



Radicado: 25000-23-41-000-2019-289-01
Demandante: David Ricardo Racero Mayorca

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 25000-23-41-000-2019-00289-01
Demandante: DAVID RICARDO RACERO MAYORCA
Demandado: DECRETO NO. 303 DE 28 DE FEBRERO DE 2019, POR
MEDIO DEL CUAL SE DESIGNÓ EN PROVISIONALIDAD A LA SEÑORA
MARÍA XIMENA DURÁN SANÍN, EN EL CARGO DE MINISTRO
PLENIPOTENCIARIO, CODIGO 0074, GRADO 22

Temas: Carrera diplomática, principio de alternancia, principio de especialidad, ministro plenipotenciario. Reiteración de jurisprudencia.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

1. Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores- y la demandada, contra la sentencia del 26 de septiembre de 2019 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda, dirigidas a declarar la nulidad del acto de nombramiento provisional de la señora María Ximena Durán Sanín como Ministra Plenipotenciaria Código 0074, grado 22 adscrita al Consulado General de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

2. El señor David Ricardo Racero Mayorca, actuando en nombre propio, presentó el 4 de abril de 2019, demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en la cual elevó las siguientes:

1.1.1 Pretensiones

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del Decreto 303 de 28 de febrero de 2019, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el cual se nombra provisionalmente al señor (sic) MARÍA XIMENA DURÁN SANÍN, identificado con cédula de ciudadanía No. 20.679.049, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

SEGUNDA: Comunicar la sentencia a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores”

1.2. Hechos probados





3. El 28 de febrero de 2019, el Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, expidió el Decreto No. 303, *“Por el cual se hace una designación en provisionalidad en un cargo de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores”*, mediante el cual nombró provisionalmente a la señora María Ximena Durán Sanín, en el cargo de Ministra Plenipotenciaria, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio, adscrita al consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte¹, empleo que se encuentra regulado en el Decreto No. 274 de 2000, que contiene la normatividad atinente a la carrera Diplomática y Consular, régimen del cual no hace parte la demandada².
4. El estatuto de carrera diplomática y consular estableció como alternativas para que funcionarios de carrera ocupen cargos en las misiones diplomáticas y oficinas consulares, además de la figura de la alternación, los traslados anticipados mediante comisión y los encargos, de acuerdo con el artículo 40 ibídem.
5. El funcionario Jairo Augusto Abadía Mondragón, se posesionó en la categoría de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 9 de febrero de 2015³.
6. La funcionaria de carrera diplomática y consular Daisy Carolina Mejía Gil, fue autorizada a través de la Resolución 6028 del 20 de agosto de 2014, a una comisión de estudios para cursar una maestría en Francia, desde el 11 de septiembre de 2014, hasta el 10 de septiembre de 2015. Dicha comisión fue prorrogada, mediante la Resolución 5549 del 4 de septiembre de 2015, por un año más, es decir que finalizó el 10 de septiembre de 2016⁴.
7. Mediante el Decreto No. 2043 de 16 de octubre de 2015⁶, se designó al señor Víctor Hugo Echeverri Jaramillo, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario⁷, código 0036, grado 25, de la planta de personal del despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Malasia y como Embajador de Colombia no residente ante el Gobierno de Brunei Darussalam.
8. A través del Decreto No. 544 de 30 de marzo de 2017⁸ se comisionó en la planta externa, al señor Víctor Hugo Echeverri Jaramillo, en el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario, código 0036, grado 25, de la planta de personal de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Consulares, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Filipinas.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

9. Señaló el demandante, que el acto enjuiciado está incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, concretamente por contrariar el artículo 125 Superior, pues el nombramiento en provisionalidad, es contrario al sistema de carrera, dado que la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado han dispuesto que la provisionalidad solo se justifica, si no existe personal de carrera que cumpla con los requisitos para ser nombrado en dicho cargo.

¹ Folios 11 y 12 del cuaderno No. 1.

² Como lo establecen los considerandos del Decreto No. 303 de 28 de febrero de 2019.

³ Folios 107 a 111 del cuaderno no. 1

⁴ Folios 101 – 104 del cuaderno No. 1.

⁶ Folio 236 del cuaderno No.1.

⁷ El señor Echeverry es uno de los funcionarios de carrera que podía ocupar la vacante designada en provisionalidad, de acuerdo con la sentencia del A quo.

⁸ Folio 237 del cuaderno no. 1.





10. También acusó al acto demandado, por vulnerar el principio de especialidad previsto en el artículo 60⁹ del Decreto Ley 274 de 2000, según el cual solo se pueden nombrar personas que no pertenezcan a la carrera diplomática y consular cuando “*no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos*”. En el momento de expedición del decreto, había funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular que ya habían cumplido el periodo de alternación, regulado en el artículo 37¹⁰ ejusdem.

11. Adicionalmente, adujo que el decreto acusado se motivó en la facultad que confiere el anteriormente citado artículo 60, para proveer en provisionalidad cargos de carrera diplomática y consular, sin embargo, el acto desconoció la existencia de funcionarios de carrera, que cumplían con los requisitos para ser designados en ese cargo.

1.4. Sentencia de primera instancia

12. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A11, mediante sentencia de 26 de septiembre de 2019 accedió a las pretensiones de la demanda y decretó la nulidad Decreto No. 303 del 28 de febrero de 2019, por el cual se nombró provisionalmente a la señora María Ximena Durán Sanín en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código No. 0074, grado 22 adscrita al Consulado General de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

13. Para arribar a la mencionada decisión, el Tribunal realizó un recuento de las normas constitucionales y legales que rigen la carrera diplomática y consular y con sustento en ellas y en la rectificación de la jurisprudencia contenida en sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, del 19 de octubre de 2017, según la cual para el cumplimiento del requisito de la alternancia bastaba demostrar que el funcionario de carrera lo ha cumplido por lo menos en 12 meses y la carga de la prueba sobre la imposibilidad de servidores en esa condición, es del Ministerio de Relaciones Exteriores y no del demandante.

14. A juicio de esa Corporación, no se configuró el supuesto descrito en el artículo 60 de Decreto Ley 274 de 2000, “*norma en la que se sustentó el acto administrativo demandado,*

⁹ 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.

¹⁰ 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 tuvieron 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.

¹¹ Folios 187 a 209 del Cuaderno 1.





esto es, que por virtud del principio de especialidad se designen a personas que no pertenecen a ella, cuando no sea posible designar a personas de la Carrera Diplomática y Consular, por cuanto se reitera, en el caso concreto sí era posible el nombramiento de personas en carrera en el cargo ocupado por la demandada nombrada en provisionalidad, tal y como se analizó respecto de los señores Jairo Augusto Abadía Mondragón y Víctor Hugo Echeverri Jaramillo”.

