

60 del Decreto 274 de 2000 y con apego a la normativa que regula el asunto (fls. 46 al 59).

1.5.2 La demandada guardó silencio en esta etapa.

II. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 12 de julio de 2016⁷, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 25 del mismo mes y año.

En dicha audiencia que se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades, se fijó el litigio de la siguiente manera:

“...determinar si con la expedición del Decreto No. 2402 del 11 de diciembre del año 2015, por medio del cual se realiza el nombramiento en provisionalidad de la señora Ana Piedad Jaramillo Restrepo como Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22 de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa, proferido por el Presidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores vulneraron las normas establecidas en los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 59, 83, 84, 123, 125 y 209 de la Constitución Política, los artículos 4, parágrafo del 37, 53 y 60 del Decreto 274 de 2000 y el artículo 17 de la Ley 909 del año 2004”.

Finalmente, se decretaron las pruebas a las que hubo lugar.

Posteriormente, por auto de 7 de septiembre de 2016⁸, se fijó fecha para la audiencia de pruebas para el 20 del mismo mes y año, diligencia en la cual se tuvieron como pruebas las allegadas al expediente, se determinó que la audiencia de alegaciones y juzgamiento resultaba “*innecesaria*”; en consecuencia, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁹.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

3.1. Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Su apoderado afirmó que las pruebas allegadas al expediente demuestran que el acto demandado se dictó con apego al ordenamiento jurídico vigente. Esto en la medida en que se verificó el cumplimiento de los requisitos que debía cumplir la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO** para su

⁷ Folio 132

⁸ Folio 179

⁹ Folios 186 al 187

nombramiento, en provisionalidad, como Ministro Plenipotenciario, se profirió con competencia, atendiendo a las necesidades del servicio, y por 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, respectivamente...”.

Asimismo, precisó que el acto de designación se expidió de conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000

Afirmó, que “...de la verificación del registro de elegibles, del informe rendido por la señora Ministra de Relaciones Exteriores, está probado que no era posible designar en este cargo a un funcionario inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la categoría Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero, respectivamente, y que se hubiese adelantado los procedimientos establecidos para las diferentes situaciones administrativas de cada uno de los servidores inscritos en el escalafón, en donde se evidencia la situación particular de éstos”.

En este orden de ideas, por “...estar desempeñando cargos inferiores a su escalafón en cumplimiento al principio de alternación los doctores 1) JAIRO AUGUSTO ABADÍA MONDRAGÓN, 2) OLGA CIELO MOLINA DE LA VILLA, 3) MIRZA CRISTINA GNECCO PLA, 4) ADDA ISABEL BORDA MEDINA, 5) NOHRA MARÍA QUINTERO CORREA, 6) PABLO ANTONIO REBOLLEDO SCHLOSS, 7) RAFAEL GUILLERMO ARISMENDY JIMÉNEZ, 8) FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ, 9) LUIS CARLOS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, 10) HERNÁN VARGAS MARTÍN, 11) HERNÁN MAURICIO CUERVO CASTELLANOS, 12) GUSTAVO HUMBERTO PAREDES ROJAS...”.

A lo que agregó, que: **i)** Jairo Augusto Abadía Mondragón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos y Gustavo Humberto Paredes Rojas ya fueron designados Ministros Plenipotenciarios y; **ii)** Hernán Vargas Martín ocupa el cargo de Asesor, código 1020, grado 11 que equivale al de Ministro Plenipotenciario.

En lo demás, solicitó denegar las súplicas de la demanda de conformidad con los fallos que respecto de este tema ha proferido la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁰.

3.2. La parte actora y el Agente del Ministerio Público, no se pronunciaron en esta instancia.

Previo a dictar sentencia, el magistrado ponente del Tribunal decretó prueba de oficio, por auto de 3 de noviembre de 2016¹¹.

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

¹⁰ Folios 189 al 195

¹¹ Folio 197

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia de 21 de noviembre de 2016, decidió:

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

Como fundamento de su decisión expresó el objeto de la controversia, los hechos probados en el expediente y procedió al análisis del cargo formulado en la demanda.

Afirmó que en el plenario se demostró que para la fecha en la que se dictó el nombramiento que se pide anular *“...habían funcionarios que estaban inscritos en la carrera diplomática y escalafonados para el cargo de Ministro Plenipotenciario de Relaciones Exteriores, pero que se encontraban en el periodo de alternación bajo las condiciones de los artículos 35 y 37 del Decreto 274 del año 2000”*.

De igual forma, se acreditó, en el Memorando 3 de agosto de 2016, que los funcionarios habían sido trasladados o comisionados para que cumplieran su servicio en planta externa o interna en los despachos de destino y en cargos de inferior jerarquía teniendo en consideración su escalafón.

De las anteriores pruebas determinó que *“...los funcionarios que están inscritos en el escalafón en el rango de Ministros Plenipotenciarios, no podían ser nombrados para la fecha en la que fue expedido el decreto demandado, dado que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón en cumplimiento al principio de alternación, más aún, cuando el demandante no presentó pruebas controvirtiendo lo anteriormente expresado, frente al estado de en carrera de alguno de los funcionarios citados por la entidad demandada”*. Además, precisó que no encontró la vulneración al Decreto 274 de 2000.

Con apoyo en pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Quinta¹² expuso que *“...es claro que no es suficiente con que el funcionario esté inscrito en la carrera diplomática y consular sino que es condición indispensable que haya cumplido los periodos de alternación, ya que dicho requisito es obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto mediante el citado Decreto 274 de 2000”*.

Destacó que la parte actora, no acreditó que los funcionarios inscritos para el cargo de Consejero ya hubiesen terminado el lapso de alternación, como lo exige el artículo 35 del Decreto 274 de 2000. En contravía, en el expediente se probó que tal

¹² Fallos de 3 de junio de 2010, Rad. 2009-00043-00 y de 30 de enero de 2014, Rad.2013-00227-01

exigencia “...no se ha cumplido toda vez que los funcionarios se encuentran adelantando los respectivos periodos de alternación en diferentes cargos dentro de las carrera diplomática y en la actual planta global de la Cancillería”.

Como probanza de lo anterior transcribió el informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores, refirió a lo manifestado en los alegatos de conclusión de esa Cartera Ministerial y el Oficio de 18 de noviembre de 2016, por medio del cual se cumplió con la prueba de oficio decretada por el ponente.

Para finalizar, expuso el Tribunal que “...el hecho de haber sido designados los funcionarios en cargos inferiores al que tienen en el escalafón tampoco deviene ilegal el nombramiento cuya nulidad se depreca en este proceso, pues dicha posibilidad es compatible con el ordenamiento jurídico como lo ha reconocido la Corte Constitucional en virtud de la necesidad de darle cumplimiento al sistema de alternación en los cargos de la actual planta global como institución inherente a la carrera diplomática y consular”. (fls. 212 al 236).

V. APELACIÓN

La parte actora presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia, para solicitar su revocatoria y, en consecuencia, se declare la nulidad del acto demandado.

Advirtió que en el informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores certifica la existencia de doce (12) funcionarios de carrera, inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario, quienes para la fecha de expedición del acto demandado, estaban ejerciendo cargos de inferior rango y dignidad como los de Ministros Consejeros, Consejero o Primer Secretario.

Reiteró que en el Ministerio de Relaciones Exteriores existe una sola planta de personal global y flexible y que existe certificación de la permanencia de los funcionarios de carrera quienes tenían mejor derecho a ocupar el cargo equivalente a su categoría, para el efecto, citó a los doctores **i)** Olga Cielo Molina de la Villa; **ii)** Mirza Cristina Gneco Pla; **iii)** Pablo Antonio Rebolledo Schloss; **iv)** Rafael Guillermo Arismendi y; **v)** Francisco Alberto González.

Asimismo, adujo que en su criterio, el fallo apelado desconoce la reciente posición del Consejo de Estado, fallo de tutela de 17 de marzo de 2016¹³, en el cual se citó providencia de la Sección Quinta¹⁴ de la misma Corporación para significar que de conformidad con el parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de

¹³ Sección Primera, Rad. No. 2015-03450-00 confirmada por la sección Segunda el 21 de julio de 2016

¹⁴ Del 12 de noviembre de 2015, Rad. No. 2015-00542-01

2000 *“...quienes se encuentren prestando sus servicios en el exterior, se cumple si han superado un lapso de 12 meses en la respectiva sede...”*.

Para finalizar, sostuvo que en este proceso no se cuestionan las calidades de la doctora ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO para ejercer el cargo de Ministra Plenipotenciaria. Lo que se pretende demostrar es *“...que la provisionalidad se convierte en una carrera paralela y se prefiere, para ocupar un cargo vacante, a quien goza de la recomendación o el compromiso político y no al funcionario de carrera. A este último se le deja en comisión en un cargo de inferior categoría”* (fls. 245 al 248).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Su apoderado solicitó confirmar la sentencia apelada, en razón de que el acto demandado no incurre en ninguna de las causales de nulidad de las que se queja el demandante, por el contrario el mismo se dictó de conformidad con la normativa aplicable al caso y de acuerdo con el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Destacó que en el expediente está probado que no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular ya que estaban cumpliendo sus periodos de alternación, circunstancia frente a la cual el Consejo de Estado ya ha sentado su postura en las sentencias dictadas en los expedientes Nos 2013-00227-01 y 2014-00013-01 (fls. 264 al 266).

6.2. Del demandante

Solicitó anular el acto de designación de la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO** como Ministra Plenipotenciaria, pues atenta contra el parágrafo del artículo 37 de Decreto Ley 274 de 2000 ya que de la certificación allegada por la Ministra de Relaciones Exteriores se advierte la *“...existencia de doce (12) funcionarios de carrera, inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario, quienes para la fecha de expedición del acto demandado se encontraban ejerciendo cargos de inferior rango y dignidad (...) al menos cinco (5) de ellos, se habían posesionado 12 meses antes de esa fecha, cumpliendo con lo dispuesto en la norma citada...”*.

En lo demás, resaltó que no hay lugar a hablar de planta interna o externa, pues en el Ministerio de Relaciones Exteriores en realidad existe *“...una única planta global (...) que es flexible, con igual remuneración o asignación básica independiente de si las funciones se cumplen en Colombia o en el exterior”* (fl. 268).

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

Solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda. Como fundamento de su concepto manifestó:

Afirmó que el “núcleo central de la apelación, consiste en establecer si en efecto el decreto No. 2402 del 11 de diciembre de 2015 proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, ha de ser anulado como lo pretende el apelante en razón a que al momento de ser designada la señora Ana Piedad Jaramillo Restrepo como Ministra Plenipotenciaria ante el Gobierno de la República Francesa, existían servidores de carrera susceptibles de ser nombrados allí por no encontrarse cumpliendo periodos de alternancia”.

Al efecto, precisó que el artículo 10 del Decreto Ley 274 de 2000 enlista las categorías del escalafón de carrera diplomática, luego transcribió los preceptos 60 y 61 de la misma norma, todo esto para significar que, si bien, el ingreso al servicio de la carrera diplomática y consular se da por sistema de méritos, encuentra una excepción en los nombramientos de carácter provisional el cual puede recaer en alguien que no esté inscrito en dicha carrera.

En consecuencia, los nombramientos en provisionalidad deben atender los requisitos fijados por el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, luego refirió los fallos que respecto del tema ha proferido el Consejo de Estado, Sección Quinta.

Todo lo anterior, para destacar que la obligación de cumplir los periodos de alternación tiene una excepción que está contenida en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, precepto que resulta aplicable a los funcionarios de carrera diplomática y consular que *“...se encuentren prestando el servicio en el exterior por un término mínimo de doce (12) meses computados a partir de la respectiva fecha de posesión, en el sentido de que pueden ser nombrados en otro cargo en el exterior ya que no requieren el cumplimiento de todo el periodo”.*

Al respecto, afirmó que en el expediente está probado que para la fecha de expedición del acto demandado existían funcionarios inscritos en carrera administrativa y consular en el cargo de

Ministro Plenipotenciario, desempeñando cargo de inferior categoría a saber los doctores: Olga Cielo Molina de la Villa, Mirza Cristina Gnecco Pla, Adda Isabel Borda Medina, Nohra María Quintero Correa, Pablo Antonio Rebolledo Schloss; Rafael Guillermo Arismendi Jiménez, Francisco Alberto González y Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez.

Asimismo, destacó que las siguientes funcionarias ya tenían más de doce (12) meses en cumplimiento del periodo de alternación: **Olga Cielo Molina de la Villa** quien se posesionó el 1º de agosto de 2014 y **Mirza Cristina Gnecco Pla**, posesión del 2 de enero de 2013.

En consecuencia, en su criterio, *“...existe prueba que permite establecer que el nombramiento de la demandada en provisionalidad como Ministra Plenipotenciaria es irregular, pues hay evidencia de que el personal de carrera señalado, además de estar inscrito en la carrera diplomática y consular, aunque se encontraba cumplimiento el plazo de alternación en el exterior e que tratan los artículos 35 y siguientes del Decreto 274 de 2000, según las actas de posesión allegadas, estas superaban los doce (12) meses desde su posesión y por ende tenían mejor derecho que la demandada”* (fls. 270 al 277).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 150 del CPACA como también con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 – Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” que denegó las pretensiones de la demanda

2. Acto demandado

Se trata del Decreto No. 2402 de 11 de diciembre de 2015 *“Por el cual se hace un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”* mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, Ministra Plenipotenciaria adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa.

3. Problema jurídico

En la audiencia inicial la fijación del litigio fue determinar si el Decreto No. 2402 de 11 de diciembre de 2015, por medio del cual se realiza el nombramiento en provisionalidad de la señora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO** como Ministro

Plenipotenciario, código 0074, grado 22 de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa vulnera los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 59, 83, 84, 123, 125 y 209 de la Constitución Política, los artículos 4, **parágrafo del 37**, 53 y 60 del Decreto 274 de 2000 y el artículo 17 de la Ley 909 del año 2004.

El a quo resolvió que los funcionarios que están inscritos en el escalafón en el rango de Ministros Plenipotenciarios, para la fecha de expedición del decreto demandado, no podían ser nombrados porque se encontraban en cumplimiento el periodo de alternación.

Afirmó que **no resulta suficiente con que existan funcionarios inscritos en carrera diplomática, además, es imperioso que se agote el cumplimiento de los periodos de alternación**, requisito obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto mediante el Decreto Ley 274 de 2000, tal y como lo ha expuesto el Consejo de Estado¹⁵ en casos, en los cuales ha reconocido que para ser nombrado en propiedad en la carrera diplomática el funcionario debe haber cumplido el régimen de alternación.

Destacó que la parte actora, no acreditó que los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular, para el cargo de Consejero ya hubiesen terminado el lapso de alternación, como lo exige el artículo 35 del Decreto 274 de 2000.

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

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

Por su parte, el recurrente, afirma que como lo manifestó la Ministra de Relaciones Exteriores existían doce (12) funcionarios de carrera, inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario,

¹⁵ Fallos de 3 de junio de 2010, Rad. 2009-00043-00 y de 30 de enero de 2014, Rad.2013-00227-01

quienes para la fecha de expedición del acto demandado, estaban ejerciendo cargos de inferior rango y dignidad como los de Ministros Consejeros, Consejero o Primer Secretario.

Que en el Ministerio de Relaciones Exteriores existe planta de personal global y flexible en la cual habían funcionarios de carrera con mejor derecho a ocupar el cargo en el cual se nombró a la demandada

Como también que el decreto que se pide anular desconoció el contenido del parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 que dispone que *“...quienes se encuentren prestando sus servicios en el exterior, se cumple si han superado un lapso de 12 meses en la respectiva sede...”*.

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

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

i) Normativa de la Carrera Diplomática y Consular

El Decreto Ley 274 de 2000 regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. Según el artículo 5º de dicha normativa los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasifican en **a)** libre nombramiento y remoción; **b)** carrera diplomática y consular y; **c)** carrera administrativa.

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

En los siguientes artículos la mencionada normativa se encarga de regular el ingreso y ascenso a la carrera diplomática y consular, la evaluación y calificación del desempeño, la

permanencia, la alternación, la disponibilidad, las comisiones, la provisionalidad, condiciones laborales especiales, el retiro del servicio, los órganos de carrera, el régimen disciplinario y demás aspectos pertinentes a la materia.

ii) La alternación

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Al respecto, adujo la Corte que *“según el demandante el artículo 35, vulnera los artículos 1, 2, 4, 13 y 209 de la Constitución al incluir y privilegiar sólo dos de los principios fundamentales que deben orientar la función pública y excluir otros igualmente importantes. No obstante, el demandante olvida que el artículo 4 del decreto 274 de 2000 establece que además de los principios consagrados en la Constitución Política, son principios orientadores de la función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, los principios de moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad e integralidad y confidencialidad. Por lo tanto, no es cierto que el artículo 35 establezca una prelación entre principios que desconozca otros igualmente importantes, sino que el artículo 35 y el artículo 4 establecen conjuntamente los principios que deben orientar la carrera diplomática y consular. Por ello, el cargo contra el artículo 35 carece de fundamento y la Corte procederá a declarar la constitucionalidad de la norma acusada”*.

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

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” (Negrillas fuera de texto).

iii)Provisionalidad

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

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

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

En el artículo 60 no se advierte contrariedad con norma alguna de la Carta Política pues la determinación de la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad se liga a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes. De ello se sigue que los cuestionamientos de constitucionalidad contra tal norma son infundados en tanto remiten al legislador la determinación de las circunstancias en las cuales se realizarán los nombramientos en provisionalidad. Por manera que los juicios de constitucionalidad procederán, en su momento, contra las normas que detallen los supuestos de hecho que permitan ese tipo de nominaciones”¹⁸.

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

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

iv) Caso concreto

Como antes se precisó, compete a la Sala establecer si el decreto de nombramiento de la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad, resulta ilegal en la medida que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían funcionarios, en ese mismo, inscritos en carrera diplomática y consular que tenían mejor derecho para ser nombrados, que la demandada.

La Sala debe advertir que esta Sección, en un primer momento¹⁹, concluyó que cuando se solicite la nulidad de nombramientos en provisionalidad de cargos que hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular, le compete a la parte actora probar que: **i) para la fecha de la cuestionada designación existían funcionarios del mismo rango del demandado**, pero también que esas personas **ii) no están en cumplimiento del periodo de alternación**, en este sentido en el mentado fallo se plasmó:

“La hermenéutica de las normas transcritas supone entonces que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en

¹⁸ Sentencia C-292 de 2001

¹⁹ Sentencia de 30 de enero de 2014

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, es evidente que aun cuando acogió la ratio decidendi, aplicando la excepción contenida en el parágrafo 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 de cumplir su periodo de alternación en un cargo fuera del país en el cual debía ser nombrado para efectos de garantizar sus derechos de carrera.

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

Dicha tesis según la cual, de existir prueba que demuestre que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y

consular lleve más de doce (12) meses en el periodo de alternación, lo acredita como funcionario disponible para el nombramiento pues, no se requiere el cumplimiento completo del periodo, encuentra su fundamento legal en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, que prevé:

***“FRECUENCIA.** La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:*

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

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

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

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

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

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

“...atendiendo la frecuencia de los lapsos de alternación, en cuanto a que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, y

dadas las fechas de la comisión del señor JORGE ALFREDO DÍAZ BRAVO, al momento del nombramiento objeto de la presente controversia, este funcionario de carrera se encontraba disponible, y por tanto cumple con los requisitos para proveer el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1210, Grado 11 adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago – Estados Unidos de América para que terminara su período de alternación en el servicio exterior...”

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

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

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

En desarrollo de lo anterior, esta Sección en fallo de 31 de marzo de 2016²⁴, precisó que para el estudio de procesos como el presente 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 parágrafo 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 apariencia tenía mejor derecho para ocupar el cargo de Ministro

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

²⁴ Rad. No. 2015-00443-01, demandado: Carlos Edgardo Barragán Vega, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

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).

De acuerdo con todo lo expuesto y en atención a que el nombramiento demandado de la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, se realizó en provisionalidad y por así permitirlo el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000²⁵, corresponde a la Sala verificar si, en efecto, no había funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular que pudieran ocupar dicho cargo, esto de conformidad con los derroteros antes mencionados.

Como bien lo anotó el Agente del Ministerio Público obra en el expediente respuesta suscrita por la Ministra de Relaciones Exteriores²⁶, según la cual para el 11 de diciembre de 2015, fecha en la que se dictó el decreto de designación que se pide anular, existían 12²⁷ “...funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, en la categoría de Ministros Plenipotenciarios...”.

De acuerdo con dicho oficio, para la fecha en que se nombró a la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, existían 12 funcionarios de carrera inscritos en la misma categoría.

Lo anterior impone que se deba verificar si los mencionados funcionarios estaban cumpliendo su periodo de alternación y de ser así, si alguno de ellos está inmerso en la excepción de que trata el parágrafo²⁸ del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Para el efecto, se allegó al plenario²⁹, certificación, suscrita por la Directora de Talento Humano del Ministro de Relaciones Exteriores, según la cual las siguientes personas están cumpliendo sus periodos de alternación, doctores: **Olga Cielo Molina de la Villa, Mirza Cristina Gnecco Pla, Pablo Antonio Rebolledo Schloss, Rafael Guillermo Arismendy Jiménez,**

²⁵ “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.

²⁶ Folios 144 al 146

²⁷ A saber, Jairo Augusto Abadía Mondragon, Olga Cielo Molina de la Villa, Mirza Cristina Gnecco Pla, Adda Isabel Borda Medina, Nohra María Quintero Correa, Pablo Antonio Rebolledo Schloss, Rafael Guillermo Arismendy Jiménez, Francisco Alberto González, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez, Hernán Vargas, Martín, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos y Gustavo Humberto Paredes Rojas

²⁸ **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.

²⁹ Folios 210 al 211

Francisco Alberto González, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez, Nohra María Quintero Correa y Adda Isabel Borda Medina.

Hasta acá se podría afirmar que, como lo expone el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, para la fecha en que se nombró a la demandada Ministra Plenipotenciaria, las personas que podrían ser nombradas en su lugar estaban en cumplimiento del periodo de alternación, lo que deviene en la imposibilidad de nombrarlos.

Empero, de acuerdo con la tesis de la Sala, según la cual debe verificarse si alguno de ellos ya lleva más doce (12) meses en alternación, caso en el cual bien podrían ser designados, en otro cargo en el exterior, según lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

En este orden de ideas, revisado el expediente la Sala encuentra que los siguientes actos de posesión de los funcionarios de los cuales se probó que están cumpliendo su alternación:

i) 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 Corea³⁰.

ii) No. 002 de 2 de enero de 2013 de **Mirza Cristina Gnecco Pla**, como Ministro Consejero adscrito al Consulado de Colombia en Oranjestad³¹.

iii) No. 419 de 1º de septiembre de 2011 de **Nohra María Quintero Correa** como Consejero de Relaciones Exteriores en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Austria³².

iv) Sin número, de 25 de julio de 2013 de **Pablo Antonio Rebolledo Schloss** como Consejero de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado General de Colombia ante Auckland, Nueva Zelanda³³.

v) 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 Unidos³⁴.

³⁰ Folio 152

³¹ Folio 154

³² Folio 156

³³ Folio 158

³⁴ Folio 160

vi) No. 322 de 1º de agosto de 2013 de **Adda Isabel Borda Medina** como Ministro Consejero de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores³⁵.

vii) No. 38 de 17 de enero de 2014 de **Francisco Alberto González** como Ministerio Consejero adscrito a la Misión Permanente del Gobierno de Colombia ante la ONU³⁶.

viii) 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.

Teniendo en cuenta que el nombramiento demandado data del 11 de diciembre de 2015, se advierte que en aplicación del parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, todo funcionario que para la mentada fecha, ya tuviera más de 12 meses en cumplimiento del periodo de alternación, bien habría podido ser nombrado en lugar de la demandada, pues tiene el rango de Ministro Plenipotenciario inscrito en carrera diplomática y consular.

De acuerdo con la información, allegada por el propio Ministerio de Relaciones Exteriores, antes descrita se tiene que los doctores: **Olga Cielo Molina de la Villa, Mirza Cristina Gnecco Pla, Pablo Antonio Rebolledo Schloss, Rafael Guillermo Arismendy Jiménez, Francisco Alberto González, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez, Nohra María Quintero Correa y Adda Isabel Borda Medina**, para la fecha de expedición del decreto de nombramiento demandado ya contaban con más de 12 meses de cumplimiento del periodo de alternación.

En contera, contrario a los argumentos de defensa expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, está probado que al menos ocho (8) de sus funcionarios, los antes mencionados, estaban inscritos en Carrera Diplomática y Consular, en el rango de Ministros Plenipotenciarios y, si bien estaban en periodo de alternación, los mismos ya habían superado el término de doce meses que exige el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 para poder *“ser designados en otro cargo en el exterior”*,

Todo lo dicho lleva a esta Sala a concluir que sí existían funcionarios de carrera que podían ser nombrados en el lugar de la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, situación que desconoce la exigencia del artículo 60 del Decreto Ley 274, para realizar nombramientos en provisionalidad, según la cual, hay lugar a nombrar a alguien que no sea de carrera, cuando *“...no*

³⁵ Folio 162

³⁶ Folio 164

sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos...”.

Pues como se demostró, para la fecha en que se nombró a la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, Ministra Plenipotenciaria, existían funcionarios en carrera diplomática y consular, que bien podrían ser designados en su lugar.

En consecuencia, la sentencia apelada será revocada y, en su lugar, se anulará el Decreto No. 2402 de 11 de diciembre de 2015 *“Por el cual se hace un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”* mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, Ministra Plenipotenciaria adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa.

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: REVOCAR la sentencia de 21 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

En su lugar, se declara la nulidad del Decreto No. 2402 de 11 de diciembre de 2015 *“Por el cual se hace un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”* mediante el cual se nombró provisionalmente a la doctora **ANA PIEDAD JARAMILLO RESTREPO**, Ministra Plenipotenciaria adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera