

Radicado: 25000-23-15-000-2019-00290-01

Demandante: David Ricardo Racero Mayorca

**NULIDAD ELECTORAL – Contra designación en cargo de ministro plenipotenciario /
CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – Principio de especialidad / CARRERA
DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – Marco normativo**

En virtud de los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, se tiene que el sistema de carrera administrativa es la regla general para el acceso, promoción, permanencia y retiro del empleo público, la cual admite excepciones en virtud del principio de especialidad, como es el caso del Régimen de Carrera Diplomática y Consular. (...). Este régimen encuentra entonces su justificación en la naturaleza específica del servicio exterior, entendido como la actividad a cargo de la Cancillería en desarrollo de la política exterior del Estado -dentro y fuera del territorio nacional-, para efectos de representar los intereses estatales y proteger los derechos de los colombianos en otros países (art. 3 del Decreto Ley 274 de 2000), cuya prestación efectiva requiere de personal idóneo, con formación y experiencia en la materia, tal como lo reconoció el legislador extraordinario cuando señaló que «el servicio exterior es un servicio especializado, profesional, jerarquizado y disciplinado, que se funda en el principio del mérito» (artículo 13 ejusdem). (...). En la actualidad, el régimen jerarquizado que rige esta carrera especial se encuentra regulado por el Decreto Ley 274 de 2000, que refuerza el rol de la Academia en el ingreso y promoción dentro de aquella en razón de su especialidad, para la profesionalización del personal diplomático responsable de la prestación del servicio exterior colombiano tanto en la Cancillería como en las Embajadas, Delegaciones ante Organismos Internacionales y Consulados colombianos en el exterior, de conformidad con la política exterior del Estado y las reglas y prácticas propias de las relaciones internacionales.

**CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – Alternación / CARRERA DIPLOMÁTICA Y
CONSULAR – Características del principio de alternación**

La alternación se encuentra definida por el artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000 como una situación administrativa especial de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular. (...). Su justificación ha sido precisada tanto por la jurisprudencia constitucional como la contencioso-administrativa, en el sentido en que con esta figura «(...) se busca que los funcionarios que pertenecen a la carrera no permanezcan indefinidamente en el servicio exterior, circunstancia que les impediría mantenerse en un contacto directo y saludable con la problemática nacional y que iría en desmedro de su propia identidad cultural. Por ello se establece la obligación de trabajar, durante lapsos alternativos, en el servicio exterior y en el interior»; así lo ha entendido también esta sala al explicar que con la alternación «(...) 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». En este orden, dicha figura está regulada en los artículos 35 a 40 ejusdem, que establecen su naturaleza jurídica, lapsos, frecuencia, obligatoriedad, aplicación y excepciones, respectivamente, a partir

de los cuales se deducen las siguientes características: (i) Consiste en el deber de los empleados de la carrera especial de desempeñar sus funciones con lapsos de alternación entre su servicio en planta interna y externa, en referencia a la ubicación territorial de su sede de trabajo, dentro o fuera del país, en virtud de los principios de eficiencia y especialidad. (ii) Tales periodos se deben cumplir con la siguiente frecuencia: El tiempo de servicio en planta externa será de 4 años, prorrogables hasta por 2 años más bajo condiciones, y en planta interna de 3 años prorrogables con excepciones -sin definir un límite máximo-, a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de esta carrera especial. Quienes se encuentren cumpliendo su alternancia en planta externa, no podrán ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo casos extraordinarios. (iii) Dicha frecuencia se contabilizará desde la fecha en que el funcionario respectivo se poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione en el cargo de planta interna; el tiempo de servicio que exceda aquella, mientras se hace efectivo el desplazamiento a que haya lugar, no será considerado como tiempo de prórroga. (iv) Es obligación prestar el servicio en planta interna como condición para la aplicación de la alternación en el servicio exterior y su incumplimiento es causal de retiro de la carrera. (v) Son excepciones a su debido cumplimiento las circunstancias probadas por el funcionario de fuerza mayor y caso fortuito, la disponibilidad para ser designado en otro cargo en el exterior, por haber superado el lapso de 12 meses en la sede externa respectiva -se aplica únicamente en relación con el tiempo de servicio en planta externa- o aquellas de naturaleza especial, calificadas como tales por la Comisión de Personal, tales como razones de salud física o mental y dependencia económica de un pariente -válidas solo en relación con el tiempo de servicio en planta interna-. (vi) El procedimiento administrativo para aplicar la alternación comprende que la Dirección del Talento Humano mantenga un registro actualizado de los lapsos de alternación que cumple cada funcionario y coordine las gestiones necesarias para los desplazamientos a que haya lugar, en la medida en que vayan cumpliendo la frecuencia de sus correspondientes lapsos en planta interna y externa, según el siguiente cronograma: Durante el mes de julio, se harán efectivos los desplazamientos causados en el primer semestre y en enero los causados durante el segundo semestre, según lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000.

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – Reglas para el nombramiento en provisionalidad / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD – Interpretación judicial vigente / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD – Aplicación de precedente por analogía / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[L]a jurisprudencia de esta sección ha indicado que la excepción prevista en el referido artículo 60, no hace más que confirmar la regla general referida a que los empleos de la planta interna y externa del Ministerio de Relaciones Exteriores son propios de la Carrera Diplomática y Consular y, por ende, se deben proveer en virtud de concurso de méritos, excepto cuando no sea posible designar funcionarios escalafonados para proveerlos, hipótesis en que se autoriza el nombramiento en provisionalidad de personas ajenas a ella, bajo las siguientes reglas: (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 *Ibidem* por parte de la persona designada en provisionalidad; y, (b) la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el respectivo cargo. (ii) El requisito de la disponibilidad no se cumple: (a) cuando los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía están cumpliendo el período de alternación; o, (b) cuando

éstos, a pesar de estar cumpliendo el período de alternación en el exterior, no han cumplido el período de 12 meses en la sede respectiva para que puedan ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. (iii) La demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre el demandante. Esta carga probatoria no se puede satisfacer con el simple suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que exige la demostración del cumplimiento del término alternación o del término de 12 meses consagrado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, hecho que debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión. De lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no. Esta es la interpretación judicial vigente sobre la materia, en sede de nulidad electoral, en observancia del artículo 125 superior, la cual favorece que los cargos vacantes en este régimen especial de carrera sean provistos con los funcionarios que están prestando su servicio en planta interna o externa y han cumplido la frecuencia de los lapsos de alternancia en los términos del artículo 37 ejusdem, en un empleo de menor jerarquía al que les corresponde, para que puedan ocupar aquel en el que están inscritos en el escalafón en razón del mérito, que les da un derecho no solo preferente sino además excluyente para ocuparlo sobre las personas que no pertenecen a ella, elemento que corresponde demostrar al demandante en este tipo de procesos. (...). En este orden de ideas, es menester concluir que el Decreto 3030 del 28 de febrero de 2019 en el que se resuelve: «Artículo 1º.- Designación. Designar en provisionalidad al señor Vicente Fernando Echandía Roldán (...) en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte», no cumple con el presupuesto y condiciones para su procedencia, en los términos de los artículos 60 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000, en la medida en que para la fecha de su expedición el señor Jairo Augusto Abadía había completado la frecuencia de su lapso de alternación en planta interna desde el 9 de febrero inmediatamente anterior, por lo que estaba disponible y tenía el derecho preferente a ser nombrado en dicho empleo, al margen de los plazos previstos para su desplazamiento, regulados en el artículo 39 ejusdem.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la carrera diplomática y consular, ver: Corte Constitucional, sentencia C-129 de 1994. En cuanto a las reglas para el nombramiento en provisionalidad en la carrera diplomática y consular, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de noviembre de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 25000-23-41-000-2015-00542-01, reiterada en sentencias de la misma Sección del 8 de marzo y 19 de septiembre de 2018 y 6 de febrero de 2020, entre otras. Sobre un caso similar que resulta aplicable por analogía en el asunto bajo estudio, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 25000-23-41-000-2019-00259-01.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 125 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 130 / DECRETO LEY 274 DE 2000 – ARTÍCULO 3 / DECRETO LEY 274 DE 2000 – ARTÍCULO 13 / DECRETO LEY 274 DE 2000 – ARTÍCULO 60 / DECRETO LEY 274 DE 2000 – ARTÍCULO 61

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-15-000-2019-00290-01

Actor: DAVID RICARDO RACERO MAYORCA

Demandado: VICENTE FERNANDO ECHANDÍA ROLDÁN- MINISTRO
PLENIPOTENCIARIO

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Nombramiento en provisionalidad en empleos de carrera diplomática y consular. Alternación

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor David Ricardo Racero Mayorca contra la sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el Decreto No. 306 del 28 de febrero de 2019, expedido por el presidente de la república y el ministro de relaciones exteriores, «Por el cual se hace una designación en provisionalidad en un cargo de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores».

I. ANTECEDENTES

La demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral, consagrado en el artículo 139 del CPACA, el señor David Ricardo Racero Mayorca, obrando en nombre propio, solicitó que se anule el Decreto 306 del 28 de febrero de 2019, en el que el gobierno nacional resolvió: «ARTÍCULO 1º.- Designación. Designar en provisionalidad al señor **VICENTE FERNANDO ECHANDÍA ROLDÁN** (...) en el cargo de **Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22**, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte»[1].

Hechos

El demandante fundamentó su pretensión, en los siguientes hechos:

El 28 de febrero de 2019, el presidente de la república y el ministro de relaciones exteriores expedieron el Decreto 306 de 2019, por el cual se nombró en provisionalidad al señor Vicente Fernando Echandía Roldán en el cargo de ministro plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global de esa cartera, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el cual pertenece a la carrera diplomática y consular, en los términos del artículo 10 del Decreto-Ley 274 de 2000.

Lo anterior, invocando como fundamento normativo, la aplicación de los artículos 37 -literales a y b-, 40, 53 y 60 ejusdem, y fáctico, que «revisado el escalafón de Carrera Diplomática y Consular no existen funcionarios de la planta global (...) que a la fecha estén ubicados en cargos por debajo de la categoría de **Ministro Plenipotenciario** (...)»[2], que cumplan con los requisitos para ocupar dicha vacante en propiedad.

Para la fecha de expedición del acto acusado, alega el actor que «existía y existe personal inscrito en la carrera que se encontraba cumpliendo funciones en Bogotá en la planta interna, que estaba dentro del lapso de alternación previsto en los artículos 36 a 39 del Decreto ley 274 de 2000, y que por su categoría podían ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario (...), tal y como se detalla en el Oficio S-GCDA-19-006533», a saber:

Funcionario inscrito en la Carrera Diplomática y Consular	Grado en el Escalafón	Fecha del cumplimiento del lapso de alternancia en la planta interna
Daisy Carolina Mejía Gil	Ministro Plenipotenciario	8 de agosto de 2017
Jairo Augusto Abadía Mondragón	Ministro Plenipotenciario	9 de febrero de 2019

El artículo 40 de la normativa en cita estableció como opciones para que los funcionarios inscritos en este régimen de carrera especial ocupen cargos en las misiones diplomáticas y oficinas consulares, además de la figura de la alternación, los traslados anticipados mediante comisión y los encargos. Por su parte, el artículo 53 autorizó la designación de aquellos: «b. Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.»

Concepto de la violación.

El demandante formuló los siguientes cargos de nulidad contra el Decreto 306 de 2019: infracción de norma superior y falsa motivación.

Infracción de norma superior.

Esta primera acusación se concreta en la presunta violación del artículo 125 de la Constitución Política, que consagra el principio de carrera para los empleos públicos, y el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, que establece el principio de especialidad para la carrera diplomática y consular.

En cuanto a la primera disposición, refiere la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa que lo desarrolla, para efectos de crear y perfeccionar un sistema técnico de administración del personal de los órganos y entidades estatales que propenda por la igualdad de oportunidades en el acceso, permanencia, promoción y profesionalización en los cargos públicos, con base en el mérito, como garantía de excelencia en el cumplimiento de los fines del Estado y la prestación de los servicios públicos.

En este sentido, alega que: «(...) un nombramiento en provisionalidad solo encuentra justificación si no existe personal de carrera que cumpla con los requisitos para ser nombrado en dicho cargo, pero como se ha demostrado, en el presente caso, existía personal de carrera que cumplía con los requisitos para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y por tanto, con el objetivo de dar prevalencia al sistema de carrera y de mérito, debieron ser preferidos sobre personal externo»[3].

Respecto de la segunda disposición invocada, destaca que solo autoriza el nombramiento en

provisionalidad, en empleos de carrera diplomática y consular, de personas no pertenecientes a esta, cuando no sea posible designar a funcionarios inscritos en el escalafón correspondiente, por lo que la demostración del supuesto contrario, es decir, la disponibilidad en la planta de personal de la entidad, es una carga del demandante en sede de nulidad electoral, «que 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 de alternación o del término de 12 meses consagrado en el párrafo del artículo 37 del decreto Ley 274 de 2000, hecho que debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión»[4].

En este orden, sostiene que «la funcionaria Daisy Carolina Mejía Gil, inscrita en el escalafón de Ministro Plenipotenciario, terminó su periodo de alternancia el 8 de agosto de 2017, toda vez que según consta en acta de posesión No. 318 se posesionó el 8 de agosto de 2014. En ese mismo sentido, el funcionario Jairo Augusto Abadía Mondragón, inscrito en el escalafón de Ministro plenipotenciario, terminó su periodo de alternancia el 9 de febrero de 2019, debido a que su posesión en el cargo se realizó el 9 de febrero de 2016»[5]. Por tanto, concluye que no estaba dada la condición fijada en el referido artículo 60 para proceder al nombramiento en provisionalidad del señor Vicente Fernando Echandía Roldán.

Falsa motivación

Esta segunda acusación, se refiere a que el acto acusado se fundamenta en la autorización contenida en el artículo 60 del Decreto-Ley 274 de 2000, en virtud del principio de especialidad, y la certificación GCDA No. 819 del 18 de febrero de 2019, proferida por la directora de Talento humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, según la cual para entonces no existían funcionarios de la planta global de la carrera diplomática y consular disponibles para ocupar la vacante del cargo de ministro plenipotenciario, código 074, grado 22, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Para el actor, ninguna de estas razones jurídicas se ajusta a la realidad, en la medida en que, al momento de producirse el nombramiento en provisionalidad del demandado, existían al menos dos personas inscritas en el escalafón que cumplían los requisitos para ocupar dicho empleo, el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón y la señora Daisy Carolina Mejía Gil, «y por tanto se debió tener en cuenta a los funcionarios de planta referidos de forma prevalente ante personal externo»[6].

La sentencia apelada

La Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de sentencia del 12 de diciembre de 2019 resolvió denegar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el Decreto No. 306 del 28 de febrero del año 2019, proferido por el presidente de la república y el ministro de relaciones exteriores.

Para tal efecto, empezó su argumentación «poniendo de presente que por economía y técnica procesal se estudia principalmente el cargo sobre el desconocimiento de las normas del Decreto Ley 274 del año 2000 o Estatuto de Carrera Diplomática y Consular, como quiera que los cargos denominados en la demanda como infracción de norma superior y falsa motivación están directamente relacionados con la aplicación de esta normatividad»[7].

En ese orden, reiteró que según las disposiciones especiales que rigen la carrera diplomática y consular, específicamente el artículo 60 en mención, es permitido el nombramiento en provisionalidad de funcionarios que no pertenecen a aquella bajo la condición de que no exista la

posibilidad de proveer el empleo correspondiente con funcionarios inscritos en el escalafón. «Así, el Ministerio de Relaciones exteriores cuenta con la habilitación legal para la designación provisional como excepción a la regla de la carrera diplomática y consular, atendiendo a las necesidades del servicio derivadas del denominado principio de especialidad».[8]

Al respecto, observó que según el oficio No. I-GCDA-19-016691 del 8 de agosto del 2019, allegado al expediente por dicha cartera[9], que informa sobre los funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de ministro plenipotenciario y su cargo actual, y se adjuntan sus actas de posesión, «para el momento de la expedición del acto demandado, esto es, el 28 de febrero del año 2019, no existían funcionarios de carrera Diplomática y Consular inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario de Relaciones Exteriores que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón, teniendo en cuenta los cargos homólogos en carrera diplomática, consular y administrativa del Ministerio o cumpliendo los periodos de alternación (fls. 104 a 153)».

Ahora bien, en relación con las dos personas que, según el dicho del demandante, cumplían los requisitos y, en consecuencia, se encontraban disponibles para ocupar el empleo vacante, encontró que:

JAIRO AUGUSTO ABADÍA MONDRAGÓN: Obra en el expediente Acta de Posesión en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global interna del Ministerio de Relaciones Exteriores del día 9 de febrero del año 2016 (fl.116 cdno. ppal.).

(...) Al cumplirse el periodo de alternancia en el primer semestre del año 2019, del señor Jairo Augusto Abadía Mondragón, fue programado su traslado en el mes de mayo.

En efecto, mediante el Decreto No. 860 del 17 de mayo del año 2019, el citado funcionario fue trasladado a la planta externa adscrito al Consulado General de Colombia en Vancouver- Canadá (fl. 69 en cd digitalizado)

DAISY CAROLINA MEJÍA GIL: Obra en el expediente Acta de Posesión en el cargo de Asesor, código 1010, grado 13, de la planta global interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, del día 8 de agosto del año 2014 (fl.146 cdno. ppal.).

Posteriormente, mediante la resolución No. 6028 del 20 de agosto del año 2014, le fue otorgada una Comisión de Estudios desde el 11 de septiembre del año 2014 y el 10 de septiembre del año 2015, la cual fue prorrogada hasta el 10 de septiembre del año 2016 por medio de la Resolución No. 5549 del 4 de septiembre del año 2015 (fl. 69 en cd digitalizado), por lo cual en este tiempo no se ejerció el cargo de la carrera.

Razón por la cual certificó el Ministerio de Relaciones Exteriores el plazo de alternancia de la señora Daisy Carolina Mejía, cumple el término de tres (3) años para el ejercicio de su cargo en el exterior hasta el segundo semestre del año 2019 (...)[10].

Por lo anterior, deduce que ambos funcionarios se encontraban en el cargo de su escalafón, al 28 de febrero de 2019, fecha del nombramiento en provisionalidad del demandado, por lo que no se cumple el primer requisito para su designación en lugar del demandado, esto es, que existieran empleados de carrera diplomática y consular ocupando un cargo menor al de su escalafón, por lo que no estaban en disponibilidad de asumir el empleo en cuestión, de acuerdo también con sus respectivos periodos de alternación en planta interna.

En este sentido, despacha desfavorablemente este primer cargo de nulidad, por infracción de normas superiores, al concluir que «(...) se dio cumplimiento a la protección de las disposiciones constitucionales de protección al mérito y los regímenes de carrera, y en esa medida es claro que la provisionalidad es una excepción de última opción, es decir, que la entidad demandada no desconoció lo previsto en el Decreto Ley 274 de 2000»[11], por cuanto ejerció su habilitación legal para acudir a esta forma de proveer el cargo vacante, una vez constató la no disponibilidad de funcionarios inscritos en el escalafón para ocuparlo en propiedad.

Ahora bien, con base en similares argumentos, halló no próspera la acusación por falsa motivación, luego de repasar la línea jurisprudencial de esta corporación sobre los supuestos de hecho en que se configura, para sostener que, en el presente caso, no se incurrió en ninguno de ellos, por cuanto: «(...) el Ministerio de Relaciones Exteriores sí efectuó una motivación del nombramiento en provisionalidad, y sí procedió a invocar las normas que le otorgan competencia para realizar los nombramientos provisionales, al no encontrar personal disponible para su provisión, en consecuencia este planteamiento de expedición anómalo por falsa motivación, considerado como una expedición irregular del acto y consistente en que la autoridad prescinde de hacer expresos los motivos que la sustentan, no fue probado en el proceso, por lo que no podrá aceptarse el mismo»[12].

El recurso de apelación

El señor David Ricardo Racero Mayorca, mediante memorial del 19 de diciembre de 2019, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, del 12 de diciembre de 2019, que denegó sus pretensiones, con base en los siguientes motivos de inconformidad:

El análisis probatorio y jurídico realizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció que para la fecha de expedición del Decreto 303 (sic) del 28 de febrero de 2019 si existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que ya habían cumplido con el periodo de alternación, y que por tanto debían ser preferidos para ser nombrados en el cargo en el que fue nombrado el señor Vicente Fernando Echandía Roldán, lo cual conlleva a la declaratoria de nulidad de su nombramiento.

(...)

La sentencia impugnada no dio prevalencia al sistema de mérito en la carrera diplomática y consular al denegar las pretensiones de nulidad del nombramiento de Vicente Fernando Echandía Rondán, y por tal razón, debe revocarse.

En relación con el primero de estos, reiteró que para la fecha de expedición del Decreto 306 de 2019, el señor Jairo Abadía Mondragón ya había culminado su periodo de alternancia en planta interna y, por ende, estaba disponible para ser nombrado en el cargo de ministro plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de modo tal que no se cumplía la condición prevista en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, para designar en aquel a una persona que no pertenece a la carrera diplomática y consular, como es el caso del demandado.

Como sustento de lo anterior, aportó copia de: (i) la sentencia del 26 de septiembre de 2019, en la cual la misma Sección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A declaró la nulidad del Decreto 303, también del 28 de febrero de 2019, por el cual se designó a la señora

María Ximena Durán Sanín en un empleo de idéntica naturaleza, denominación y adscripción que el actual, «(...) 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»; y (ii) el concepto No. 00091 del 12 de diciembre de 2019, elevado por la procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado, dentro del trámite de apelación de dicho fallo, en el que solicita que se confirme la decisión del a quo, teniendo en cuenta que «(...) está probado que por lo menos un funcionario de la planta del servicio interior, **Jairo Augusto Abadía Mondragón**, tenía mejor derecho para ser designado en el cargo en que lo fue la demandada, por cuanto para la fecha en que se llenó la vacante en provisionalidad, **28 de febrero de 2019**, cumplía el periodo exigido en el literal b) del artículo 37 del decreto 274 de 2000 para ser llamado».

Sobre el segundo cargo de la apelación, el demandante enfatizó que el acto acusado viola el artículo 125 de la Constitución Política, según el cual «(...) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera» y, en ese sentido, alegó que: «(...) resultan incongruentes los argumentos presentados por el Tribunal y por la parte demandada que sugieren que es más importante darle aplicación a la regulación administrativa de los desplazamientos que establece un decreto, que al sistema meritocrático (...). Al respecto, menciona que el a quo confundió la frecuencia de los lapsos de alternación de que trata el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 con los periodos para que se cumplan los desplazamientos correspondientes, contemplados en el artículo 39, literal c ejusdem. «Es por ello, que se insiste en que la presencia de un plazo consagrado en un decreto es un requisito de procedimiento formal para realizar un nombramiento, pero que si se hubiese tenido voluntad para hacer efectivo el principio del mérito de la carrera diplomática, se hubiese nombrado al funcionario de planta, quien el 9 de febrero de 2019, es decir, 3 semanas antes de la realización del nombramiento de una persona ajena a la carrera administrativa, ya cumplía con los requisitos de fondo para ser removido a la planta externa», refiriéndose al señor Abadía, quien terminó su alternancia en planta interna el 9 de febrero de 2019.

Trámite del recurso de apelación

A través de auto del 20 de enero de 2019, la Subsección B, Sección Primera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte activa contra la sentencia del 12 de diciembre de 2019, que denegó la pretensión de nulidad electoral del Decreto 306 del 28 de febrero de 2019, sin condena en costas, al encontrar que se presentó de forma motivada y oportuna al día siguiente de la notificación personal de aquella, tal como se consignó en constancia secretarial del 17 de enero de 2020 (fls. 276 y 277).

Una vez recibido el expediente en la Secretaría de la Sección Quinta de esta corporación, se procedió a realizar el reparto del asunto, cuyo trámite fue asignado a este despacho (fl. 284), el cual profirió el auto del 1 de julio de 2020 que admitió la impugnación y ordenó correr los traslados correspondientes, de conformidad con los artículos 292 y 293 del CPACA, en concordancia con los artículos 2 y 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Surtidas las notificaciones y los traslados procedentes[13], el expediente ingresó al despacho el 23 de julio de 2020, para efectos de dictar sentencia de segunda instancia, junto con los alegatos de conclusión formulados por el demandante y el Ministerio de Relaciones Exteriores, así como el concepto del Ministerio Público.

Alegatos de conclusión

Dentro del término concedido a las partes para formular sus alegatos de conclusión, esto es, entre el 10 y el 14 de julio de 2020, se pronunciaron el Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor David Ricardo Racero Mayorca, en los términos que a continuación se reseñan:

Alegatos del Ministerio de Relaciones Exteriores

Mediante memorial del 13 de julio de 2020, el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó confirmar la sentencia impugnada, al estimar que el acto acusado se ajustó íntegramente al ordenamiento jurídico que lo rige, tal como lo constató el a quo, y los cargos de la apelación que se formularon por el actor no logran desvirtuar las razones en que sustentó su decisión de denegar las pretensiones de la demanda, las cuales estima encuentra ajustadas a lo dispuesto en los artículos 37 y 39 del Decreto Ley 274 de 2000, así como a la práctica administrativa y jurisprudencial en relación con la frecuencia de los lapsos de alternación en planta interna y externa, así como la forma de aplicarlos, en particular, en cuanto a los periodos para llevar a cabo los nombramientos y desplazamientos a que haya lugar. En este sentido, expresa que:

(...) no se trata de establecer la fecha en la que se cumple el lapso de alternación sino de la forma en que esta se aplica, es decir, en qué mes se debe expedir y comunicar el decreto de designación para aplicar la alternación y en qué mes se debe desplazar el funcionario para cumplir con la designación, siendo posible que este término de desplazamiento sea prorrogado. De tal forma que, aplicar los lapsos de alternación de la manera que lo pretende el demandante, significa que la Administración deba desconocer el parágrafo primero del artículo 39 del decreto ley 274 de 2000 y dejaría la institución jurídica de la alternación con una aplicación muy complicada para la Administración y para los funcionarios de carrera diplomática, como quiera que, esto implica que los funcionarios deberían hacer su desplazamiento al momento de cumplir el tiempo y no en los meses de julio y enero como lo establece este artículo. Y los decretos de designación no serían expedidos en mayo y noviembre como lo establece esta norma. Es decir, sería una interpretación contraria del bloque de legalidad y de los principios que orientan la función administrativa -artículo 209 de la Constitución Política y artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo-.

Por tanto, sostiene que el Decreto No. 306 del 28 de febrero de 2020 satisface el presupuesto del artículo 60 del Decreto 264 de 2000 para acudir al nombramiento en provisionalidad de personas no pertenecientes a la carrera diplomática y consular, en la medida en que para la fecha de su expedición no existían funcionarios inscritos en el escalafón que reunieran los requisitos para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores -adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en los términos del artículo 37 ejusdem, a saber, que: (i) ocuparan empleos por debajo de su categoría en el escalafón; y (ii) hubiesen culminado su lapso de alternación o que (iii) de haber estado cumpliéndolo en el exterior, acumularan 12 meses continuos en la sede respectiva. En tal virtud, especifica que en el caso particular:

(...) está probado que, para el 28 de febrero de 2019, no era posible designar al funcionario de carrera Jairo Augusto Abadía Mondragón en el cargo en la planta externa, puesto que, su lapso de alternación en la planta interna se cumplió el 9 de febrero de 2020, debiendo prestar sus servicios en el país hasta el mes de julio de 2019, como quiera que, según el parágrafo primero del

artículo 39 del decreto ley 274 de 2000, establece que si el lapso de alternación se cumple en el primer semestre del año, los decretos de designación se expedirán y comunicaran en el mes de mayo y el desplazamiento se realizará en el mes de julio. De tal forma que, la Administración no tenía autorización legal para expedir en el mes de febrero de 2019 el decreto de designación en el servicio exterior del funcionario Jairo Augusto Abadía Mondragón, con el fin de dar aplicación de los lapsos de alternación, ya que, la autorización legal es para el mes de mayo.

Así entonces, concluye que el demandante no cumplió con su carga probatoria de demostrar el requisito de disponibilidad, tal como lo exige la jurisprudencia de esta Sección para la prosperidad de las pretensiones de nulidad electoral de este tipo de nombramientos, por cuanto aquel funcionario no había completado su lapso de alternancia en planta interna en la frecuencia y periodos de desplazamiento legalmente exigidos, tal como lo constató la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia impugnada.

Alegatos del demandante

El señor David Ricardo Racero Mayorca, a través de escrito del 14 de julio de 2020, reiteró su petición de revocar la decisión del a quo para, en su lugar, declarar la nulidad del Decreto No. 306 del 28 de febrero de 2019, insistiendo en los argumentos que desarrollan los cargos en que sustentó el recurso de apelación en su contra, frente a los cuales agregó que:

En el caso que nos ocupa, es importante tener en cuenta lo decidido por el Consejo de Estado en la sentencia del 6 de febrero de 2020, en la que señala que el Ministerio de Relaciones Exteriores confunde la adquisición del derecho con la materialización del mismo, puesto que la materialización del traslado en julio y en enero, corresponde a una logística de tipo administrativo que concreta la adquisición del derecho para la alternación en la planta externa, pero que no implica la adquisición del derecho, pues este se adquiere en la fecha exacta en que se cumple con los años exigidos de periodo de alternancia.

En consecuencia, enfatiza que en concordancia con dicho precedente[14], se demostró en este proceso que el señor Jairo Augusto Abadía tenía mejor derecho que el demandado para ser nombrado en el cargo en mención, en cuanto cumplió el lapso de 3 años de alternación en planta interna el 9 de febrero de 2019, esto es, antes de la expedición del acto acusado, por lo que se imponía su designación en observancia del principio de especialidad del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y «(...) protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema de ascenso, el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, que conlleva para las personas vinculadas a la carrera diplomática unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado».

Concepto del agente del Ministerio Público

Dentro del término de cinco (5) días concedido al Ministerio Público para intervenir en el trámite de este recurso, el cual transcurrió entre el 15 y el 22 de julio de 2020, la procuradora séptima delegada ante esta corporación allegó el concepto No. 146 de este último día, en el cual solicitó revocar la sentencia del 12 de diciembre de 2019 y, en su reemplazo, declarar la nulidad del acto de nombramiento controvertido, por considerar que «(...) de conformidad con la línea jurisprudencial de la Sección Quinta que, por demás, esta delegada solicita mantener, la excepcional forma de provisión de cargos de Carrera Diplomática y Consular, es decir, la provisionalidad del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 no resultaba pertinente en el caso en

estudio, pues existía un funcionario en el escalafón de la carrera Diplomática y Consular que había cumplido los requisitos para ocupar el cargo en el que fue nombrado el demandado», en referencia al señor Jairo Augusto Abadía Mondragón.

En particular, sugiere que se debe dar aplicación al estándar adoptado en el citado precedente del 6 de febrero de 2020, por tratarse de un fallo proferido en el marco de un asunto asimilable al actual, teniendo en cuenta que «El demandante es el mismo que actúa en el proceso de la referencia y demandó otro acto de nombramiento que se hizo el mismo día del que ahora se demanda, en donde el Ministerio de Relaciones Exteriores señaló que los nombramientos en provisionalidad se hicieron porque no había un solo un funcionario de carrera llamado a ser designado como Ministro Plenipotenciario, haciendo una interpretación del traslado de los funcionarios que esta delegada rechazó y frente al cual hubo un expreso pronunciamiento de la Sección» en el mismo sentido, por lo que confirmó la decisión del a quo de acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

En efecto, destaca que el cumplimiento del lapso de alternancia se produce en las frecuencias que señala el artículo 37 del decreto 274 de 2000, tomando como referencia la fecha de posesión en el respectivo cargo, sin que resulte procedente darle a los periodos de desplazamiento de que trata el artículo 39 ejusdem el alcance de requisito adicional para ser nombrado, pues se trata de una cuestión meramente técnica o administrativa, de modo tal que «(...) cuando la norma señala que los desplazamientos para los funcionarios de la carrera diplomática y consular que sean resultado de la alternación, se harán efectivos, no puede entenderse en el sentido en que lo planteó la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es decir, que el derecho solo se adquiere en los meses estipulados en la norma, pues, se debe insistir, el derecho se consolida cuando se cumple el periodo de alternancia, cosa distinta es que el desplazamiento solo se pueda efectuar en un período determinado».

Finalmente, aclara que «(...) si bien el único funcionario que podía ser llamado cuando fue nombrado el demandado [el señor Abadía Mondragón], había sido designado en la planta externa como Ministro Plenipotenciario en el Consulado General de Colombia en Vancouver-Canadá el 17 de mayo de 2019, según el Decreto 860 de 2019, ese nombramiento no enerva el hecho que dio origen a la demanda de nulidad, pues el análisis sobre la existencia de servidores con el derecho a ser llamados al cargo que fue provisto en provisionalidad se debe hacer para el momento en que se expidió el acto de nombramiento objeto de cuestionamiento, lo que indica que, para la mencionada fecha, 28 de febrero de 2019, había un servidor con el derecho a ser designado y, por tanto, no se podía proveer el cargo en provisionalidad».

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152[15], numeral 9° del CPACA y en el artículo 13, numeral 7° del Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta sección es competente para conocer, en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019, en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la presente demanda de nulidad electoral.

2. Problema jurídico

En el marco de los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por el

demandante, corresponde a esta sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el Decreto No. 306 del 28 de febrero de 2019, para lo cual se resolverá el siguiente problema jurídico:

De conformidad con el plenario, para la fecha de expedición de tal acto, por el que el presidente de la república resolvió «Designar en provisionalidad al señor VICENTE FERNANDO ECHANDÍA ROLDÁN, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.420.398, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte» ¿existía o no un funcionario de carrera disponible para ocuparlo, según los requisitos exigidos en los artículos 60 (principio de especialidad), 35 y ss. (situación administrativa de alternación) del Decreto Ley 274 de 2000 y la jurisprudencia que los desarrolla?

Así entonces, con el fin de emitir un pronunciamiento, la Sala analizará: (i) el principio de especialidad en la Carrera Diplomática y Consular; (ii) la situación administrativa de alternación al interior de esta; (iii) el nombramiento en provisionalidad; y finalmente (iii) el caso concreto.

El principio de especialidad en la Carrera Diplomática y Consular

En virtud de los artículos 125[16] y 130[17] de la Constitución Política, se tiene que el sistema de carrera administrativa es la regla general para el acceso, promoción, permanencia y retiro del empleo público, la cual admite excepciones en virtud del principio de especialidad, como es el caso del Régimen de Carrera Diplomática y Consular, tal como lo avaló la Corte Constitucional desde su Sentencia C-129 de 1994, en la que precisó:

La Carrera diplomática y consular tiene un régimen especial y diferenciado respecto de la Carrera administrativa. Por tanto, no pueden aplicarse los mismos principios a las dos carreras, ya que el legislador extraordinario, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones atribuidas al servicio exterior, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a las misiones diplomáticas y consulares, dispuso un sistema diferente, adecuado con las funciones propias dirigidas a desarrollar "en forma sistemática y coordinada todas las actividades relativas al estudio y ejecución de la política internacional de Colombia, la representación de los intereses del Estado colombiano y la tutela de los intereses de sus nacionales ante los demás estados, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional" (art. 2o. Decreto Ley 10 de 1992)[18]." (M.P. Doctor Vladimiro Naranjo Mesa)

Este régimen encuentra entonces su justificación en la naturaleza específica del servicio exterior, entendido como la actividad a cargo de la Cancillería en desarrollo de la política exterior del Estado -dentro y fuera del territorio nacional-, para efectos de representar los intereses estatales y proteger los derechos de los colombianos en otros países (art. 3 del Decreto Ley 274 de 2000), cuya prestación efectiva requiere de personal idóneo, con formación y experiencia en la materia, tal como lo reconoció el legislador extraordinario cuando señaló que «el servicio exterior es un servicio especializado, profesional, jerarquizado y disciplinado, que se funda en el principio del mérito» (artículo 13 ejusdem).

Ahora bien, los orígenes de la Carrera Diplomática y Consular en el país se remontan a la Ley 72 de 1922 «Orgánica del Servicio Diplomático y Consular», que sentó las bases para la profesionalización de su actividad, dando lugar a la expedición del Decreto 1148 del 18 de agosto de 1923 «por el cual se reglamentan las carreras diplomática y consular», que en su artículo 3 estableció que «El ingreso a la carrera diplomática se efectuará por la sexta categoría, por oposición, en forma de concursos que se establecerán conforme al artículo 30 (...)» y enunció los requisitos que debían cumplir los candidatos.

Luego de algunos desarrollos normativos, se profirió la Ley 114 de 1937 «Por la cual se confieren autorizaciones al Gobierno para reorganizar el Ministerio de Relaciones Exteriores y se crea la carrera diplomática y consular» y, en ejecución de esta, el Decreto 320 del 25 de febrero de 1938, el cual unificó las carreras diplomática y consular que existían en forma separada, y dispuso la creación de un curso de especialización denominado «Extensión diplomática y consular», en el cual debían matricularse quienes aspiraran a acceder a esta.

Posteriormente, luego de varias modificaciones a dicho acto administrativo, se dictaron el Decreto 2016 de 1968 «Orgánico del Servicio Diplomático y Consular», la Ley 61 de 1987 «Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones» y el Decreto Ley 10 de 1992 «**Orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular**», que estableció en su artículo 13 que «**El ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hará exclusivamente por concurso público y en la categoría de Tercer Secretario**» y que el proceso de selección comprende el ingreso a la Academia Diplomática (artículo 15, Literal d.), para adelantar los estudios de capacitación y actualización procedentes (artículo 18) y también para las pruebas de ascenso (artículo 31).

En la actualidad, el régimen jerarquizado que rige esta carrera especial se encuentra regulado por el Decreto Ley 274 de 2000, que refuerza el rol de la Academia en el ingreso y promoción dentro de aquella en razón de su especialidad, para la profesionalización del personal diplomático responsable de la prestación del servicio exterior colombiano tanto en la Cancillería como en las Embajadas, Delegaciones ante Organismos Internacionales y Consulados colombianos en el exterior, de conformidad con la política exterior del Estado y las reglas y prácticas propias de las relaciones internacionales.

La alternación como situación administrativa en la Carrera Diplomática y Consular.

La alternación se encuentra definida por el artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000 como una situación administrativa especial de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, que:

(...) permite, entonces, la óptima utilización de los recursos disponibles "[d]e suerte que sea posible ejecutar la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en forma adecuada y oportuna" (art. 4, núm. 2, D.L. 274/2000), materializándose así los principios de eficiencia y eficacia (ibídem). En concordancia con tales principios se suma la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 2 CP) que el Decreto 274 desarrolla bajo el principio de transparencia, así: "[p]revalencia de los intereses de la colectividad nacional respecto de los intereses personales de cada funcionario, en orden a una prestación del servicio acorde con las responsabilidades de quienes ejercen función pública en desarrollo de la política internacional del Estado"[19].

Su justificación ha sido precisada tanto por la jurisprudencia constitucional como la contencioso-administrativa, en el sentido en que con esta figura «(...) se busca que los funcionarios que pertenecen a la carrera no permanezcan indefinidamente en el servicio exterior, circunstancia que les impediría mantenerse en un contacto directo y saludable con la problemática nacional y que iría en desmedro de su propia identidad cultural. Por ello se establece la obligación de trabajar, durante lapsos alternativos, en el servicio exterior y en el interior»[20]; así lo ha entendido también esta sala al explicar que con la alternación «(...) 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».

En este orden, dicha figura está regulada en los artículos 35 a 40 ejusdem, que establecen su naturaleza jurídica, lapsos, frecuencia, obligatoriedad, aplicación y excepciones, respectivamente, a partir de los cuales se deducen las siguientes características:

(i) Consiste en el deber de los empleados de la carrera especial de desempeñar sus funciones con lapsos de alternación entre su servicio en planta interna y externa, en referencia a la ubicación territorial de su sede de trabajo, dentro o fuera del país, en virtud de los principios de eficiencia y especialidad.

(ii) Tales periodos se deben cumplir con la siguiente frecuencia: El tiempo de servicio en planta externa será de 4 años, prorrogables hasta por 2 años más bajo condiciones, y en planta interna de 3 años prorrogables con excepciones -sin definir un límite máximo-, a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de esta carrera especial. Quienes se encuentren cumpliendo su alternancia en planta externa, no podrán ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo casos extraordinarios.

(iii) Dicha frecuencia se contabilizará desde la fecha en que el funcionario respectivo se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione en el cargo de planta interna; el tiempo de servicio que exceda aquella, mientras se hace efectivo el desplazamiento a que haya lugar, no será considerado como tiempo de prórroga.

(iv) Es obligación prestar el servicio en planta interna como condición para la aplicación de la alternación en el servicio exterior y su incumplimiento es causal de retiro de la carrera.

(v) Son excepciones a su debido cumplimiento las circunstancias probadas por el funcionario de fuerza mayor y caso fortuito, la disponibilidad para ser designado en otro cargo en el exterior, por haber superado el lapso de 12 meses en la sede externa respectiva -se aplica únicamente en relación con el tiempo de servicio en planta externa- o aquellas de naturaleza especial, calificadas como tales por la Comisión de Personal, tales como razones de salud física o mental y dependencia económica de un pariente -válidas solo en relación con el tiempo de servicio en planta interna-.

(vi) El procedimiento administrativo para aplicar la alternación comprende que la Dirección del Talento Humano mantenga un registro actualizado de los lapsos de alternación que cumple cada funcionario y coordine las gestiones necesarias para los desplazamientos a que haya lugar, en la medida en que vayan cumpliendo la frecuencia de sus correspondientes lapsos en planta interna y externa, según el siguiente cronograma: Durante el mes de julio, se harán efectivos los desplazamientos causados en el primer semestre y en enero los causados durante el segundo semestre, según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 39 del Decreto Ley 274 de

2000[21].

5. El nombramiento en provisionalidad en la Carrera Diplomática y Consular

Esta modalidad de provisión de los empleos en este régimen de carrera se encuentra reglada en los artículos 60 y 61 del Decreto 274 de 2000, que determinan su naturaleza, presupuesto y condiciones de aplicación, los cuales fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-292 de 2001 -aunque con algunas salvedades y condicionamientos en cuanto al alcance de esta última disposición-, en atención a su carácter excepcional teniendo en cuenta las necesidades del servicio, que consideró compatible con el principio del mérito que rige el acceso, permanencia, promoción y retiro de aquella, según lo expuesto en aquel fallo, reiterado por la Sentencia C-808 del mismo año, que declaró la existencia de cosa juzgada al respecto, con base en la motivación original que señaló que:

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.

(...)

De otro lado, el artículo 61 del Decreto 274 de 2000 desarrolla las condiciones básicas para la realización de nombramientos en propiedad (...). Ante ello, la Corte advierte que ni con los requisitos implementados en el literal a, ni con la fijación del plazo para hacer dejación del cargo se está desconociendo la Carta Política pues nada más natural que el legislador extraordinario, en ejercicio de facultades legítimamente concedidas, especifique los requisitos necesarios para realizar nombramientos en esa situación administrativa excepcional que es la provisionalidad y que regule el plazo para que quienes han sido nombrados en esas condiciones hagan dejación del cargo pues se trata de cargos que se ejercen en el exterior.

En este orden, la jurisprudencia de esta sección ha indicado que la excepción prevista en el referido artículo 60, no hace más que confirmar la regla general referida a que los empleos de la planta interna y externa del Ministerio de Relaciones Exteriores son propios de la Carrera Diplomática y Consular y, por ende, se deben proveer en virtud de concurso de méritos, excepto cuando no sea posible designar funcionarios escalafonados para proveerlos, hipótesis en que se autoriza el nombramiento en provisionalidad de personas ajenas a ella, bajo las siguientes reglas:

(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 *Ibidem* por parte de la persona designada en provisionalidad; y, (b) la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el respectivo cargo.

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

(iii) La demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre el demandante. Esta carga probatoria no se puede satisfacer con el simple suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que exige la demostración del cumplimiento del término alternación o del término de 12 meses consagrado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, hecho que debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión. De lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no.[22]

Esta es la interpretación judicial vigente sobre la materia, en sede de nulidad electoral, en observancia del artículo 125 superior, la cual favorece que los cargos vacantes en este régimen especial de carrera sean provistos con los funcionarios que están prestando su servicio en planta interna o externa y han cumplido la frecuencia de los lapsos de alternancia en los términos del artículo 37 ejusdem, en un empleo de menor jerarquía al que les corresponde, para que puedan ocupar aquel en el que están inscritos en el escalafón en razón del mérito, que les da un derecho no solo preferente sino además excluyente para ocuparlo sobre las personas que no pertenecen a ella, elemento que corresponde demostrar al demandante en este tipo de procesos.

6. Caso concreto

En el sub examine, la Sala observa que la parte actora, en su escrito de impugnación contra la Sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda, formuló dos cargos de apelación en su contra, los cuales son interdependientes, por lo que se estudiarán conjuntamente; estos son:

1. El análisis probatorio y jurídico realizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció que para la fecha de expedición del Decreto 303 del 28 de febrero de 2019 si (sic) existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que ya habían cumplido con el periodo de alternación, y que por tanto debían ser preferidos para ser nombrados en el cargo en el que fue nombrado el señor Vicente Fernando Echandía Roldán, lo cual conlleva a la declaratoria de nulidad de su nombramiento.
2. La sentencia impugnada no dio prevalencia al sistema de mérito en la carrera diplomática y consular al denegar las pretensiones de nulidad del nombramiento de Vicente Fernando Echandía Rondán, y por tal razón, debe revocarse.

En relación con ambos, vale precisar que la ratio decidendi contenida en el fallo que se controvierte consistió en que el demandante no cumplió con su carga de demostrar que, para el 28 de febrero de 2019 – fecha de expedición del acto acusado-, existían funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular disponibles para ser nombrados en el cargo de ministro plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran

Bretaña e Irlanda del Norte, en el que se designó al señor Vicente Fernando Echandía Roldán, quien no hace parte de aquella. Lo anterior, luego de estudiar la situación particular de los dos funcionarios que, en criterio del actor, estaban disponibles para entonces y, por tanto, tenían mejor derecho que el demandado para ocupar dicha vacante, respecto de los cuales el a quo encontró lo siguiente:

JAIRO AUGUSTO ABADÍA MONDRAGÓN: Obra en el expediente Acta de Posesión en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, del día 9 de febrero del año 2016 (fl. 116 cdno. Ppal.).

Tal como lo manifestó el Ministerio de Relaciones Exteriores en su escrito de contestación de la demana (fl. 60 y 61 cdno. ppal.), para los efectos relacionados con lo previsto para la alternancia se expedirán los comunicados durante el mes de mayo para los desplazamientos que se produzcan en el mes de julio, de conformidad con establecido en el parágrafo del artículo 39 del Decreto Ley 274 del año 2000, por lo cual, al cumplirse el período de alternancia en el primer semestre del año 2019, del señor Jairo Augusto Abadía Mondragón fue programado su traslado en el mes de mayo.

En efecto, mediante el Decreto No. 860 del 17 de mayo del año 2019, el citado funcionario fue trasladado a la planta externa adscrito al Consulado General de Colombia en Vancouver – Canadá (fl. 69 en cd digitalizado).

DAISY CAROLINA MEJÍA GIL: Obra en el expediente Acta de Posesión en el cargo Asesor , Código 1020, grado 13, de la planta global interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, del día 8 de agosto del año 2014 (fl. 146 cdno. ppal.).

Posteriormente, mediante la Resolución No. 6082 del 20 de agosto del año 2014, le fue otorgada una Comisión de Estudios desde el 11 de septiembre del año 2015 (fl. 69 en cd digitalizado), por lo cual, en este tiempo no se ejerció el cargo de la carrera).

Razón por la cual certificó el Ministerio de Relaciones Exteriores el plazo de alternancia de la señora Daisy Carolina Mejía Gil, cumple el término de tres (3) años para el ejercicio de su cargo en el exterior has el segundo semestre del año 2019, tal como dispone el artículo 37 del Decreto Ley 274 del año 2000 (fl. 69 en cd digitalizado).

3) Por tanto, se evidencia que al no cumplirse el primer presupuesto para establecer la provisionalidad, esto es que existieran funcionarios con menor cargo al de su escalafón, no se hace necesario evaluar si los mismos ya habían culminado su período de alternación, o no se había consolidado, puesto que lo certificado por la entidad es que se encontraba cumpliendo sus periodos en el escalafón correspondiente a su cargo de planta, es decir, que no estaban en disponibilidad de asumir el cargo, razón por la que no se debe acudir entonces al segundo presupuesto respecto de los periodos de alternación.

Igualmente, se pudo evidenciar que, los señores Jairo Augusto Abadía Mondragón y Daisy Carolina Mejía Gil, se encontraban en el cargo de su escalafón como Ministro Plenipotenciario y, de otro lado no cumplían para la época de expedición del acto demandado, esto es el 28 de febrero del año 2019, la disponibilidad para ser nombrados, de acuerdo a los periodos de alternancia en planta interna.

En este orden, el señor David Ricardo Racero dirige su recurso a controvertir el análisis del Tribunal frente al primero de tales funcionarios, pues estima que la argumentación que lo llevó a

concluir que no estaba disponible no se corresponde con las pruebas aportadas, en particular, el acta de su posesión en el cargo de ministro plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, del día 9 de febrero del año 2016 (fl. 116 cdno. Ppal.), con base en la cual los tres años de su alternancia en esta se completaron el 9 de febrero de 2019, de conformidad con la frecuencia señalada en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000; es decir, antes de la expedición del acto demandado, lo que según la jurisprudencia reciente de esta Sección es suficiente para tener por satisfecho este requisito para ser nombrado en planta externa, al margen de los periodos o plazos administrativos para la realización del nombramiento y desplazamiento correspondientes, fijados en el artículo 39 ejusdem.

Esta es la deducción que realiza a la luz de la interpretación que de tales disposiciones hiciera esta Sala, en la sentencia del 6 de febrero de 2020, que trae a colación el apelante en sus alegatos de conclusión, en la que se precisó que:

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 ibídem 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 ejusdem, 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, entendiendo 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 posea o asuma funciones en el exterior, o se posea 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.[23]

En consecuencia, encuentra esta Sección que este precedente, en efecto resulta aplicable aquí por analogía, tal como lo solicita el actor en sus alegatos de conclusión, en cuanto que si bien sus partes, fundamentos fácticos y jurídicos no coincidan totalmente con los del presente asunto, sí guardan identidad material estrecha, que los hace asimilables en sus aspectos estructurales, teniendo en cuenta que en aquella oportunidad se confirmó la sentencia del 26 de septiembre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral -interpuesta también por el señor David Ricardo Racero Mayorca-, en el sentido de declarar la nulidad del Decreto 303 del 28 de febrero de 2020 -acto expedido en la misma fecha que el actual-, por medio del cual de nombró en provisionalidad a 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 -se trató de un nombramiento en la misma modalidad, cargo y sede que en este caso-, por encontrar que el señor Jairo Augusto Abadía tenía mejor derecho para ocuparlo, al haber concluido su lapso de alternancia en planta interna, con base en el acta de su posesión en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, del día 9 de febrero del año 2016 -aquel es el mismo funcionario en el insiste el apelante que se encuentra disponible en este proceso, en el que también obra prueba del cumplimiento de su alternancia, según la constancia de su posesión obrante a folio 116 del expediente-.

En este orden de ideas, es menester concluir que el Decreto 3030 del 28 de febrero de 2019 en el que se resuelve: «ARTÍCULO 1º.- Designación. Designar en provisionalidad al señor **VICENTE FERNANDO ECHANDÍA ROLDÁN** (...) en el cargo de **Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22**, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte», no cumple con el presupuesto y condiciones para su procedencia, en los términos de los artículos 60 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000, en la medida en que para la fecha de su expedición el señor Jairo Augusto Abadía había completado la frecuencia de su lapso de alternación en planta interna desde el 9 de febrero inmediatamente anterior, por lo que estaba disponible y tenía el derecho preferente a ser nombrado en dicho empleo, al margen de los plazos previstos para su desplazamiento, regulados en el artículo 39 ejusdem, de acuerdo con el precedente invocado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia la sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda. En su lugar, **DECLARAR LA NULIDAD** del Decreto No. 306 del 28 de febrero de 2019, expedido por el presidente de la república y el ministro de relaciones exteriores, «Por el cual se hace una designación en provisionalidad en un cargo de Carrera Diplomática y Consular

del Ministerio de Relaciones Exteriores», de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

[1] Cuaderno No. 1, fl. 1.

[2] Cuaderno No. 1, fl. 11.

[3] Cuaderno No. 1, fl. 5.

[4] CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 31 de marzo de 2016, Rad. 2015-00443-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

[5] Cuaderno No. 1, fl. 7.

[6] Cuaderno No. 1, fl. 8.

[7] Cuaderno No. 1, fl. 217.

[8] Cuaderno No. 1, fl. 218.

[9] Cuaderno No.1, fls. 103 y 104

[10] Cuaderno No. 1, fls. 219.

[11] Cuaderno No. 1, fl. 220.

[12] Cuaderno No. 1, fl. 221.

[13] El traslado del recurso de apelación corrió del 7 al 9 de julio; por su parte, el traslado para alegar de conclusión corrió del 10 al 14 de julio; y finalmente el traslado al Ministerio Público corrió del 15 al 22 de julio de 2020.

[14] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 6 de febrero de 2020, Rad.

[15] "[...] ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...]"

9. De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento [...]"

[16] 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. (...)

[17] ARTÍCULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

[18] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-129 del 17 de marzo de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[19] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 30 de abril de 2018, Radicación: 2365, MP Álvaro Namén Vargas.

[20] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-129 del 17 de marzo de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Reiterada en la Sentencia C-808 del 1 de agosto de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

[22] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 12 de noviembre de 2015, Radicación 25000-23-41-000-2015-00542-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro, reiterada en Sentencias de la misma Sección del 8 de marzo y 19 de septiembre de 2018 y 6 de febrero de 2020, entre otras.

[23] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA. Sentencia del 6 de febrero de 2020, Rad. 25000-23-41-000-2019-00259-01, M.P. Rocío Araújo Oñate

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 15 de enero de 2024 - (Diario Oficial No. 52.621 - 27 de diciembre de 2023)