1.5. Recursos de apelación¹²

1.5.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

15. El 4 de octubre de 2019¹³, el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, presentó su oposición a la sentencia de primera instancia con sustento en los siguientes argumentos:

16. A su juicio, el fallador de primera instancia hizo una interpretación limitada del artículo 60 del decreto ley 274 de 2000 y una aplicación descontextualizada del parágrafo del artículo 37 de la misma normativa, así como, omitió el artículo 39 ibídem, supeditando la aplicación de la alternación a la fecha en que se cumple (febrero de 2019) y no como lo establece la ley (semestral) en un caso. En el otro evento, se pretendió el desplazamiento de un funcionario que había superado los 12 meses en el servicio exterior, desconociendo que estaba en el cargo de Embajador, en una situación administrativa de comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.

17. Señaló el recurrente, que el sistema de carrera diplomática y consular es diferente a los demás, por ello está regulado por el decreto ley 274 de 2000 normativa que dispone entre otras instituciones exclusivas como la alternación, comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, el nombramiento en provisionalidad, el ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los funcionarios pertenecientes a ella.

18. Para la aplicación de la alternación sea en planta interna o externa, el funcionario debe cumplir a cabalidad con los lapsos de ésta, de acuerdo con el artículo 37 y conforme al artículo 39 ejusdem.

19. Según la aplicación del artículo 39 del decreto, los servidores públicos adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores, no podrán aplicar la alternación fuera de las fechas establecidas en la norma, ni desconociendo el procedimiento señalado, porque sería una vulneración al principio de legalidad.

20. Por lo anterior, el nombramiento en provisionalidad demandado, se encuentra ajustado a derecho, se expidió con observancia de las normas constitucionales y legales, de manera que no hay violación de normas superiores, desviación de poder o falsa motivación.

1.5.2. María Ximena Durán Sanín (Demandada)

¹² Folio 258. Certificación de la secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que consta que los días 2 y 3 de octubre de 2019, no corrieron términos judiciales con ocasión al cese de actividades convocado por Asonal Judicial, quienes bloquearon el ingreso de empleados y del público en general al complejo judicial.

¹³ Folios 239 al 257 del Cuaderno No. 1





21. El apoderado judicial de la demandada, mediante memorial allegado el 4 de octubre de 2019 al Tribunal Administrativo de Cundinamarca presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia¹⁴.
22. Señaló que la sentencia apelada, no le fue notificada en la forma prevista en el artículo 289 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual acudió a la notificación por conducta concluyente.
23. En criterio de la apelante, la sentencia violó el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, en concordancia con el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, puesto que en ninguno de los siete hechos de la demanda se menciona al señor Víctor Hugo Echeverri Jaramillo, como funcionario con derecho a ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario.
24. Ello por cuanto, en la demanda se expuso la situación fáctica de los funcionarios Daisy Carolina Mejía Gil y Jairo Augusto Abadía Mondragón, funcionarios de la carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, quienes presuntamente ya habían cumplido su lapso de alternación en planta interna. Sin embargo, la sentencia apelada incorporó en su motivación, al funcionario de carrera Víctor Hugo Echeverri Jaramillo y nada dijo sobre Daisy Carolina Mejía Gil.
25. Citó como fundamento de su petición, la sentencia T – 455 de 2016 de la Corte Constitucional, apartes de una providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sin precisar el radicado, y la decisión de 27 de agosto de 2009 radicado no. 85001-23-31-000-2007-00142-02 de la Sección Quinta, para indicar que la excepción que prevé esta última sobre el advenimiento de hechos nuevos que determinan la modificación o extinción del derecho sustancial, no es aplicable al caso concreto, en tanto, no se presentó la circunstancia de hechos nuevos.
26. En segundo lugar, el apoderado manifestó que se presentó una violación del artículo 10 del Decreto 274 de 2000 y se desconoció la sentencia de la Sección Quinta, del 11 de octubre de 2018 radicación número: 25000-23-41-000-2017-00671-02, que había descartado que el funcionario de carrera Víctor Hugo Echeverri Jaramillo, pudiera ser elegible para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario en planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, debido a que resultarían desmejoradas su condiciones laborales, toda vez que se estaba desempeñando como Embajador Extraordinario Plenipotenciario.
27. Adicionalmente, mencionó que el Ministerio de Relaciones Exteriores estaba inhabilitado para nombrar a Víctor Hugo Echeverri Jaramillo, porque además de ser un nombramiento en una categoría inferior a la que ostentaba a 28 de febrero de 2019, el mismo funcionario estaba en la obligación de alternar a planta interna el 9 de marzo de 2019, lo cual implicaría que el funcionario permaneciera en el cargo solamente por once días, vulnerando lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 274 de 2000.
28. En cuanto al funcionario Jairo Abadía Mondragón, indicó que no podía ser nombrado como Ministro Plenipotenciario, habida cuenta que no se encontraba disponible para ocuparlo, porque por disposición del artículo 39 del decreto de la carrera diplomática y consular, su traslado al exterior solo podía producirse en julio de 2019.
29. Finalmente, refiere desconocimiento del precedente judicial en las sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado, del 30 de enero de 2014, radicado número 25000234100020130022701 y del 19 de octubre de 2017, radicación número 25000234100020170004101, porque a su juicio, no hay identidad de hecho, porque ellas se

¹⁴ Folios 214 a 238 del cuaderno No. 1



refieren a funcionarios que estaban en la alternación en planta externa y en este caso, el demandante indicó que dos funcionarios de la planta interna, podían ocupar la vacante demandada. Tampoco le son aplicables las razones de derecho, porque en esos casos la disposición discutida era el parágrafo del artículo 37, mientras que en este caso se debe hacer referencia a los artículos 39 y 60 del decreto ley de la carrera diplomática. Adicionalmente, en el caso concreto es aplicable la providencia del 11 de octubre de 2018, de la Sección Quinta, con radicado número 25000-23-41-000-2017-00671-02 C.P. Rocío Araújo Oñate, que ni siquiera se citó como fundamento en la providencia adoptada por el Tribunal y en la cual se decidió sobre la situación administrativa del señor Echeverry.

1.6. Trámite de instancia.

30. Mediante auto del 15 de octubre de 2019¹⁵ la magistrada 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 22 de noviembre de 2019¹⁶ esta Corporación, a través de la consejera ponente, lo admitió y ordenó correr los traslados de rigor.

1.7. Alegatos de conclusión en el trámite de la segunda instancia

1.7.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

31. Para insistir en la legalidad del decreto demandado, luego de referir apartes de varias sentencias del Consejo de Estado¹⁷ concluyó que para la procedencia de un nombramiento en provisionalidad de personas que no pertenecen a la carrera diplomática y consular, se debe tener en cuenta: 1) que no existan funcionarios de carrera que puedan ocupar el cargo (artículo 60 – 2 del Decreto 274 de 2000); 2) que si existen puedan ocupar el cargo vacante, es decir, 2.1.) que ocupan cargos de menor jerarquía en el escalafón y no han culminado su lapso de alternación artículo 37 y 2.2.) que a pesar de estar cumpliendo su periodo de alternación en el exterior no hayan cumplido 12 meses en la sede respectiva, parágrafo artículo 37 ibídem.

32. Adujo que está probado que, de los 50 funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario, tres se encuentran desempeñando el cargo de Embajador y uno ejerce el cargo de Director Técnico – comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción- es decir, están ejerciendo sus funciones en una categoría superior a la que pertenecen en el escalafón. Los otros 46 funcionarios de carrera diplomática están designados en cargos de la categoría de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22 o su equivalente en planta interna, cumpliendo los periodos de alternancia.

33. Indicó con relación al funcionario Víctor Hugo Echeverry Jaramillo, que está inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario, que para la fecha de la expedición del decreto demandado, su situación administrativa era de comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, nombrado como Embajador extraordinario y plenipotenciario, de tal manera que se encontraba designado en una categoría superior a la que se encuentra inscrito en el escalafón.

¹⁵ Folios 260 (anverso y reverso) del cuaderno No. 1.

¹⁶ Folios 266 y 267 del cuaderno No. 2

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 30 de enero de 2014. Expediente 25000-23-41-000-2013-00227-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de octubre de 2018. Expediente 25000-23-41-000-2017-00671-02. M.P. Rocío Araújo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 16 de octubre de 2016. Expediente 25000-23-41-000-2014-00013-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.





34. De forma posterior, y en el desarrollo de sus alegaciones indicó que al funcionario Jairo Augusto Abadía Mondragón, se le aplicó de forma correcta la alternación, puesto que como se causó en febrero, el decreto de traslado al servicio exterior se dictó en el mes de mayo de 2019 y se materializó en el mes de julio del mismo año, como lo prevé el parágrafo primero del artículo 39 del Decreto 274 de 2000.

35. A su juicio, interpretar el mencionado artículo como lo hizo la primera instancia, significaría desconocerla y dejaría la institución jurídica de la alternación con una aplicación muy complicada, comoquiera que, esto implica que los funcionarios deberían hacer su desplazamiento al momento de cumplir el tiempo y no en los meses de mayo y noviembre como lo establece este artículo.

36. Finalmente, solicitó que se garantizara la igualdad de trato y la aplicación de la reiteración jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

1.7.2. David Ricardo Racero Mayorca (Demandante)

37. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, respecto de la prevalencia al sistema del mérito en la carrera diplomática y consular y el artículo 125 Superior.

38. Advirtió que se corroboró que el señor Jairo Augusto Abadía, ya había cumplido los tres años de alternación en planta interna, y que por tanto para el 28 de febrero, fecha en la cual se hizo el nombramiento de la demandada, podía ser nombrado en dicho cargo en planta externa.

39. Comentó que el plazo consagrado en el artículo 39 del decreto de la carrera diplomática, es un requisito de procedimiento formal para realizar un nombramiento, pero que si existía voluntad para hacer efectivo el principio del mérito, se hubiese nombrado al funcionario de planta, quien el 9 de febrero de 2019, es decir tres semanas antes del nombramiento en provisionalidad, ya cumplía los requisitos para ser cambiado a la planta externa.

1.7.3. María Ximena Durán Sanín (Demandada)

40. Por memorial radicado el 9 de diciembre de 2019¹⁸, la demandada mediante apoderado presentó de manera extemporánea los alegatos de conclusión, por tanto, en los términos del artículo 293 de la Ley 1437 de 2011, no serán considerados.

1.8. Concepto de la Agente del Ministerio Público

41. El 12 de diciembre de 2019¹⁹ la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado para alegar de 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.

42. En criterio del ministerio público, el problema jurídico que debe resolver la Sección Quinta del Consejo de Estado es si de conformidad con las normas que rigen la carrera especial diplomática, la provisión de cargos del escalafón solo procede en los meses de julio o enero y por lo mismo, se podía nombrar en provisionalidad en el evento en que, se presentara una vacante en el interregno de estos meses.

¹⁸ Folios 291 al 301 (anverso y reverso) del cuaderno no. 2.

¹⁹ Folios 301 al 315 del cuaderno No. 2





43. Luego de analizar los artículos 36 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y la línea jurisprudencial de esta Sección sobre el asunto, aseguró que en la carrera diplomática y consular es factible que, durante el periodo de alternancia de un funcionario, éste sea designado en otro cargo del servicio, siempre y cuando hayan transcurrido 12 meses de su estancia en la plaza correspondiente²⁰.

44. Así mismo advirtió que no ha sido objeto de análisis por la Sección, si es posible el traslado a un mismo cargo al que ostenta lo cual no implica una mejora, para lo cual el funcionario de carrera debe ser preguntado si está interesado en la sede en la que se generó la necesidad del servicio o mantenerse en la actual, hasta cumplir el periodo de alternancia, lo cual significaría introducir una nueva regla a la actual línea jurisprudencial.

45. En el caso concreto, el Ministerio Público primero estableció que no se vulneró principio de congruencia en tanto que la pretensión de la demanda se basó en el desconocimiento de la carrera especial consular y diplomática, por no llamar a quienes están escalafonados, pese a cumplir con los requisitos para el efecto, derechos que se pretendieron demostrar con las actas de posesión y con el listado sobre la situación de los funcionarios de la carrera diplomática y consular, aportado por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Por lo tanto, el juez debía estudiar si alguno de los funcionarios de la lista, cumplía con los requisitos que exigen las normas de carrera, para ser nombrado en el cargo que quedó vacante.

46. Indicó, luego de hacer el análisis de los casos que determinó el fallador de primera instancia y de los que aparecen en el listado que adjuntó el Ministerio de Relaciones Exteriores, que para el 28 de febrero de 2019, fecha de expedición del acto demandado, existía a criterio de la delegada, por lo menos un servidor con la disponibilidad y, por ende el derecho a ser designado en la vacante que se generó y era el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón.

47. Finalizó estableciendo que el artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000, no puede entenderse como un requisito para la configuración del derecho a ser nombrado en el servicio exterior. Para el Ministerio Público, la norma lo que hace es racionalizar los tiempos de desplazamiento de los servidores que cumplan el periodo de alternancia, sin que ella pueda entenderse como un elemento más para la configuración o materialización del derecho del funcionario de carrera a ser designado en un cargo vacante.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

48. La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y de la señora María Ximena Durán Sanín contra el fallo del 26 de septiembre de 2019 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 artículo 13 del Acuerdo No. 80 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problema Jurídico a resolver

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 30 de enero de 2014. Expediente 25000-23-41-000-2013-00227-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 31 de marzo de 2016. Expediente 2015-00443-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Expediente 25000-23-41-000-2016-00110-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.





49. Consiste en determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de nombramiento en provisionalidad de la Ministra Plenipotenciaria adscrita al consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

50. Para lo cual se resolverá si ¿Es nulo el Decreto 303 de 28 de febrero de 2019 por medio del cual se designó a María Ximena Durán Sanín, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por desconocer los artículos 37 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 de la carrera diplomática y consular, puesto que en el momento de expedición del decreto demandado, había funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular que ya habían cumplido el periodo de alternación?

2.3. Cuestión previa

51. El apoderado de la demandada en su escrito de apelación manifestó como cuestión previa que la sentencia apelada no le fue notificada en los términos del artículo 289 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, fue dada a conocer a la opinión pública y a terceros para ser debatida públicamente, sin que la demandada, ni su apoderado la hubieran conocido previo a ello. No obstante, admitió la notificación por conducta concluyente y en razón de ello interpuso el recurso de apelación y lo sustentó en tiempo, sin hacer ninguna petición de nulidad.

52. Al respecto, encuentra la Sala que efectivamente la secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no notificó la providencia impugnada, ni a la demandada, ni a su apoderado²¹ como lo dicta el artículo 289²² ibídem. Sin embargo, ello no fue óbice para que la parte pasiva ejerciera de manera plena sus derechos de contradicción y defensa.

53. Lo anterior no obsta para que se deba exhortar a la secretaría del Tribunal para que dé cumplimiento a la anterior disposición, no obstante, al haberse advertido que la demandada tuvo la oportunidad de controvertir la decisión, en aras de la eficiencia y economía procesal se dio continuidad al proceso.

54. Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado, y abordar los cargos de apelación, por razones metodológicas se hace necesaria la siguiente estructura: i) régimen la carrera diplomática y consular; ii) la reiteración de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la figura de la designación en provisionalidad en el régimen de la carrera diplomática y consular; iii) el caso concreto.

2.4. Régimen jurídico de la carrera diplomática y consular

55. Esta Sala²³ ha indicado que de acuerdo con la Constitución Política, el régimen general de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos se rige por las normas que regulan

²¹ Folios 210 a 211 del cuaderno no. 1.

²² Artículo 289. Notificación y comunicación de la sentencia. La sentencia se notificará personalmente, el día siguiente a su expedición, a las partes y al agente del Ministerio Público. Transcurridos dos (2) días sin que se haya hecho notificación personal, se notificará por edicto, que durará fijado por tres (3) días. Una vez ejecutoriada, la sentencia se comunicará de inmediato por el Secretario a las entidades u organismos correspondientes.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 16 de agosto de 2018. Expediente 25000-23-41-000-2016-00108-01. M.P. Rocío Araújo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 31 de marzo de 2016. Expediente 25000-





la carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley²⁴.

56. Para el caso de la carrera diplomática y consular, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral sexto del artículo 1²⁵ de la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto Ley 274 de 2000, disponiendo que la Carrera Diplomática y Consular es la forma especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a la misma, teniendo en cuenta el mérito²⁶, atendiendo a criterios de tiempo de servicio, aprobación de exámenes de idoneidad, calificaciones satisfactorias, cursos de capacitación, etc.

57. En el artículo 5º de este Decreto Ley 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 *ibidem*.

58. Para el presente caso, considera la Sala pertinente analizar con las figuras de la alternación, la designación en provisionalidad y la comisión de estudios, por guardar relación con el objeto del presente caso.

2.4.1. La alternación

59. La alternación ha sido regulada en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000 y definida por esta Sección como “(...) *la figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado*”²⁷

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

61. Por consiguiente, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular tienen la obligación de prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado, deber

23-41-000-2015-00443-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 16 de octubre de 2014. Expediente 25000-23-41-000-2014-00013-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

²⁴ **Artículo 125.** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)*”

²⁵ **Artículo 10. Facultades extraordinarias.** De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de quince (15) días contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para:

(...)

6. Dictar las normas que regulen el servicio exterior de la República, su personal de apoyo, la carrera diplomática y consular, así como establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal.

²⁶ Artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 2013-0227-01. Sentencia de 30 de enero de 2014. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



que a la vez constituye condición necesaria para ser luego nombrado en el exterior, en aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La renuencia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la carrera diplomática y consular, sino del servicio, efecto que se extiende a las circunstancias previstas en el parágrafo del artículo 38.

62. El Decreto Ley 274 de 2000 se ocupa, así mismo, de definir la forma en que se aplicará la alternación, la época en que se realizarán los desplazamientos y las situaciones administrativas que de ella se deriven. Es decir, es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y que el mismo tenga **disponibilidad** antes de designar en provisionalidad, como se pasará a detallar.

2.4.2. Nombramiento provisional

63. En cuanto a los nombramientos provisionales el artículo 6028 de la normativa en estudio, 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”.

64. Adicionalmente, para 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 otras²⁹.

2.4.3. La comisión de estudios

65. La comisión en general, se encuentra regulada en los artículos 46 a 59 del decreto ley de la carrera diplomática y consular, siendo una de las clases, la comisión de estudios que se puede conferir para recibir capacitación, adiestramiento o perfeccionamiento en relación con asuntos o temas que interesen al Ministerio de Relaciones Exteriores. Es preciso destacar que, el parágrafo segundo del artículo 57 dispone que el tiempo de comisión de estudios superior a tres meses, no se computa como de servicio activo, para el lapso de frecuencia de alternación en planta interna.

2.5. Reiteración de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la designación en provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular³⁰

²⁸ Sobre la constitucionalidad del contenido de este precepto normativo, ya la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C – 292 de 2001.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de octubre de 2018. Expediente 25000-23-41-000-2017-00671-02. M.P. Rocío Araújo Oñate.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de octubre de 2018. Expediente 25000-23-41-000-2017-00671-02. M.P. Rocío Araújo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 19 de septiembre de 2018. Expediente 25000-23-41-000-2017-01459-02. M.P. Rocío Araujo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 19 de octubre de 2017. Expediente 25000-23-41-000-2017-00041-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 31 de marzo de 2016. Rad. No. 2015-00443-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 23 de agosto de 2017, Rad. No. 2016-00037-01.M.P. Rocío Araújo Oñate.





66. 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 alternación³¹.

67. No obstante, a partir de las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta de esta Corporación del 12 de marzo de 2015³² y 23 de abril de 2015³³, se consideró que si en el plenario existía medio probatorio que permitiera 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.

68. Sobre el particular la Sala Electoral en sentencias de 31 de marzo de 2016³⁴, 23 de febrero³⁵ y 30 de marzo de 2017³⁶ precisó que:

“De acuerdo con la anterior línea jurisprudencial es posible extraer las siguientes reglas relacionadas con la designación en provisionalidad en cargos del régimen de carrera diplomática y consular:³⁷

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

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

³¹ 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.

³² Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 12 de marzo de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02418-01.

³³ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01.

³⁴ Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de 31 de marzo de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. No. 2015-00443-01

³⁵ 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

³⁶ 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

³⁷ 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.



(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.”

69. 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 debe acreditar en cumplimiento del artículo 60 de decreto en mención, que no hay funcionarios de la carrera que puedan suplir la vacante, ajustado a las reglas jurisprudenciales precedentes.

2.6. Caso concreto

2.6.1 Violación al principio de congruencia

70. Como primer cargo de apelación, la parte demandada propuso la violación al principio de congruencia del artículo 281³⁸ del C.G.P, en concordancia con el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, porque la sentencia se refirió a la situación del funcionario Víctor Hugo Echeverry, que no hizo parte en el debate del proceso en la primera instancia.

71. Sobre el principio de congruencia, ha entendido la Corporación³⁹ que se trata del deber legal que tienen los funcionarios judiciales al emitir sus decisiones de no incurrir en fallos

³⁸ Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versee el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

Parágrafo 1o. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

Parágrafo 2o. En los procesos agrarios, los jueces aplicarán la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de este tipo de procesos es conseguir la plena realización de la justicia en el campo en consonancia de los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección del más débil en las relaciones de tenencia de tierra y producción agraria.

En los procesos agrarios, cuando una de las partes goce del amparo de pobreza, el juez de primera o de única instancia podrá, en su beneficio, decidir sobre lo controvertido o probado aunque la demanda sea defectuosa, siempre que esté relacionado con el objeto del litigio. Por consiguiente, está facultado para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultrapetita, siempre que los hechos que los originan y sustenten estén debidamente controvertidos y probados.

En la interpretación de las disposiciones jurídicas, el juez tendrá en cuenta que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 15 de noviembre de 2019, radicación 08001-33-33-001-2013-00006-01(REV), MP: Nubia Margoth Peña Garzón





ultrapetita, *extrapetita* o *minuspetita*⁴⁰, definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

« [...] Cuando en una providencia judicial, no se respeta el principio de la congruencia, se incurre en lo que la doctrina ha llamado fallo “ultrapetita” que consiste en reconocer un mayor derecho que el invocado por el demandante, “extrapetita”: cuando se reconoce un derecho que no ha sido reclamado o cuando se reconoce un derecho reclamado o se acoge la pretensión pero por una causa diferente o deducida de hechos no alegados, y “minuspetita”: cuando se omite el pronunciamiento sobre una de las pretensiones.”⁴¹

72. Igualmente, se ha precisado que este principio tiene una caracterización externa cuando el fallo está en armonía con lo pedido y alegado por las partes, y una interna cuando existe coherencia entre lo dispuesto en la parte resolutive y lo argüido en la parte motiva de la providencia⁴². Por ello, la jurisprudencia indica que el principio de congruencia procesal tiene como finalidad que: i) la providencia se encuentre en concordancia y armonía entre lo probado y lo pedido por las partes garantizando un debido proceso y ii) que la parte resolutive de la sentencia debe contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda para dar certeza jurídica a las partes e intervinientes dentro del proceso y evitar decisiones dudosas⁴³.

73. Como se puede apreciar, el cargo del apoderado de la demandada es por vulneración al principio de congruencia externa, lo cual implicaría en términos jurisprudenciales, el juez actuó sin competencia para decidir⁴⁴. Lo cual no ocurre en el caso de autos, toda vez que como lo indicó el Ministerio Público, la pretensión en el proceso de nulidad electoral, es la nulidad del acto demandado, por la violación a los derechos de la carrera diplomática y consular, en tanto funcionarios adscritos a ésta tenían consolidado el derecho a ocupar la vacante que se proveyó en provisionalidad, para lo cual se contaba con la lista de los funcionarios en la categoría de Ministro Plenipotenciario y las actas de posesión de los mismos, como pruebas incorporadas al proceso, a las que todas las partes tuvieron acceso, es decir, la providencia cumplió la finalidad de concordancia y armonía entre lo probado y lo pedido por el demandante.

74. Así mismo, la parte resolutive de la sentencia, contiene decisión expresa y clara de la pretensión de nulidad del acto de nombramiento demandado. En consecuencia, para la Sala no se presentó vulneración al principio de congruencia, porque el juez tenía la competencia para decidir sobre la nulidad del acto demandado, para lo cual es necesario conocer si existe un funcionario de carrera que tenga la disponibilidad para suplir la vacante que se proveyó a través de la figura excepcional de la provisionalidad, siendo una carga del demandante, aportar las pruebas que así lo acrediten, como sucedió en el asunto en cuestión. Por lo tanto, en razón a que todas las partes tuvieron acceso a las pruebas aportadas para controvertir la legalidad del acto demandado, no es procedente la incongruencia alegada.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 22 Especial de Revisión, providencia de 7 de abril de 2015, número único de radicación 11001-03-15-000-2013-00358-00 (REV), MP: Alberto Yepes Barreiro.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de agosto de 2002, número único de radicación: 76001232400019970434501 (12668), M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁴² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Expediente: 50001233100020020019802 (15770). M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

⁴³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia de 18 de octubre de 2019. Expediente: 68001-23-31-000-2011-01021-01. M.P. Hernando Sánchez Sánchez.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Providencia de dos (2) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02342-00(REV). M.P.: Alberto Yepes Barreiro.





75. Como se indicó anteriormente, la primera instancia accedió a la pretensión anulatoria, al considerar que existían funcionarios disponibles para ser nombrados tales como el señor **Víctor Hugo Echeverry** funcionario de carrera diplomática y consular, quien fue comisionado como **Embajador Extraordinario y Plenipotenciario** en Filipinas mediante Decreto No. 544 del 30 de marzo de 2017⁴⁵ y el señor **Jairo Abadía Mondragón**, funcionario de carrera diplomática y consular, quien cumplió los tres años de alternancia en la planta interna puesto que su posesión en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la Planta Global del Ministerio, se efectuó el **nueve de febrero de 2016**⁴⁶ en un grupo interno de trabajo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

76. En cuanto a la situación de la funcionaria Daisy Carolina Mejía Gil, en la providencia impugnada se hizo mención a las resoluciones por las cuales se le otorgó y prorrogó comisión de estudios, sin agregar nada más. Por lo tanto, en esta instancia se revisará de acuerdo con las pruebas aportadas, la disponibilidad de los funcionarios inscritos en la categoría de Ministro Plenipotenciario, el alcance del artículo 39 del Decreto Ley 274 de 200 y finalmente se pormenorizará en cada uno de los tres casos objeto de discusión.

2.6.2. Funcionarios inscritos en la categoría de Ministro Plenipotenciario

77. Con el escrito del 30 de mayo de 2019⁴⁷, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio contestación de la demanda y allegó la relación de servidores que actualmente se encuentran inscritos en la carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciarios, encontrándose que había 50 escalafonados en el cargo de Ministro Plenipotenciario⁴⁸, de los cuales 28 estaban en la planta externa y 22 en la planta interna. Igualmente, la situación por cargos era la siguiente: 3 funcionarios tenían el cargo de Embajador Extraordinario, 42 estaban como Ministro Plenipotenciario, 4 como asesores y uno como director técnico⁴⁹.

78. La distribución de los funcionarios de planta externa es la siguiente:

CEDULA	FUNCIONARIO	CATEGORIA EN EL ESCALAFON	CARGO	COD	GR	DEPENDENCIA O MISIÓN	FECHA POSESIÓN
41.747.996	EDITH ANDRADE PAEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	EMBAJADOR EXTRAORDINARIO Y PLE	0036	25	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA	06-feb-12
79.279.888	FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	EMBAJADOR EXTRAORDINARIO Y PLE	0036	25	MISION PERMANENTE DE COLOMBIA ANTE LA ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS - ONU CON SEDE EN NUEVA YORK - ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	17-ene-14
8.668.136	GERMAN FEDERICO GRISALES JIMENEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN TABATINGA (BRASIL)	30-abr-14
91.435.107	DANIEL AVILA CAMACHO	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	21-jul-14

⁴⁵ Folio 237

⁴⁶ Anexos demanda obrante en CD. 5.0. Actas de posesión folio 4.

⁴⁷ Folios 57 al 75 del cuaderno no. 1

⁴⁸ Anexos demanda obrante en CD. Y Folios 107 a 111 del cuaderno no. 1.

⁴⁹ De acuerdo con el artículo 12 del Decreto Ley 274 de 2000, los grados de los asesores y de quien ocupaba la dirección técnica, estaban en un nivel superior al de Ministro Plenipotenciario.



Radicado: 25000-23-41-000-2019-289-01
 Demandante: David Ricardo Racero Mayorca

51.636.595	PILAR VARGAS ALVAREZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR	17-feb-15
7.548.487	VICTOR HUGO ECHEVERRI JARAMILLO	MIN PLENIPOTENCIARIO	EMBAJADOR EXTRAORDINARIO Y PLE	0036	25	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE FILIPINAS	09-mar-15
41.762.532	BEATRIZ HELENA CALVO VILLEGAS	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN ROMA (ITALIA)	09-mar-15
51.810.557	MONICA SOFIA DIMATE CASTELLANOS	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA SANTA SEDE	01-abr-15
52.032.566	SOLANGEL ORTIZ MEJIA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA	18-may-15
20.736.453	DORA LUCIA GONZALEZ PINILLA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN MIAMI (ESTADOS UNIDOS)	03-ago-15
79.519.215	EDWIN OSTOS ALFONSO	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COREA	10-ago-15
39.774.875	SANDRA LUCIA MIKAN VENEGAS	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE AUSTRIA	01-feb-16
41.604.907	MARIA DEL TRANSITO BELLO TORRES	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN BARCELONA (ESPANA)	04-feb-16
51.766.582	DIVIA DESIDERIA CEPEDA ROJAS	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO GENERAL EN NEWARK	01-ago-16
79.322.219	LUIS CARLOS RODRIGUEZ GUTIERREZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN ANTOFAGASTA (CHILE)	08-ago-16
51.819.625	ELBA LUCIA PACHECO ALDANA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE CUBA	15-ago-16
79.412.681	BERNARDO ALEJANDRO MAHE MATAMOROS	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO GENERAL EN NEWARK	03-ene-17
51.838.923	ADDA ISABEL BORDA MEDINA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE BELGICA	06-ene-17
51.728.253	ALICIA ALEJANDRA ALFARO CASTILLO	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	MISION PERMANENTE DE COLOMBIA ANTE LA ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS - ONU CON SEDE EN GINEBRA - CONFEDERACION SUIZA	24-ene-17
51.977.717	IRMA ALEJANDRA BONILLA LEGUIZAMON	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE ESPAÑA	01-feb-17
51.910.822	ISAURA DUARTE RODRIGUEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN QUITO (ECUADOR)	01-feb-17
80.273.557	DIXON ORLANDO MOYA ACOSTA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN CHICAGO (ESTADOS UNIDOS)	03-abr-17
51.900.223	FRANCIA RODRIGUEZ ROMERO	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO ARUBA	28-jul-17
51.633.184	RUTH MERY CANO AGUILLON	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE BELGICA	11-ago-17
79.366.475	SERGIO SUAREZ ROA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY	01-sep-17





Radicado: 25000-23-41-000-2019-289-01
Demandante: David Ricardo Racero Mayorca

51.805.322	VICTORIA EUGENIA OLGA PAUWELS TUMIÑAN	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE ESPAÑA	16-oct-17
79.406.576	ALONSO LOZADA DE LA CRUZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY	01-nov-17
93.370.223	CARLOS ARTURO FORERO SIERRA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	CONSULADO EN SAN JUAN DE PUERTO RICO (PUERTO RICO)	15-feb-18

79. De la anterior tabla se puede apreciar que de los 28 funcionarios que se encontraban en la planta externa, en la fecha en que se produjo el nombramiento en provisionalidad, tres tenían cargos superiores al de Ministro Plenipotenciario, como lo era el cargo de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario y los otros 25 se encontraban en el cargo que les corresponde, con más de doce meses en el respectivo cargo. Por lo tanto, de acuerdo con la línea jurisprudencial citada, los veintiocho funcionarios de la lista de la planta externa en su cargo de Ministro Plenipotenciario, código 74, grado 22 no tenían la disponibilidad.

80. En cuanto a los funcionarios de la planta interna la distribución es así:

CEDULA	FUNCIONARIO	CATEGORIA EN EL ESCALAFON	CARGO	COD	GR	DEPENDENCIA O MISION	FECHA POSESION
79.156.959	MAURICIO BAQUERO PARDO	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. ASUNTOS INSTITUCIONALES ANTE ORGANISMOS MULTILATERALES	21-ene-19
31.869.140	OLGA CIELO MOLINA DE LA VILLA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	DIRECCION DE SOBERANIA TERRITORIAL Y DESARROLLO FRONTERIZO	21-ene-19
51.921.952	DAISY CAROLINA MEJIA GIL	MIN PLENIPOTENCIARIO	ASESOR	1020	13	G.I.T. AMERICA LATINA Y EL CARIBE	08-ago-14
93.285.356	MIGUEL ALBERTO GOMEZ VELEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. ADMINISTRACION DE PERSONAL	21-ene-19
12.968.652	JOSE ANTONIO SOLARTE GOMEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	ASESOR	1020	16	G.I.T. PASAPORTES SEDE NORTE	03-ago-15
79.419.775	ANDRES FERNANDO GAFARO BARRERA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. VISAS E INMIGRACION	04-ago-15
51.872.690	NOHRA MARIA QUINTERO CORREA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. EUROPA CENTRAL, ORIENTAL Y EUROASIA	05-feb-16 (SIC) ⁵⁰
14.242.761	JAIRO AUGUSTO ABADIA MONDRAGON	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. AFRICA Y MEDIO ORIENTE	09-feb-16
79.458.894	HERNAN MAURICIO CUERVO CASTELLANOS	MIN PLENIPOTENCIARIO	ASESOR	1020	16	G.I.T. COOPERACION ACADEMICA	08-ago-16
79.565.505	GUSTAVO HUMBERTO PAREDES ROJAS	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. CONSULTIVO	08-ago-16
79.407.591	HERNAN VARGAS MARTIN	MIN PLENIPOTENCIARIO	ASESOR	1020	11	G.I.T. GABINETES BINACIONALES	08-ago-16
39.786.936	ADRIANA ARIAS CASTIBLANCO	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. CENTRO INTEGRAL DE ATENCION AL CIUDADANO	09-may-17
51.943.139	MARCELA ORDOÑEZ FERNANDEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	DIRECTOR TECNICO	0100	22	DIRECCION DE COOPERACION INTERNACIONAL	27-jun-17

⁵⁰ De acuerdo con el acta de posesión, su ingreso como Ministro Plenipotenciario fue el 1 de agosto de 2018. Anexos demanda obrante en CD. 5.0. Actas de posesión folio 16.





11.307.970	CARLOS ALFREDO CARRETERO SOCHA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. ASUNTOS DE SEGURIDAD, DEFENSA Y REGIONALES FRONTERIZOS	01-ago-17
79232790	RAFAEL GUILLERMO ARISMENDY JIMENEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. ASISTENCIA A CONNACIONALES	08-ago-17
66.834.086	YADIR SALAZAR MEJIA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	SECRETARIA GENERAL	26-jun-18
11.383.475	ASSAD JOSE JATER PEÑA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. INTEGRACION FRONTERIZA	17-jul-18
79145489	PABLO ANTONIO REBOLLEDO SCHLOSS	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	SECRETARIA GENERAL	08-ago-18
79.547.603	RENE CORREA RODRIGUEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. LUCHA CONTRA LAS DROGAS	03-sep-18
19.496.418	RAUL ARTURO RINCON ARDILA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. DETERMINACION DE LA CONDICION DE REFUGIADO	08-nov-18
19.466.323	ALBERTO BULA BOHORQUEZ	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	G.I.T. ASISTENCIA A CONNACIONALES	05-dic-18
51.700.621	MIRZA CRISTINA GNECCO PLA	MIN PLENIPOTENCIARIO	MINISTRO PLENIPOTENCIARIO	0074	22	DIRECCION DE ASUNTOS POLITICOS	05-feb-19

81. De los 22 funcionarios de la planta interna, cinco (cuatro asesores y un director técnico) tienen nivel diferente al de Ministro Plenipotenciario, sin embargo, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto Ley 274 de 2000, que establece las equivalencias entre las categorías del escalafón de carrera diplomática y los cargos en planta interna, son cargos superiores.

82. Así mismo, solamente un funcionario de los anteriormente señalados, había cumplido su periodo de alternancia de tres años como Ministro Plenipotenciario en la planta interna, para la fecha en que se produjo el nombramiento en provisionalidad demandando, como será analizado en el caso del señor Jairo Augusto Abadía Mondragón.

2.6.3. Alcance del artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000 – aplicación de la alternación

83. La disposición que de acuerdo con los argumentos de la apelación se trasgrede con la sentencia es la siguiente:

Artículo 39. Aplicación. La alternación se aplicará de la siguiente forma:

/.../

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

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

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

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

84. Como ya se dijo en la parte general de esta providencia, esta norma se ocupa de definir la forma en que se aplicará la alternación, la época en que se realizarán los desplazamientos y





las situaciones administrativas que de ella se deriven. En tal virtud, la Sala considera como lo expuso el Ministerio Público, que esta disposición racionaliza los tiempos de desplazamiento, pero no puede entenderse como un elemento más para la adquisición del derecho que tiene el funcionario inscrito en la carrera, para ser designado en un cargo vacante.

85. Por consiguiente, el derecho a ser designado en un cargo vacante en el exterior, se adquiere cuando se cumplen los periodos de frecuencia del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, derecho que se concreta de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 39 *ibidem* para efectos de los desplazamientos de los servidores por cuestiones administrativas y logísticas.

86. La norma dispone que *“los desplazamientos de los funcionarios se harán efectivos”*, lo cual implica la materialización del derecho que se adquirió cuando se cumplió el periodo de alternancia. Ello significa que el artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000, no está imponiendo un requisito adicional para consolidar el derecho a ser designado en la planta externa.

87. Así las cosas, le corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores de conformidad con el artículo 60 *eiusdem*, verificar la existencia de funcionarios inscritos en carrera diplomática disponibles antes de resolver sobre la designación mediante nombramientos provisionales y constatar que previo a la expedición de un nombramiento se encuentren las condiciones legales para ello, por lo que no es de recibo la interpretación de los apoderados expuesta en el recurso de apelación, entendiéndolo la norma, como requisito adicional de los funcionarios de carrera diplomática y consular para materializar el derecho a la alternación en planta externa.

88. Para el caso concreto, el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón adquirió el derecho para la alternación a la planta externa el 9 de febrero de 2019, toda vez que el término de la alternación en la planta interna finalizó el día inmediatamente anterior y la materialización del desplazamiento a las vacantes que se generan en el primer semestre, sería en julio de acuerdo con el artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000, lo cual no significa como lo aseguró el Ministerio de Relaciones Exteriores, la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular.

89. Es por ello que la interpretación de los apelantes sobre el mencionado artículo, desnaturalizaría la carrera diplomática y consular, en la medida que estos funcionarios solo podrían aspirar a las vacantes de la planta externa, que se produjeran en los meses de abril que se comunicarían en mayo para desplazarse en julio y de octubre que se comunicarían en noviembre para desplazarse en enero, al tenor del artículo 39, contrariando el artículo 37 que dispone *“la frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione del cargo en planta interna, según el caso”*.

90. En conclusión, el apelante confunde la adquisición del derecho con la materialización del mismo, que implica según el párrafo primero que para los desplazamientos, el funcionario tendrá derecho a dos meses de plazo para iniciar sus labores en el nuevo destino, además de 5 días de permiso remunerado para el mismo, e incluso la prórroga para el inicio de labores en el exterior, a solicitud del interesado y previo acuerdo con el funcionario; aspectos que corresponden a la logística de tipo administrativo que concreta la adquisición del derecho para la alternación en la planta externa.

2.6.4. Situación de los tres funcionarios de carrera diplomática y consular del caso

2.6.4.1. Víctor Hugo Echeverry

91. Para hacer el análisis de la situación de este funcionario, se debe destacar que el Decreto Ley 274 de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera*





Diplomática y Consular”, dispone en su artículo 10 que “Son categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular las siguientes: **a) Embajador. b) Ministro Plenipotenciario. c) Ministro Consejero. d) Consejero. e) Primer Secretario. f) Segundo Secretario. g) Tercer Secretario.**”. Por lo anterior, el cargo desempeñado por el señor Víctor Hugo Echeverry como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario es de superior jerarquía que aquellos de Ministro Plenipotenciario, lo que tornaría en inviable su nombramiento en un cargo de inferior categoría como lo es el ocupado provisionalmente por la ahora demandada, por consiguiente, se reitera lo decidido por esta Sala, en la sentencia del 11 de octubre de 2018⁵¹.

2.6.4.2. Jairo Augusto Abadía Mondragón

92. Respecto de la situación del señor Abadía Mondragón, revisado el acervo probatorio se encontró que era un funcionario de la carrera diplomática y consular cuya posesión como Ministro Plenipotenciario, fue el **9 de febrero de 2016**⁵², para el cumplimiento de la alternancia en la planta interna desempeñándose en el grupo interno de trabajo de África y Medio Oriente, por lo tanto **su alternancia finalizó el 8 de febrero de 2019**, de acuerdo con el cuadro aportado por el Ministerio de Relaciones Exteriores⁵³. Igualmente, mediante el Decreto 860 de 17 de mayo de 2019⁵⁴, es decir con posterioridad al nombramiento demandado fue trasladado como Ministro Plenipotenciario al consulado general de Colombia en Vancouver, Canadá. De acuerdo con lo anterior, existe plena prueba que a la fecha en que se profirió el acto de nombramiento en provisionalidad, es decir **el 28 de febrero de 2019**, el señor Abadía Mondragón, había cumplido el periodo de alternancia en planta interna, por lo que se encontraba disponible para ser designado como Ministro Plenipotenciario en el consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña.

2.6.4.3. Daisy Carolina Mejía Gil

93. En efecto, no se abordó la situación de la servidora en la providencia de primera instancia, circunstancia que se advierte en la apelación del apoderado de la demandada. No obstante, obran en el expediente, la Resolución 5261 del 11 de agosto de 2014⁵⁵, en la que se ubica a la señora Mejía Gil, en la Dirección de Asuntos Culturales, del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien se encuentra inscrita en la categoría de Ministro Plenipotenciario y el acta de posesión como **Asesor** código 1020, grado 13, para lo cual fue comisionada el **8 de agosto de 2014**⁵⁶. Así mismo, la Resolución 6028 del 8 de agosto de 2014⁵⁷, que le concedió una **comisión de estudios por un año** para cursar la Maestría en Cine y Audiovisual en la Universidad de París 10, en la ciudad de París y la Resolución 5549 del 4 de septiembre de 2015, por la cual **le prorrogó un año más la comisión de estudios**.

94. De lo anterior se concluye que dicha servidora escalafonada en carrera diplomática en el cargo de Ministro plenipotenciario, no se encontraba disponible para ser designada, porque durante los dos años que tuvo la comisión de estudios, no le contaba el término para la alternación en la planta interna, por disposición del parágrafo 2 del artículo 57 del Decreto Ley 274 de 2000. Por manera que su disponibilidad para la planta externa, solo es hasta septiembre 13 de 2019 de acuerdo con el listado del Ministerio de Relaciones Exteriores⁵⁸.

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 11 de octubre de 2018. Expediente 25000-23-41-000-2017-00671-02. M.P. Rocío Araújo Oñate.

⁵² Anexos demanda obrante en CD. 5.0. Actas de posesión folio 4.

⁵³ Folios 107 a 111 del cuaderno no. 1

⁵⁴ Folio 98 del cuaderno no. 1.

⁵⁵ Folio 100 del cuaderno no. 1

⁵⁶ Anexos demanda obrante en CD. 5.0. Actas de posesión folio 42.

⁵⁷ Folios 101 – 102 del cuaderno no. 1

⁵⁸ Folios 107 a 111 del cuaderno no. 1



95. Así las cosas, no es correcta la interpretación que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores en su escrito de apelación, en lo que respecta al artículo 39 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000, razón por la cual este argumento no tiene vocación de prosperidad, pues el Ministerio no observó el principio de especialidad, puesto que una vez se produce la vacante, se debe proveer con funcionarios de carrera, sin perjuicio de cuándo se materializa el desplazamiento respectivo.

96. Si bien es cierto el a quo cometió algunas imprecisiones al considerar al señor Víctor Hugo Echeverry, como funcionario disponible, esta circunstancia no tiene la entidad suficiente para revocar la sentencia apelada, pues en el plenario sí existía prueba de que el señor **Jairo Augusto Abadía Mondragón**, es funcionario de carrera diplomática en la categoría de Ministro Plenipotenciario que ya había superado el periodo de alternancia en la planta interna y por tal razón sí estaba disponible para ser nombrado en la vacante del consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

97. Por lo tanto, al acreditarse que existía dentro de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores funcionarios que podían ser nombrados en el cargo que fue provisto de forma provisional, es dable concluir que se logra desvirtuar la legalidad del acto de nombramiento provisional impugnado y por tal razón la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

98. Finalmente, considera la Sala que referirse a lo solicitado por el Ministerio Público, en el sentido de analizar si el traslado se puede realizar a un mismo cargo al que ostenta el funcionario y en ese sentido que deba ser preguntado si está interesado en la vacante de la sede en la que sucedió la necesidad del servicio o mantenerse en la actual, hasta culminar el periodo de alternancia, para introducir una nueva regla jurisprudencial, no es pertinente y en cambio sí podría generar vicios en la sentencia por falta de congruencia, toda vez que este asunto no fue objeto de los cargos de apelación, ni del proceso inicial que dio origen a la sentencia impugnada.

3. Conclusión

99. Ni la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, ni la demandada desvirtuaron 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 confirmará 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,

VI. RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, 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.- EXHORTAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección, Primera, Subsección A para que en lo sucesivo se garantice la notificación de los fallos de nulidad electoral en los términos del artículo 289 de la Ley 1437 de 2011.

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





Radicado: 25000-23-41-000-2019-289-01
Demandante: David Ricardo Racero Mayorca

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado