

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB-SECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

Expediente No.: 25000-23-41-000-2017-01458-00
Demandante: MARIO ANDRÉS SANDOVAL ROJAS
Demandado: GABRIELA GUTIÉRREZ MORALES
Medio de Control: NULIDAD ELECTORAL

**SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA
SISTEMA ORAL**

Procede la Sala a dictar sentencia en la demanda promovida por el señor Mario Andrés Sandoval Rojas contra la señora Gabriela Gutiérrez Morales y la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de obtener la nulidad de del Decreto 6377 del 14 de agosto de 2017, por medio del cual se nombró con carácter provisional a la demandada en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Pretensiones

El demandante en nombre propio formuló la siguiente pretensión:

"PRIMERA: Que se declare la nulidad del Decreto 6377 del 14 de agosto de 2017.

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

1.2. HECHOS:

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los hechos relevantes, resumidos de la siguiente manera:

El 14 de agosto de 2017 el Ministerio de Relaciones Exterior expidió el Decreto 6377 mediante el cual se decide nombrar con carácter provisional a Gabriela Gutiérrez Morales en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores es un cargo de Carrera Diplomática y Consular a la cual no pertenece la señora Gabriela Gutiérrez Morales.

Afirma que se puede designar en cargos de Carrera Diplomática y Consular a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, siempre que no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos, advirtiendo sobre el derecho preferente que tienen los funcionarios de carrera para ocupar los cargos.

Para llegar a la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, los funcionarios de carrera debieron superar el riguroso concurso de méritos, el curso de formación diplomática, el año de periodo de prueba, las calificaciones anuales de desempeño laboral y los exámenes de ascenso.

318

Señala que la Sala Quinta del H. Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, decidió el 7 de diciembre de 2016, bajo sentencia con radicación número: 110010328000201600052-00, declarar infundado el Recurso Extraordinario de Unificación de jurisprudencia, interpuesto por el señor Rafael Enrique Lizarazu Montoya, a quien en control de nulidad electoral que se adelantó en única instancia en su contra, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, declaró nulo el Decreto 0111 del 21 de enero de 2015, por el cual se lo nombró en provisionalidad en el cargo de Ministro Consejero de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la embajada de Colombia ante el gobierno de Guatemala.

Pone de presente diferentes alternativas para que funcionarios de Carrera ocupen los cargos en las misiones diplomáticas y oficinas consulares, advirtiendo la administración cuenta entonces, con la facultad para proveer el cargo demandado con funcionarios de Carrera, consagrada en el literal b del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, y que permitía designar en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular

Al momento de expedición del acto acusado, como a la fecha, existe personal de la Carrera Diplomática y Consular escalafonado en rango de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores que está cumpliendo funciones en el exterior, pero comisionado por debajo de ese grado (artículo 53 literal a. del Decreto 274).

Hace una relación de los funcionarios que están disponibles para ocupar el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 .

Advierte que es imposible determinar si el nombrado cumple con los requisitos exigidos por la ley para ocupar el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Francesa, porque la hoja de vida de la nombrada no ha sido publicada.

- Los cargos de nulidad serán expuestos en el acápite considerativo de esta decisión.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Afirma su apoderado que por el acto demandado se vulneraron los artículos 125, 209 de la Constitución Política, los artículos 4, 60 y 61 del Decreto 274 de 2000,

2. Contestación de la demanda.

2.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

La cartera ministerial afirma que la demanda carece de fundamento por cuanto la Resolución No. 6377 de 14 de agosto de 2017, se expidió conforme a los parámetros legales y constitucionales, respetando las normas que establecen la institución de la provisionalidad en el régimen de carrera diplomática y consular, especialmente el hecho de que no era posible designar en dicho cargo a ninguno de los servidores públicos inscritos en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El nombramiento se expidió de acuerdo con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 *«Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular»*, que otorga la facultad de nombrar en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular a personas que no pertenezcan a la misma, de modo que, la resolución demandada, goza de presunción de legalidad.

Revisados los requisitos y condiciones para el desempeño en provisionalidad del cargo, consagrados de manera expresa en la ley, se observa que no existe ninguna exigencia en el sentido de que el funcionario nombrado en provisionalidad deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, cuando en este caso se hizo

amparado en la provisionalidad que faculta a la administración, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

De la revisión de la hoja de vida de la persona nombrada, es evidente que cumple a cabalidad con los requisitos de estudio y experiencia que exige la norma para desempeñar el cargo para el cual fue nombrada en provisionalidad, de modo que, el acto administrativo demandado, se encuentra ajustado a derecho, advirtiendo que los argumentos del demandante, que invocan como normas infringidas con el acto administrativo acusado, disposiciones de contenido general, abstracto, impersonal, que jamás pueden servir para edificar un cargo de nulidad por violación de la ley.

Advierte, una grave contradicción entre las afirmaciones efectuadas por el demandante, y lo que preceptúa las disposiciones que rigen de manera particular y concreta la Carrera Diplomática y Consular contenidas en el Decreto 274 de 2000 *«Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular»*, así, como las conclusiones emitidas por la Corte Constitucional en Sentencia C-292 de 2001, pues, debido a que el hecho consistente en que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado, existían funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, no era posible designarlos en este cargo, debido a la situación administrativa de cada uno, porque están ejerciendo sus cargos en comisión para situaciones especiales desempeñando cargo de superior o inferior categoría, procedimiento permitido legalmente, y cumpliendo sus lapsos de alternación, respectivamente.

La especial connotación de la labor desarrollada por los funcionarios de carrera y la trascendencia de la misma en el concierto tanto nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, entre otros, siendo citada por el demandante únicamente la primera institución, por lo que estamos en este caso

en presencia de una proposición jurídica incompleta y una errada interpretación de los artículos 53 y 60 del Decreto 274 de 2000.

De acuerdo el régimen el personal de Carrera Diplomática y Consular, debe prestar su servicio en el servicio exterior durante cuatro (4) años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, por necesidades del servicio, y en el país durante tres (3) años prorrogables a solicitud del servidor público, cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso, la Dirección del Talento Humano o la dependencia que haga sus veces debe coordinar las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma.

El desplazamiento se realiza en el mes de julio, cuando los periodos de permanencia se consolidan durante los meses de enero a junio anteriores, y el desplazamiento se realiza en el mes de enero, para las situaciones causadas durante los meses de julio a diciembre anteriores al mismo.

El estatuto previó unos tiempos de servicio de ascenso a cada una de las categorías del escalafón de Carrera Diplomática y Consular tres (3) años para Segundo Secretario, cuatro (4) años para Primer Secretario, cuatro (4) años para Consejero, cuatro (4) años para Ministro Consejero, cuatro (4) años para Ministro Plenipotenciario, y cinco (5) años para Embajador, que sumados a otros requisitos adicionales como la aprobación del examen de idoneidad profesional, la realización del curso de capacitación, la calificación definitiva satisfactoria de la evaluación del desempeño etc.

Con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones anteriormente citadas, y en desarrollo de los principios de transparencia, eficacia y especialidad orientadores de la Función Pública en el Servicio Exterior y en la Carrera Diplomática y Consular, en los artículos 1o, 12, 39 parágrafo 2° y 53 y 56 lit. a), y siguientes del Decreto Ley 274 de 2000 «Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular», está previsto que los funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular puedan cumplir con los lapsos de alternación y, por tanto, de prestación de servicio en el país y en el servicio

exterior, en un cargo correspondiente a la categoría de su escalafón o en un cargo superior o inferior al mismo, previéndose que en tal evento el funcionario tendrá derecho a que se le reconozca la diferencia que haya entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión, durante el tiempo que desempeñe la misma.

Se encuentra establecida la posibilidad de designar en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenecieran a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no fuere posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos, todo en aras de garantizar la prestación de un servicio acorde con las responsabilidades de quienes ejercen esta específica función pública, que implica la ejecución de las funciones asignadas y de las gestiones encomendadas con la dignidad, el decoro, el conocimiento y el liderazgo que exige el servicio exterior, en forma adecuada y oportuna, en desarrollo de los principios de transparencia, eficacia y especialidad contenidos en el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular.

La obligación legal de dar cumplimiento cabal a los requerimientos especiales del servicio, y a su vez el deber de dar aplicación al principio de alternación dentro de los términos específicos de tiempo, distintos a los previstos para el ascenso en el escalafón de carrera de los funcionarios de carrera Diplomática y Consular, imponen el acudir al nombramiento en provisionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

La coexistencia de funcionarios provisionales en cargos de Carrera Diplomática y Consular y de funcionarios de Carrera Diplomática nombrados en cargos, iguales, superiores o inferiores a los de su escalafón, instrumentos de gestión de la Administración en pos del correcto y oportuno cumplimiento del servicio exterior y de la Carrera Diplomática, concebidos por el legislador de manera particular para el personal de Carrera Diplomática y Consular Decreto ley 274 de 2000.

El único limitante en el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular, para que en desarrollo del principio de alternación se nombre al personal inscrito en el

escalafón de Carrera Diplomática y Consular en cargos inferiores a su escalafón, concebido a favor de quien ostenta la categoría de Embajador, quien a términos de lo dispuesto en el artículo 12 Decreto ley 274 de 2000, sólo puede ser designado en el país en un cargo equivalente a su categoría o en los equivalentes a la categoría del escalafón inmediatamente inferior de Ministro Plenipotenciario.

Precisa que en cada nombramiento que efectúa el Ministerio de Relaciones Exteriores, además de cumplir de manera rigurosa con los requisitos exigidos por la ley para la provisión del respectivo cargo dentro de los principios e instituciones contenidas en el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular, debe responder a una razón de interés público, según la cual la designación debe estar dirigida a atender de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia, de acuerdo con sus características propias, previa consulta de los planes y programas trazados para la Entidad y las líneas estratégicas previamente definidas.

Previo al nombramiento en provisionalidad demandando, la Dirección de Talento Humano de este Ministerio verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para ser nombrado en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, establecidos por el legislador en el artículo 61 del Decreto 274 de 2000.

En lo que respecta con cumplimiento de los requisitos, no existe duda que se cumplieron a cabalidad, según lo normado en el artículo 61 del Decreto 274 de 2000, se debe acreditar título universitario oficialmente reconocido, o la experiencia correspondiente, debiendo hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, requisito que puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino, que en este caso corresponde al Idioma Español.

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 25, 27,35, 46, 53, 60 y 62 del Decreto 274 de 2000, no podían ser nombrados los funcionarios que se encontraban para la fecha en la que fue expedido el decreto, inscrito en el

escalafón en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, desempeñando cargos inferiores a su categoría en el escalafón, al encontrarse cumpliendo su lapso de alternación, en cada uno de los despachos de destino donde fueron trasladados o comisionados atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil.

Para la fecha en la que fue expedido el Decreto demandado, los funcionarios de carrera se encontraban dando cabal cumplimiento a los actos administrativos de comisión y traslado, respectivamente, los cuales fueron expedidos con anterioridad al acto acusado, y para esa fecha aún no había vencido la fecha señalada para su siguiente alternación.

El régimen de carrera diplomático jerarquizado de ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los funcionarios pertenecientes a la misma, prevé la sujeción de los nombramientos de dichos funcionarios a la exigencia de la alternación, como obligación de prestar el servicio tanto en el servicio exterior como en el interior por un lapso determinado, las épocas de desplazamiento, las consecuencias derivadas del incumplimiento a los nombramientos, y concluyó a partir de dichas normas que además de existir personal inscrito en el escalafón en el cargo cuya vacancia ha de llenarse, el personal debe tener disponibilidad.

En lo que respecta al acto demandado, su objeto y contenido particular fue expedido con esa facultad discrecional, adecuándose a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que la motivaron, de modo que el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 autoriza a la administración para ejecutar la atribución, concediéndole al Ministerio la facultad para adoptar la decisión que estime conveniente, es decir, hacer un nombramiento en provisionalidad, en donde se apreciaron las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia.

En el caso en estudio, el acto expedido en virtud del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 estaba revestido de una relativa discrecionalidad, toda vez que era potestativo del Ministerio de Relaciones Exteriores efectuar un nombramiento en

provisionalidad, analizando las circunstancias tácticas de buen servicio desde el ámbito del buen desempeño laboral del empleado, así de las circunstancias de conveniencia y oportunidad.

Pone de presente el concepto de presunción de legalidad del acto administrativo reiterando que el Ministerio cumplió con las exigencias legales para dictar el acto de nombramiento en cuestión, gozando éste de presunción de legalidad, es que no puede ser objeto de anulación por parte de la jurisdicción contenciosa.

Revisados los requisitos y condiciones para el desempeño del empleo en provisionalidad se hizo amparado en la facultad que tiene la administración de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 respetando siempre los preceptos legales que amparan a los funcionarios que se encuentran inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular, de tal manera que, la presunción de legitimidad supone que el acto administrativo fue expedido conforme a derecho, en concordancia con el ordenamiento jurídico constitucional y legal, como resultado de la actividad de la administración.

El hecho consistente en que, para la fecha de expedición del acto administrativo demandado, existiera un número plural de funcionarios inscritos en el escalafón nombrados en empleos inferiores al rango ostentado, no significa que dichos funcionarios gozaran de un mejor derecho a ser nombrados en el cargo objeto de examen.

A pesar que existan funcionarios de la carrera Diplomática y Consular que se encuentran inscritos en categorías inferiores que podrían ocupar el cargo objeto de debate dicha circunstancia en sí, no hace ilegal el nombramiento en provisionalidad en debate, ni conlleva la anulación del acto acusado, pues, es indispensable que cumpla con todos los requisitos para ese fin, y se ascendió, haga lo propio con la alternación, que no es un requisito para ascender, sino que es una situación propia dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior.

322

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Previo reparto, mediante auto del veintidós (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017) se inadmitió el medio de control de la referencia por cuanto no se había demandado a la autoridad que expidió el acto controvertido.

Una vez fue subsanada la demanda, se admitió en auto del tres (3) de abril de dos mil diecisiete (2017) y se dispuso su notificación personal a la nombrada, a la señora Ministra de Relaciones Exteriores, al Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa del Estado (folio 53-69).

3.1. La Audiencia Inicial

Se realizó el 11 de diciembre de 2017, y en la etapa de saneamiento del proceso el Despacho ponente encontró que el auto admisorio de la demanda no había sido notificado en debida forma a la señora Gutiérrez Morales, y por este motivo se suspendió la diligencia.

El 21 de agosto de 2018, se continuó con la audiencia inicial, la cual se evacuó de conformidad con el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011¹, mediante el agotamiento de las siguientes etapas:

- i) Saneamiento del Proceso: No se encontró irregularidad que afecte el curso normal del proceso, ni causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, por lo que no existe aspecto del proceso que deba ser saneado, pues se surtieron todos los trámites y procedimientos previstos en el Título VIII de la Ley 1437 de 2011, garantizándose el debido proceso de los intervinientes.
- ii) Decisión de Excepciones Previas: El Despacho Ponente resolvió las excepciones de I) indebida exigencia del medio de control y II) falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por el Ministerio de

¹ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 140

Relaciones Exterior, las cuales fueron negadas en virtud de los motivos expuestos en la diligencia.

- iii) Fijación del Litigio: Se concluyó que el propósito del medio de control se circunscribe a resolver la controversia sobre los hechos 2,6,7,8,9,11,12,13,14,15, 16 y 17 de la demanda, y a examinar la legalidad del Decreto No. 006377 del 14 de agosto de 2017, atinente al nombramiento en provisionalidad de la señora Gabriela Gutiérrez Morales como Segundo Secretario de Relaciones Exteriores código 2114, grado 15 en la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, frente a los cargos de nulidad propuestos por el demandante.
- iv) Decreto de pruebas: Se dio valor probatorio a las pruebas documentales aportadas con la demanda y en las contestaciones de la misma, y se decretó la solicitada por la parte demandante, así como una prueba de oficio.

3.3. La Audiencia de Pruebas

Llevada a cabo el 2 de noviembre de 2018, se incorporó al plenario las pruebas decretadas en la audiencia inicial y se concedió el término de 10 días para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión.

3.4. Alegatos de Conclusión

Únicamente el Ministerio de Relaciones Exteriores presentó sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

El apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores además de retirar los argumentos presentados en la contestación de la demanda señaló que se equivoca el demandante al considerar que existe un "derecho preferente" a favor de unos "funcionarios de carrera", para ocupar el cargo en el que fue nombrada provisionalmente la demandada Gabriela Gutiérrez Morales, situación que no se

deriva de las normas de rango constitucional y legal y que contrario sensu, aplican al caso concreto.

Para determinar la procedencia de un nombramiento en provisionalidad para un cargo de carrera diplomática y consular en el exterior, se debe iniciar por analizar la facultad del Presidente de la República para nombrar a los agentes diplomáticos y consulares propios de este tipo de régimen de carrera. Este argumento constitucional es de vital importancia, por lo que el H. Tribunal debe tener especial consideración sobre el mismo y ser objeto de pronunciamiento en la sentencia.

Debe guardarse coherencia en lo concluido en casos similares, en los que de un lado, se señala que es una facultad discrecional del nominador, esto es, del Gobierno, trasladar de manera excepcional a un funcionario de carrera en otro cargo en el exterior, pero posteriormente, impone la excepción como regla general, obligando al Ministerio a designar a funcionarios que no han cumplido los 4 años continuos de alternación en el exterior, y que tampoco se encuentran en las circunstancias excepcionales de fuerza mayor o caso fortuito avaladas por la Comisión de Personal, como prescribe la ley.

Pretende el demandante que en el presente proceso se apliquen las disposiciones de la Ley 909 de 2004 sobre el régimen de carrera administrativa que rige las demás entidades de la Rama Ejecutiva, y trae a colación la figura del "encargo" como mecanismo para materializar el supuesto "derecho preferente" que invoca, cuando esa figura es ajena a la singularidad y especialidad del régimen de Carrera Diplomática y Consular.

Induce a error el demandante al sostener que en el Ministerio es equivalente el número de funcionarios en provisionalidad a los de carrera, para transmitir la idea de un manejo indebido de la figura excepcional de la "provisionalidad", y luego sostiene que hay suficientes funcionarios de carrera para ocupar la totalidad de cargos en la planta de personal del Ministerio.

La finalidad del nombramiento en provisionalidad de la doctora Gutiérrez Morales era ocupar un cargo provisional en una sede consular en el exterior, por lo que se reitera, era improcedente interrumpir el período de alternación de otros funcionarios y proceder a su traslado para ocupar el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores en la planta global del Ministerio, por un período inferior a los 4 años que exige el período de alternación en el exterior, tal como está establecido en los artículos 35, 36 y 37 del Decreto Ley 275 de 2002

Los funcionarios de carrera diplomática y consular están sometidos a los períodos de alternación contemplados en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, esto es 3 años de servicio en la planta interna y 4 años continuos en la planta externa, por lo que, hasta tanto no cumplan su periodo de alternación no pueden ser trasladados de una planta a otra, salvo las excepciones del artículo 40.

Contrario a lo afirmado por el demandante, con el nombramiento en provisionalidad no se vulnera el artículo 125 de la Constitución, pues dichos nombramiento encuentra su fundamento, en el artículo 189, por lo que no se le puede dar una lectura aislada al citado artículo 125 como lo hace el demandante.

La Resolución No. 6377 del 14 de agosto de 2017 se encuentra debidamente motivada, pues la misma se fundó en las necesidades de la administración, de acuerdo a los planes y programas de la Entidad, con el cual se buscaba impedir la interrupción del servicio, de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución y en los artículos 60, 61 y 62 del Decreto Ley 274 de 2000.

La designación de agentes diplomáticos y consulares es una función necesaria y discrecional del Presidente como Jefe de Estado, función que no puede ser desconocida por el demandante, olvidando que el régimen de Carrera Diplomática Consular es de carácter "especial" que dista del régimen ordinario de carrera, en razón a la naturaleza.

No se probó que la designación en provisionalidad como decisión discrecional del Gobierno, no fuera adecuada a los fines de la norma que la autoriza o proporcional a los hechos que le sirvieron de causa.

El nombramiento efectuado vía Decreto 6377 de 2017 fue consecuencia de la imposibilidad de nombrar personal de Carrera diplomática porque los funcionarios de planta interna no habían cumplido su período de alternación de 5 años, ni tampoco los de planta externa los 4 años, así como tampoco se presentaron alguna de las aludidas causales de ley, en las que se podía exceptuar el plazo legal de alternancia conforme lo designe el artículo 40 del aludido Decreto Ley.

Desde el Decreto 2016 de 1978, "*Orgánico del servicio diplomático y consular*", así como en el Decreto 10 de 1992 "*Orgánico del servicio exterior y de la carrera diplomática y consular*" se contempló que los funcionarios de la carrera nombrados en cargos del servicio exterior no podían ser trasladados sin su anuencia, antes de completar dos (2) años de permanencia en la sede respectiva, en la primera norma, y un (1) año para el segundo, es decir, que el traslado de estos funcionarios solo podía operar durante los primeros dos años de permanencia, y no tiempo después, por lo que dicho término se constituyó como un límite temporal para que el Ministerio ejerciera dicha facultad.

No es dable interpretar conforme lo sugiere el demandante, que el traslado anticipado establecido en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, bajo un supuesto que no contempla la norma, esto es, que el Ministerio, en cualquier circunstancia, tiene que trasladar a un funcionario que se encuentra prestando sus servicios en el exterior, sin necesidad de concepto de la Comisión de Personal de Carrera Diplomática, una vez haya cumplido 12 meses en su respectiva sede, pues desdibujaría la figura excepcional.

Si se acepta que es una facultad discrecional del nominador hacer uso de la figura del traslado anticipado, la consecuencia es que este último pueda decidir si nombra a un funcionario de la carrera diplomática y consular que está desempeñando otro cargo, o un funcionario en provisionalidad que cubra el cargo

vacante, siendo que la primera circunstancia implicaría interrumpir la prestación del servicio de un funcionario de carrera establecido en otra sede diplomática y consular de Colombia en el mundo.

Los funcionarios de carrera diplomática y consular están sometidos a los períodos de alternación contemplados en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, esto es 3 años de servicio en la planta interna y 4 años continuos en la planta externa, por lo que, hasta tanto no cumplan su período de alternación no pueden ser trasladados de una planta a otra, salvo las excepciones del artículo 40, y en el presente asunto ninguno de los funcionarios enunciados en la lista de la demanda se encontraban a la fecha de expedición del Decreto demandado, en una situación de fuerza mayor o caso fortuito que implicara para la Comisión de Personal considerar alterar el lapso de alternación con el que estaban cumplimiento.

Con el nombramiento en provisionalidad no se vulnera el artículo 125 de la Constitución pues dichos nombramientos encuentran su fundamento, en el artículo 189° de la Carta Política por lo que no se le puede dar una lectura aislada al citado artículo 125 como lo hace el demandante.

Resalta que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo tanto la autoridad administrativa debe ejercerla dentro de los límites señalados por la ley y la jurisprudencia conforme lo indica, se reitera, el artículo 44 del CPACA, siendo que la facultad discrecional del Ejecutivo se materializa en el hecho de que este no tiene la obligación de nombrar a todo el personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular que satisfaga la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango, pues si existiera dicha obligación, la potestad discrecional no existiría y el Ejecutivo estaría siempre abocado a otorgar las respectivos nombramientos.

Contrario a lo que afirma el demandante, para dar cumplimiento al principio de alternación, es posible designar funcionarios en cargos inferiores o superiores al escalafón al que pertenecen, sin que ello implique una desmejora en sus condiciones laborales, en aplicación al artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000,

reiterando que el Decreto 6377 de 2017 se encuentra debidamente motivado, pues la misma se fundó en las necesidades de la administración, de acuerdo a los planes y programas de la Entidad, con el cual se buscaba impedir la interrupción del servicio, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 (J del artículo 189 de la Constitución y en los artículos 60, 61 y 62 del Decreto Ley 274 de 2000.

Por lo anterior, el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores solicita desestime la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado.

3.5. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público considera que los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasifican en a) libre nombramiento y remoción; b) carrera diplomática y consular y; c) carrera administrativa, y que el cargo de Segundo Secretario hace parte del escalafón de la carrera diplomática y consular, equivalente a Cónsul de Segunda categoría, según el artículo 11 de la misma y en la planta interna, según el artículo 12, a Asesor Grados 2 y 3.

El artículo 61 del Decreto Ley 240 de 200 señala que para ser designado en provisionalidad se deben atender las siguientes exigencias: 1) ser nacional Colombiano; 2) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y; 3) hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

Precisa que en el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos en propiedad requieren que dentro de su sistema de carrera diplomática y consular, los funcionarios cumplan la exigencia de alternación, según lo prevé el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000, mientras que los artículos 36 a 40 de la misma norma se encargan de fijar los lapsos de alternación, la frecuencia de la mentada alternación, y su obligatoriedad.

Pone de presente la sentencia del H. Consejo de Estado del veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), advirtiendo que para hacer uso de la facultad excepcional, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe observar: a) Que los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular hayan culminado sus períodos de alternancia, b) De no cumplirse el presupuesto anterior, acudir a quienes se encuentren prestando su servicio en el exterior, siempre que hayan superado los 12 meses en la respectiva sede, c) En caso de no presentarse ninguno de los anteriores, acudir a la figura de la provisionalidad.

De las pruebas obrantes en el proceso se constata que mediante Decreto 6377 del 14 de agosto de 2017, expedido por el Presidente de la República de Colombia, se nombró provisionalmente a Gabriela Gutiérrez Morales como Segundo Secretario código 2114, grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Según oficio fechado el 4 de septiembre de 2018, se indicó que para el 14 de agosto de 2017 existían 48 funcionarios inscritos en el escalafón de Segundo Secretario, de los cuales 23 funcionarios se encontraban ocupando el cargo de tercer secretario y de esos 23, 17 funcionarios ya habían cumplido su periodo de alternancia, es decir, ya habían superado los 12 meses que habla el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Entonces para el momento de expedición del acto demandado, esto es el catorce (14) de agosto de 2017, existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Segundo Secretario que se encontraban desempeñando cargos en la planta externa e interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, cumpliendo los períodos de alternación en el primer y segundo semestre de 2017, por lo que podían ser designados en otro cargo en el exterior, aplicando la excepción de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Por lo anterior queda resuelto tanto el problema jurídico principal como los asociados y concluye que le asiste razón al demandante en su pretensión de

326

nulidad del Decreto 6377 del 14 de agosto de 2017, por medio del cual se nombró con carácter provisional a Gabriela Gutiérrez Morales como Segundo Secretario, código 2114, grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En ese orden de ideas solicita acceder a la pretensión de demanda, declarando la nulidad del Decreto 6377 del 14 de agosto de 2017.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

En los términos del numeral 12 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, y la decisión del H. Consejo de Estado², la Sala es competente para conocer en única Instancia el presente medio de control de nulidad electoral.

2. Problema Jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si conforme a las causales de nulidad expuestas en la demanda, el Decreto N° 006377 del 14 de agosto de 2017, atinente al nombramiento en provisionalidad de la señora Gabriela Gutiérrez Morales como Segundo Secretario, Código 02114, Grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

4. Cargos de la Demanda

A. INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR

El acto administrativo demandado está incurso en una las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse.

² Ver Consejo de Estado, providencia del 12 de noviembre de 2013, Radicado N° 25000-23-41-000-2013-00228-01, C.P. Susana Buitrago Valencia, confirmada a través de proveído del 04 de diciembre de 2013, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

La entidad demandada desconoce lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, ya que la provisionalidad ignora el sistema de carrera. La provisión se prevé como una figura creada para cubrir en casos muy excepcionales, vacantes que no puedan ser provistas por funcionarios de carrera, cuando no hay regulación sobre la materia o cuando no hay concursos de méritos para ingresar al sistema de carrera. No es el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores en el que la Carrera Diplomática y Consular se encuentra regulada, llevándose a cabo concursos de méritos, públicos e ininterrumpidos desde hace 30 años, por lo que existe suficiente personal de carrera disponible para ocupar el cargo demandado.

Por otra parte el principio de la función administrativa contenido en el artículo 209 Constitucional, previsto también en el Decreto 274 de 2000, se vulnera flagrantemente con el nombramiento en provisionalidad en cuestión, aún más con el tratamiento generalizado que se le está dando a esa figura excepcional en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Así mismo, trasgrede el principio de igualdad en la función pública.

El nombramiento provisional atenta de forma palmaria contra los derechos de los funcionarios de carrera, cuya posibilidad de ejercer ese cargo se concreta luego de varios años de un exigente proceso que incluye superar: concurso de méritos, estudios de formación diplomática y consular por un año, periodo de prueba por otro años más, experiencia, capacitaciones y evaluaciones periódicas, además de alternar funciones en Bogotá y las misiones de Colombia en el exterior. En contraste, el funcionario provisional sólo requiere presentar un título profesional o 5 años de experiencia más una declaración de dominio de un idioma diferente al castellano.

Afirma el demandante que con ocasión de la expedición del acto administrativo impugnado, se vulneran además los principios de moralidad administrativa, eficacia, eficiencia y economía.

B. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El acto administrativo demandado desconoce lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, en tanto que el nombramiento de personas no inscritas en la Carrera Diplomática y Consular en cargos que pertenecen a la misma, está condicionado a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes, por lo que el nombramiento es en provisionalidad, al no haber ningún funcionario inscrito y escalafonado en la carrera que se encuentre en disponibilidad para ocupar el cargo.

Para la fecha del nombramiento de Gabriela Gutierrez Morales, quien no forma parte del personal inscrito en la carrera diplomática y consular, sí existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular escalafonados en el grado de Segundo Secretario que se encontraban disponibles para ser nombrados en el mismo cargo.

Al interpretar el Decreto 274 de 2000, no considera la alternancia como una condición que deba cumplir el servidor público para poder considerarse como disponible para ocupar el cargo. No obstante, aun si fuera exigible este requisito, en el caso concreto existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular escalafonados en el grado de Segundo Secretario que lo acreditaban, teniendo así derecho a ser nombrados en el cargo.

El uso de la provisionalidad establecida en el Estatuto del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular como medio excepcional para proveer cargos de Carrera, está condicionado a que no exista personal de Carrera Diplomática disponible para ocupar el cargo, sin embargo en este caso, si existía personal inscrito en la Carrera diplomática y Consular, disponible para ocupar el cargo en el que fue nombrada la demandada.

C. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, ARTÍCULO 3° NUMERAL 3° DE LA LEY 1437

La Resolución 6377 del 14 de agosto de 2017, carece de una parte motiva que sustente el nombramiento provisional de Gabriela Gutiérrez Morales en el cargo de Segundo Secretario, código 2114, grado 15 en la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, haciendo que el acto administrativo se torne en ilegal por desconocer el principio de publicidad.

D. FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo demandado se motivó bajo la facultad que confiere el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 al nominador para proveer en provisionalidad cargos de carrera diplomática y consular. Sin embargo, esta norma condiciona tal facultad a la imposibilidad de designar a funcionarios inscritos en esa carrera en los cargos.

En el caso concreto, al momento del nombramiento de la demandada, existían funcionarios de carrera en el exterior que ascendieron a la categoría Segundo Secretario, estando comisionados por debajo de esa categoría de la carrera. También, hay funcionarios que estaban desde antes del nombramiento en cuestión, en situación de alternación, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 274.

Además, el Estatuto del Servicio Exterior y la Carrera Diplomática y Consular, prevé comisiones para situaciones especiales para los funcionarios de carrera que se encuentran en Bogotá (planta interna) y sin estar dentro del lapso de alternación, pueden ocupar cargos en el exterior según las necesidades urgentes del servicio, como sería en el evento de una vacante como lo estaba el cargo demandado, o de una situación de provisionalidad, por ejemplo.

La provisionalidad solamente es viable cuando no es posible legalmente proveer los cargos vacantes con funcionarios de carrera.

- **Contestación de los cargos de violación propuestos en la demanda:**

A. Ministerio de Relaciones Exteriores

Afirma la entidad demandada que revisados los requisitos y condiciones para el desempeño en provisionalidad del cargo, consagrados de manera expresa en la ley, no existe ninguna exigencia en el sentido de que el funcionario nombrado en provisionalidad deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, cuando en este caso se hizo amparado en la provisionalidad que faculta a la administración, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

El hecho consistente en que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado, existían funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Segundo Secretario Código 2114, grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, no era posibles designarlos en este cargo, debido a la situación administrativa de cada uno, porque están ejerciendo sus cargos en Comisión para Situaciones Especiales, desempeñando cargo de superior o inferior categoría en la que se encuentran inscritos, procedimiento permitido legalmente, y cumpliendo sus lapsos de alternación, respectivamente.

De acuerdo con el régimen de la Carrera Diplomática y Consular, el personal debe prestar su servicio en el servicio exterior durante cuatro (4) años continuos, prorrogables hasta por dos (2) años más, por necesidades del servicio, y en el país durante tres (3) años prorrogables a solicitud del servidor público. Una vez cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso, la Dirección de Talento Humano o la dependencia que haga sus veces, debe coordinar las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma.

El desplazamiento se realiza en el mes de julio, cuando los periodos de permanencia se consolidan durante los meses de enero a junio anteriores, y se lleva a cabo en el mes de enero, para las situaciones causadas durante los meses de julio a diciembre anteriores al mismo.

El Estatuto previó unos tiempos de servicio de ascenso a cada una de las categorías del escalafón de Carrera Diplomática y Consular: tres (3) años para Segundo Secretario, cuatro (4) años para Primer Secretario, cuatro (4) años para Consejero, cuatro (4) años para Ministro Consejero, cuatro (4) años para Ministro Plenipotenciario, y cinco (5) años para Embajador, que sumados a otros requisitos adicionales como la aprobación del examen de idoneidad profesional, la realización del curso de capacitación, la calificación definitiva satisfactoria de la evaluación del desempeño etc., permitiendo a cada funcionario ascender a cada una de las categorías del escalafón en tiempos distintos a los señalados por la ley para su alternación en el servicio exterior o en el servicio en el país, respectivamente.

Se contempló, asimismo, la situación administrativa de permanencia propia de la Carrera Diplomática y Consular, según la cual funcionarios de carrera pueden optar por no solicitar el ascenso y permanecer por un término de cuatro años adicionales al señalado en el artículo 27 del Decreto 274 de 2000, en la categoría en la cual estuvieren inscritos en el escalafón.

Para que los funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular puedan cumplir con los lapsos de alternación y, por tanto, de prestación de servicio en el país y en el servicio exterior, en un cargo correspondiente a la categoría de su escalafón o en un cargo superior o inferior al mismo, el funcionario tendrá derecho a que se le reconozca la diferencia que haya entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión, durante el tiempo que desempeñe la misma y señalando que en caso que fuere comisionado a un cargo de inferior categoría en el escalafón o en su equivalente en el país, y así mismo tendrá derecho a conservar el nivel de asignación básica correspondiente a la categoría del escalafón a la que pertenece.

Se encuentra, así mismo establecida la posibilidad de designaren cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenecieran a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no fuere posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos.

Por tanto, la obligación legal de dar cumplimiento cabal a los requerimientos especiales del servicio, y a su vez el deber de dar aplicación al principio de alternación dentro de los términos específicos de tiempo, distintos a los previstos para el ascenso en el escalafón de carrera de los funcionarios de carrera Diplomática y Consular, imponen el acudir al nombramiento en provisionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

Existe un único limitante en el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular, para que en desarrollo del principio de alternación se nombre al personal inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular en cargos inferiores a su escalafón, concebido a favor de quien ostenta la categoría de Embajador, quien a términos de lo dispuesto en el artículo 12 de la misma norma, sólo puede ser designado en el país en un cargo equivalente a su categoría o en los equivalentes a la categoría del escalafón inmediatamente inferior de Ministro Plenipotenciario.

En este caso, previo al nombramiento en provisionalidad demandando, la Dirección de Talento Humano de este Ministerio verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para ser nombrada en el cargo de Segundo Secretario, establecidos por el legislador en el Decreto 274 de 2000, y ante la imposibilidad de designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular por aplicación de la ley vigente sobre la materia, en el cargo objeto de provisión.

El acto administrativo demandado, su objeto y contenido particular fue expedido con la facultad discrecional que la asiste a la entidad pública, adecuándose a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que la motivaron, de modo que el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 autoriza a la administración para ejecutar la atribución, efectuando un nombramiento en provisionalidad, en donde se apreciaron las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, para tomar la decisión dentro de esos mismos criterios, sin menoscabar ningún derecho laboral adquirido por parte de los funcionarios inscritos en el escalafón, circunstancia que fue de manera excepcional, respetando los lineamientos legales,

y en virtud del principio de especialidad y de la necesidad del servicio en favor del interés general.

El Ministerio cumplió con las exigencias legales para dictar el acto de nombramiento en cuestión, gozando éste de presunción de legalidad, por lo que no puede ser objeto de anulación por parte de la jurisdicción contenciosa.

4. Análisis de la Sala

i) Del Régimen de Carrera Administrativa y los Sistemas Específicos de Carrera.

La Constitución Política en su Capítulo II regula lo concerniente a la función pública; es así como en el artículo 125 prevé que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, por lo que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ley, serán nombrados por concurso público, cuyo ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se deben hacer previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, y su retiro ocurrirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario o las demás causales previstas en la Constitución o la ley, sin que en ningún caso la filiación de los ciudadanos pueda determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

En su artículo 130 la Norma Superior creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Con relación a la carrera administrativa, son también concordantes: i) el numeral 13 del artículo 189 *ejusdem*, que estableció que al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, es

a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley, determinando que en todo caso, al Gobierno le asiste la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes; y ii) en el artículo 209 que dispuso que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones, con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal³.

Sobre el acceso al servicio público, la H. Corte Constitucional en sentencia C- 431 del 02 de junio de 2010, consideró:

"El sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas -tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política-. De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalafonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y eficaz. De esta manera, es "precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución".

Con todo, ha subrayado de igual forma la Corte que el derecho a la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es, en manera alguna, absoluto. La misma Constitución en el artículo 125 fija las causales en que procede el retiro en armonía con lo dispuesto en el artículo 58 superior que ordena conferir prevalencia al interés público sobre el interés particular. Ha insistido de otro lado en que "los principios generales que orientan la carrera administrativa son aplicables a todos los servidores públicos que desempeñan cargos de carrera administrativa en las distintas entidades y órganos del Estado, así como a los servidores públicos de las carreras especiales".

3.3. La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró

³ Consejo de Estado, Sentencia del 01 de marzo de 2012, Radicado N° 15001-23-31-000-2001-01612-01(0768-11), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

su jurisprudencia sobre el punto y recordó que “la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios. [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es un “un criterio fundamental ‘...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública’.

3.4. Los objetivos que se busca lograr con la implementación del Régimen de Carrera Administrativa –ha insistido la Corte Constitucional–, resultan vulnerados cuando quiera que el ordenamiento jurídico que la regula “pierde de vista el **mérito** como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la **estabilidad** de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere”. (Énfasis en el texto original) En esa misma línea de pensamiento, ha destacado la Corte que: “la justificación de esa regla de acceso a la administración pública, encuentra su fundamento constitucional en los objetivos que persigue la función pública, que no son otros que los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 superior, así como en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa, en virtud de los dispuesto por el artículo 209 de la Ley Fundamental. (...) “La carrera administrativa es entonces un instrumento eficaz para lograr la consecución de los fines del Estado, el cual requiere de una organización adecuada que le permita alcanzarlos, con un recurso humano que no sólo sea calificado sino que pueda desarrollar su función en el largo plazo, es decir, con vocación de perdurabilidad. Por esta razón, se erige como un sistema que armoniza los principios que rigen la función pública, consagrados principalmente en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 122 a 131 y 209 de la Carta, con la protección del derecho al trabajo” (...)⁴

De manera, que el Régimen de Carrera Administrativa funge como un postulado estructural de la función pública y un elemento definitorio de la Carta Política, cuyo criterio fundamental es el mérito, para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública⁵.

Se reitera entonces, que el artículo 125 de la Constitución Política dispuso como regla general que los empleos estatales son de carrera, salvo aquellos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los

⁴ GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2010. Referencia: expediente D-7916.

⁵ *Ibíd.*

demás que determine la ley, por consiguiente, en principio, los cargos de los órganos y entidades del Estado deberán proveerse conforme a lo estipulado por la Ley 909 de 2004, mediante "(...) *la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", norma que define la Carrera Administrativa, como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público, cuyo ingreso y permanencia se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

El artículo 4° ibídem, define lo que es un "*Sistema Específico de Carrera*", como aquel que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contiene regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal, el cual se encuentra consagrado en leyes diferentes a las que regulan la carrera administrativa general, y enlistando las entidades públicas que las tienen entre ellas, las Superintendencias, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el DAS, y la U.E.A de la Aeronáutica Civil, haciendo parte de los sistemas específicos de carrera el concerniente a la Carrera Diplomática y Consular.

La Corte Constitucional ha puntualizado, que la creación de las Carreras específicas, obedece a la especificidad de labores que se pretende regular, pues si la selección del personal se hace con base en la carrera administrativa, no podría la entidad cumplir con las funciones especiales que le han sido asignadas, existiendo razones suficientes para que el legislador opte por la creación de un régimen especial, apartándose de la aplicación de la carrera administrativa, sin que ello las exima de la sujeción a los principios y reglas de la carrera administrativa general, teniendo en cuenta que:

"Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de

selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general⁶.

ii) Del Servicio Exterior y la Carrera Diplomática y Consular

El Decreto 274 de 2000 “*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, determina la naturaleza de este servicio público y establece que el servicio exterior es la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de representar los intereses del Estado dentro o fuera de su territorio, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los servidores públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejercen funciones para el servicio exterior, dentro o fuera del país, y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular.

Así, no interesa en qué territorio sean prestadas las funciones del servicio público, puesto que la actividad de servicio exterior se encuentra regida por los mismos principios y normas que regulan la función pública, y de allí que entre los diferentes empleos se hayan establecido equivalencias, que intentan proteger a servidores públicos y evitar que su situación sea desmejorada cuando el lugar donde desempeñan sus funciones cambia, mediante el amparo del trabajador y la prevención del deterioro de su situación laboral, tanto en términos del cargo que ocupa como en términos salariales⁷.

El referido Decreto regula entonces la carrera diplomática y consular, con una serie de particularidades que se derivan de su propia naturaleza, pues el servicio público de las personas que a ella pertenecen, es requerido dentro y fuera del territorio nacional, y por tanto, se han rodeado de los varios beneficios que se corresponden con las cargas que deben soportar por traslados a que pueden verse expuestos,

⁶ CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C- 175 de 2006. Referencia: expediente D-5925.

⁷ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Corte Constitucional, Sentencia C- 173 de 2004, Referencia: expedientes D-4725 y D-4735 (acumulados).

entre los que se encuentra un salario mayor cuando prestan sus servicios en el exterior⁸.

El artículo 4° del mencionado Decreto, señala los principios rectores de la Función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, y en su artículo 5°, establece la clasificación de los empleos en el Ministerio de Relaciones Exteriores, consistentes en i) De libre nombramiento y remoción, ii) De Carrera Diplomática y Consular, y iii) De Carrera Administrativa.

Así, la *Carrera Diplomática y Consular* constituye un sistema específico, y una Carrera especial jerarquizada, que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, fundada en el mérito. Las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como el régimen de alternación, de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales, cuya administración y vigilancia, por virtud del principio de Especialidad, están a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que el mismo Estatuto indica⁹.

Las categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, en orden ascendente son: a) Tercer Secretario, b) Segundo Secretario, c) Primer Secretario, d) Consejero, e) Ministro Consejero, f) Ministro Plenipotenciario, y g) Embajador¹⁰.

El citado Decreto en su artículo 12 establece las equivalencias entre las categorías en el escalafón de carrera diplomática y cargos en planta interna, para efectos relacionados con la alternación, precisando que: a) los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción no pierden tal naturaleza, cuando por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, y b) en cuanto a la remuneración de los funcionarios de la Carrera, se mantiene el nivel de asignación que le corresponde en la categoría del escalafón, con excepción de la categoría

⁸ *Ibíd.*

⁹ Decreto 274 de 2000, art. 13.

¹⁰ *Ibíd.* art. 10.

de Embajador, en cuyo caso se toma la asignación básica correspondiente al cargo de Secretario General.

Las equivalencias están determinadas de la siguiente manera:

"CATEGORIAS EN EL ESCALAFON CARGOS EQUIVALENTES EN LA PLANTA INTERNA DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA CONSULAR

<i>Embajador</i>	<i>Viceministro</i>
<i>Secretario General</i>	
<i>Directores</i>	
<i>Jefe de Oficina Asesora</i>	
<i>Asesor Grado 13 o superiores</i>	
<i>Subsecretarios</i>	
<i>Ministro Plenipotenciario</i>	<i>Ministro Plenipotenciario</i>
<i>Jefe de Oficina Asesora</i>	
<i>Asesor Grados 10, 11 y 12</i>	
<i>Subsecretarios</i>	
<i>Ministro Consejero y Cónsul General</i>	<i>Ministro Consejero</i>
<i>Asesor Grados 7, 8 y 9</i>	
<i>Consejero</i>	<i>Consejero</i>
<i>Asesor Grado 6</i>	
<i>Primer Secretario y Cónsul de Primera</i>	<i>Primer Secretario en Planta Interna</i>
<i>Asesor Grados 4 y 5</i>	
<i>Segundo Secretario y Cónsul de Segunda</i>	<i>Segundo Secretario en Planta Interna</i>
<i>Asesor Grados 2 y 3</i>	
<i>Tercer Secretario y Vicecónsul</i>	<i>Tercer Secretario en Planta Interna</i>
<i>Asesor Grado 1¹¹</i>	

¹¹ *Ibíd.* art. 12.

Por otra parte, como todo sistema de méritos, el ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hace por concurso, los cuales deben ser abiertos, y tienen por objeto establecer la aptitud e idoneidad de los aspirantes a la misma. El ingreso a la carrera solo se puede realizar en la categoría de Tercer Secretario, y los ascensos están dirigidos a permitir que los funcionarios de la Carrera asciendan en el escalafón de la misma en función del mérito, la experiencia y la capacidad, en las condiciones señaladas en el Decreto 274 de 2000, procedente únicamente de categoría en categoría¹².

El proceso de selección de aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular se realiza mediante procedimientos que permiten la participación -en igualdad de condiciones- de quienes demuestren poseer los requisitos para ingresar, a fin de garantizar el ingreso de personal idóneo a la misma, con base en el mérito, el cual comprende 6 etapas: 1) la convocatoria, 2) La inscripción para el concurso, 3) la aplicación de pruebas de ingreso a la Academia Diplomática, incluida la entrevista personal, 4) Conformación de la lista de elegibles de acuerdo con los resultados del concurso, 5) la evaluación y calificación del rendimiento en la Academia, y 6) el nombramiento en período de prueba¹³.

El ascenso dentro de la Carrera Diplomática y Consular es la promoción a la categoría superior inmediatamente siguiente dentro de la estructura jerárquica o escalafón de ella, frente a lo cual el funcionario de la Carrera Diplomática y Consular podrá optar por este, o por permanecer en la categoría del escalafón en la cual se encontrare, en los términos previstos del referido Decreto¹⁴.

Así mismo, para ascender de categoría, el funcionario de Carrera deberá reunir en cada categoría el siguiente tiempo:

- Tercer Secretario: Tres años, después de aprobado el período de prueba.
- Segundo Secretario: Cuatro años.
- Primer Secretario: Cuatro años.

¹² Ibid. art. 14.

¹³ Ibid. arts. 15 y 16.

¹⁴ Ibid. art. 25.

- Consejero: Cuatro años.
- Ministro Consejero: Cuatro años.
- Ministro Plenipotenciario: Cinco años.

El tiempo de servicio en permanencia no es computable como tiempo de servicio para el ascenso a la categoría inmediatamente superior en el escalafón, excepto en los casos en que el ascenso se retrase por causas imputables a la administración, pues el tiempo excedente se computará como parte del tiempo de servicio en la categoría inmediatamente superior¹⁵, y para ascender en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, el funcionario escalafonado debe cumplir los siguientes requisitos¹⁶:

1. Solicitud del interesado dirigida a la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular y presentada en la Dirección del Talento Humano, en su calidad de Secretaría de dicha Comisión, solicitando el ascenso.
2. Tiempo de servicio cumplido en cada categoría.
3. Aprobación del examen de idoneidad profesional dentro del año inmediatamente anterior a aquel en el cual se cumpla el tiempo de servicio a que hubiere lugar, previa realización del correspondiente curso de capacitación.
4. Calificación definitiva satisfactoria de la evaluación del desempeño vigente para el año calendario común inmediatamente anterior a aquel en el cual se produzca el ascenso, pues si la misma es insatisfactoria, no habrá lugar al ascenso hasta la siguiente calificación definitiva, siempre y cuando ésta fuere satisfactoria.

Las normas en cita, a su vez precisan unas figuras que pueden darse en la prestación del servicio exterior por parte de los funcionarios de Carrera

¹⁵ *Ibíd.* art. 27.

¹⁶ *Ibíd.* art. 26.

Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, como verdaderas situaciones administrativas especiales, disponiendo las siguientes, según el caso:

i) La alternación (arts. 35 a 40, Decreto 274 de 2000):

Consistente en el cumplimiento de actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, por los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna, en desarrollo de los principios rectores de eficiencia y especialidad, esto es, por períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna, frecuencia de los lapsos de alternación, que se cumplirán de la siguiente manera:

- 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, contando con 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, excepto los funcionarios que ostentan 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 en legal forma, una vez

culminado el mismo, no será considerado como tiempo de prórroga ni como incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.

Así mismo:

“Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran 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”¹⁷.

De manera, que es deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular prestar su servicio en Planta Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual se constituye en una condición necesaria para la aplicación de la alternación en beneficio del Servicio Exterior, por lo que el funcionario de Carrera Diplomática y Consular que rehusare cumplir una designación en planta interna, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.

ii) La disponibilidad (arts. 41 a 45, Decreto 274 de 2000):

Es la situación administrativa en la que se encuentra un funcionario de la Carrera Diplomática y Consular que se margina transitoriamente, y por su propia voluntad del desempeño de un cargo en el Ministerio de Relaciones Exteriores, conservando su carácter de funcionario escalafonado en la Carrera Diplomática y Consular, con las especiales condiciones de que trata de forma taxativa el Decreto 274 de 2000.

La situación de disponibilidad solo procede a solicitud del interesado, y tiene una duración máxima de dos años, transcurridos los cuales el funcionario deberá reintegrarse al servicio, ya que si no lo hiciere en la fecha indicada en el acto administrativo por medio del cual se declaró la misma, el funcionario será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y del servicio.

¹⁷ *Ibíd.* art. 38, parágrafo.

iii) La comisión (arts. 49 a 59, Decreto 274 de 2000):

Es la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar transitoriamente cargos o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones o en cumplimiento de las tareas propias de la categoría a la que pertenezca dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, que se dan bajo las siguientes modalidades:

- De estudios.
- Para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.
- Para situaciones especiales.
- De Servicio.

La *Comisión para Situaciones Especiales*, procede para la autorización o designación de funcionarios de carrera diplomática y consular, para el desempeño en los siguientes casos:

- Para desempeñar en Planta externa o en Planta interna cargos de la Carrera Diplomática y Consular, correspondientes a categorías superiores o inferiores a aquella a la cual pertenezca el funcionario dentro del escalafón de la Carrera.
- Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual pertenezca, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio colombiano, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.
- Para desempeñar cargos en organismos internacionales.

- Para atender llamados a consulta, cuando se tratase de Jefes de Misión Diplomática.
- Para desempeñar funciones en calidad de Encargado de Negocios o Encargado de las Funciones de una Oficina Consular, siempre y cuando el funcionario esté desempeñándose en planta interna.
- Para facilitar el desplazamiento con el fin de presentar los exámenes de idoneidad, caso en el cual no habrá lugar al pago de viáticos ni de pasajes.

Conforme al párrafo del artículo 51 del Decreto Ley 270 de 2000, si el funcionario es comisionado para desempeñar un cargo de superior categoría a la que le corresponde en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, tiene derecho a que se le reconozca la diferencia que haya entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión¹⁸, solamente durante el tiempo que desempeñe la comisión, y si fuere comisionado a un cargo de inferior categoría en el escalafón o en su equivalente en planta interna, tiene derecho a conservar el nivel de asignación básica correspondiente a la categoría a la cual perteneciere¹⁹.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del aludido Decreto Ley, el tiempo de servicio en comisión se entenderá como de servicio activo para todos los efectos, tales como, frecuencia de los lapsos de alternación, tiempo de permanencia en la categoría del escalafón de la Carrera y liquidación de prestaciones sociales. Si se trata de la frecuencia de los lapsos de alternación, el tiempo en comisión se aplica inicialmente al lapso de alternación en el cual se encontrare el funcionario en el momento de otorgarse la comisión, hasta completar el correspondiente período máximo de frecuencia, y si el tiempo de la comisión fuere superior a dichos períodos máximos de frecuencia, el excedente se imputa al nuevo lapso de alternación a que hubiere lugar.

¹⁸ *Ibíd.* art. 51, párrafo.

¹⁹ *Ibíd.*

iv) La provisionalidad (arts. 60 y 61):

Corresponde al caso cuando se designan en cargos de Carrera Diplomática y Consular, por virtud del principio de especialidad, a personas que no pertenezcan a ella, como quiera que por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no es posible la designación de funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos, quienes podrán ser removidos en cualquier tiempo, vinculación que se regulará por las siguientes reglas, sin que confiera en ningún caso derechos de carrera.

Para la vinculación se requiere la acreditación de los siguientes requisitos:

- Ser nacional Colombiano
- Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o 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. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.
- El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años.
- En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales.
- Cuando el funcionario en provisionalidad sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.

Igualmente, el estatuto de la Carrera Diplomática y Consular, prescribe las condiciones laborales especiales de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática²⁰, las causales de retiro de los mismos²¹, los órganos de administración, coordinación, orientación y funcionamiento del sistema de carrera diplomática y Consular²², como también el régimen disciplinario²³ y demás aspectos concernientes a su regulación²⁴, en fin, toda una normativa especial que la distingue de la Carrera General o de cualquier otra especial.

5. Solución al Caso en Concreto

Atendido el desarrollo legal y jurisprudencial decantado en precedencia, es claro, que la naturaleza jurídica del cargo desempeñado por la nombrada, pertenece a los cargos de Carrera Diplomática y Consular, y como lo asintió el Ministerio de Relaciones Exteriores en su contestación de la demanda.

En razón de los postulados normativos y jurisprudenciales que han sido desarrollados hasta el momento, la decisión que adopta la Sala en esta providencia se sustenta en las premisas que se presentan a continuación:

1. La carrera administrativa general como la concernida a los sistemas específicos, tiene como propósito constitucional privilegiar (1) el sistema del mérito para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la función pública, en la búsqueda de que el Estado para el cumplimiento de sus fines esenciales bajo los principios constitucionales que la regulan según el artículo 209 de la Carta, cuente con una adecuada organización del personal que debe prestar la función, recurso humano que a partir de rigurosos procesos de selección sea el más calificado, idóneo y capaz, asegurando su vocación de permanencia y perdurabilidad en el empleo público y (2) hacer realizables los derechos políticos fundamentales de todo ciudadano

²⁰ *Ibíd.* arts. 62 a 69.

²¹ *Ibíd.* art. 70.

²² *Ibíd.* arts. 71 a 78.

²³ *Ibíd.* arts. 79 a 82.

²⁴ *Ibíd.* arts. 83 a 95.

en particular el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos para lo cual el mérito es su elemento definitorio.

2. La misma regla es aplicable a la carrera diplomática y consular según lo dispuesto 274 de 2000 en tanto además de los principios orientadores que regulan la función pública atinente a la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores expresamente contextualizados (moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, publicidad, transparencia, especialidad, Unidad e Integralidad, confidencialidad) el artículo 4º remite expresamente a los principios consagrados en la Constitución Política, y en este orden, el criterio del mérito como esencial y el de las calidades personales y la capacidad profesional, son los elementos definitorios que sustentan la carrera a partir de procedimientos de selección de personal para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de los servidores públicos que cumplen sus funciones para el servicio exterior,²⁵ dentro o fuera de la República de Colombia, pertenezcan o no a la carrera diplomática.
1. Ahora, según el Decreto Ley 274 de 2000, los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deben cumplir las actividades propias de la misión, - función de su empleo - y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones exteriores con lapsos que la ley (art. 35) denominó de “alternación”.

El desempeño en el cargo de los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera, debe cumplirse tanto en planta externa como en planta interna en los “lapsos o periodos de alternación”²⁶ cuya “frecuencia”, esto es, los periodos que deben ser cumplidos tanto en servicio interior (planta interna)

²⁵ Según el artículo 3º del citado Decreto entiendese por Servicio exterior: “la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en desarrollo de la política exterior de Colombia, dentro o fuera del territorio de la República, con el fin de representar los intereses del Estado y de proteger y asistir a sus nacionales en el exterior.

²⁶ Decreto Ley 274 de 2000, art. 36: **LAPSOS DE ALTERNACIÓN.** Constituyen lapsos de alternación los periodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y consular cumple su función tanto en Planta Externa como en planta interna.

como en el servicio exterior (planta externa) son prorrogables a solicitud del servidor público y aprobación de la comisión de Personal de la Carrea Diplomática, con excepción de los funcionarios escalafonados en el rango de Tercer Secretario.

La alternación es obligatoria, al estar concebida para el beneficio del servicio exterior, y en caso de renuencia por parte del servidor público a cumplir la alternancia en planta interna, ello dará lugar al retiro de la carrera diplomática y por consecuencia del servicio. Así mismo, el párrafo del artículo 37 dispuso que los funcionarios que se encuentren prestado sus servicios 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 que califique la comisión de Personal de la carrea o cuando se trate de designaciones en otros cargos dentro del mismo país.

Los denominados lapsos de alternación con la frecuencia tanto en el exterior como en el interior del país, que se contabilizan desde cuando el funcionario tome posesión o asuma funciones en el exterior o se poseione en el cargo en planta interna, constituyen en virtud del artículo 38 ibídem., en un deber, una obligación ineludible para los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, y condición necesaria para la aplicación de la alternación, deber que se reitera, si se rehusare a cumplir en planta interna o en externa tendrá por consecuencia el retiro del servidor de la Carrera Diplomática y Consular.

Así, en la forma expresada en los artículos 35, 36, 37 y 38, del Decreto Ley 274 de 2000, los funcionarios del Ministerio de Relaciones exteriores con categoría Diplomática y Consular durante su vinculación al citado Ministerio, deben cumplir su función tanto en planta externa como interna, es decir que siempre se encuentran cumpliendo el principio de alternación, sin que haya posibilidad alguna que rehúsen cumplir de esta manera las funciones de su cargo, al verse expuestos a ser retirados de la carrera y por ende del servicio activo.

Tal conclusión conduce inexorablemente a sostener por parte de la Sala, que la disponibilidad para que una persona inscrita en el respectivo escalafón pueda ser nombrada en el cargo para el cual ha concursado y que se encuentra vacante, no depende del hecho que el funcionario no se encuentre en periodo o lapso de alternancia, puesto que tal hipótesis no es viable a la luz de las normas que regulan el servicio diplomático, en tanto que por virtud del deber legal que acompaña la prestación del servicio diplomático y consular, los funcionarios de la carrera siempre deben prestar sus servicios alternadamente en planta interna y externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

A los servidores públicos no les está dado abstenerse al cumplimiento del deber legal de alternación, dadas las consecuencias que tal inobservancia acarrea para su permanencia en el empleo público, atendido que esta fue la forma en que el legislador previó como debían cumplirse las funciones de las distintas categorías de empleos de la carrera diplomática y consular.

En este sentido, la Sala Mayoritaria de la Subsección "A" debe apartarse de la postura acogida por la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado cuando en sentencia reciente del 30 de enero de 2014, proferida dentro del radicado 250002341000201300227 01 C. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en un asunto similar al que ahora se debate, luego de citar in extenso las normas en la que igual esta Colegiatura se apoya, sostuvo:

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

Tal presupuesto en criterio de la Sala, no es posible oponerlo para la provisión de cargos de carrera que se encuentren vacantes, puesto que se reitera, siempre los servidores públicos inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular estarán en ejercicio de sus funciones cumpliéndolas en periodos sucesivos y permanentes de alternancia, ya que esta es su obligación conforme con a lo dispuesto en el Decreto Ley 270 de 2000.

Pretender que un funcionario de Carrera Diplomática y Consular no se encuentre en alternancia y de allí su disponibilidad para ser nombrado en el cargo para el que concursó, sería una condición de imposible cumplimiento (esto es, no estar en alternancia y en razón de ello estar disponible) por ser contraria a lo previsto en el Decreto referido como obligatorio.

Bajo el anterior análisis, considera la Sala que este no debe ser el criterio para examinar si el cargo cuya provisión debe efectuarse por encontrarse vacante, puede ser realizado a través de nombramiento en provisionalidad, o por funcionarios escalafonados en la misma categoría que se encuentren disponibles por haber cumplido con la alternancia, en tanto tal entendimiento daría lugar a dar a las normas que regulan el servicio diplomático y consular, un sentido que no proviene de la exigencia del legislador y que por el contrario la desconoce, convirtiendo en regla la excepción, permitiendo que el personal por fuera de la carrera diplomática pueda ser nombrado en un cargo vacante en provisionalidad haciendo nugatorio los derechos de carrera de quienes concursaron y deben ser nombrados en periodo de prueba en el cargo vacante respecto del cual se encuentran en la misma categoría.

Por el contrario, la Sala si acoge el criterio reciente de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, que en un caso también de similares características al que se cuestiona en este proceso, rectificó la posición adoptada en la sentencia del 30 de enero de 2014 antes citada, señalando:

“La Sala debe advertir que esta Sección, en un primer momento, concluyó que cuando se solicite la nulidad de nombramientos en provisionalidad de cargos que hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular, le corresponde a la parte actora probar que: i) para la fecha de la cuestionada

designación existían funcionarios del mismo rango del demandado, pero también que esas personas ii) no están en cumplimiento del periodo de alternación, en este sentido en el mentado fallo se plasmó:

(...)

Tesis reiterada en sentencia del 16 de octubre de 2014 también dictada por la Sección Quinta de esta Corporación.

Empero, esta Corporación en fallo de tutela contra providencia judicial de 12 de marzo de 2015, respecto a la temática planteada avaló la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección "A", la cual, si bien, acoge lo dicho por el Consejo de Estado en el fallo de 30 de enero de 2014, respecto de la alternación, expuso que se debe tener en consideración que "... si el cargo a proveer ya sea en el interior o en el exterior (i) cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto, (ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, el funcionario escalafonado en la misma categoría si se encuentra en el exterior **haya cumplido con la frecuencia de 12 meses en la sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante, aserto que deberá encontrarse debidamente probado en el plenario**"

(...)

Dicha tesis según la cual, de existir prueba que demuestre que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular lleve más de doce (12) meses en el periodo de alternación, lo acredita como funcionario disponible para el nombramiento pues, no se requiere el cumplimiento completo del periodo, encuentra su fundamento legal en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, que prevé:

(...)

Tesis, nuevamente, reiterada por el propio Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015, en la que se manifestó:

(...)

En desarrollo de lo anterior, esta Sección en fallo de 31 de marzo de 2016, precisó que para el estudio de procesos como el presente se debe: "...verificar si (...) está acreditado si alguno de los 8 funcionarios, de los cuales se afirma que estaban inscritos en carrera diplomática en el rango de Ministro Plenipotenciario, a pesar de estar en cumplimiento del periodo de alternancia, se encuentran en la circunstancia descrita en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

(...)

Es por lo anterior, que el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 dispone que "...por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella...".

Así las cosas, de conformidad con dicho precepto, corresponden al Ministerio de Relaciones Exteriores agotar los procedimientos que sean

necesarios para demostrar que no es "...posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos".

De acuerdo con lo expuesto, no resulta plausible que ante el mandato legal, contenido en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, que impone el deber de acudir al principio de especialidad solo cuando no sea posible designar a funcionarios de carrera, pretenda escudar su incuria para dar cumplimiento al parágrafo del artículo 37 de la misma norma, aduciendo una presunta discrecionalidad, que dicho sea de paso, es inexistente ante la evidente regulación de los nombramientos de cargos de carrera diplomática y consular.

Por otra parte, el impugnante aduce que la interpretación del Tribunal, en la sentencia apelada, desconoce el contenido del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, empero, de la simple lectura de dicha norma la Sala encuentra que dicha norma no guarda similitud con el parágrafo del artículo 37 pues mientras que la norma que se dice desconocida alude a la alternación dentro de Colombia el mencionado parágrafo alude al servicio que se presta en el exterior.

(...)

Resulta evidente que no tiene vocación de prosperidad el argumento del apelante, pues como queda acreditado las normas refieren a situaciones fácticas disímiles, ahora bien si en gracia de discusión lo que se pretende demostrar con la cita del artículo 53 es la necesidad del concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, previo a interrumpir los lapsos de alternación, debe decir la Sala que de conformidad con todo lo expuesto, esta es una carga que debe asumir el Ministerio de Relaciones Exteriores en cada uno de los casos de los funcionarios que se encuentren cobijados por el parágrafo del artículo 37, pues es la llamada a demostrar que el nombramiento en provisionalidad atiende los requerimientos legales para su expedición.

De acuerdo con todo lo expuesto y en atención a que el nombramiento demandado de la doctora CRISTINA PASTRANA ARANGO, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, se realizó en provisionalidad y por así permitirlo el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, corresponde a la Sala verificar si, en efecto, no había funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular que pudieran ocupar dicho cargo, esto de conformidad con los derroteros antes mencionados.

Ahora, debe la Sala verificar si los funcionarios a los que se alude en el fallo impugnado, para la fecha del cuestionado nombramiento de la doctora CRISTINA PASTRANA ARANGO, estaban cumpliendo su periodo de alternación en el exterior y, de ser así, si están inmersos en la excepción de que trata el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Encuentra la Sala que, en efecto, como lo adujo el Tribunal los funcionarios que en seguida se relacionan, bien habían podido ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, en el lugar de la doctora CRISTINA PASTRANA ARANGO, pues hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular en ese mismo cargo y para la fecha del nombramiento ya superaban los 12 meses de su periodo de alternación en la sede respectiva.

(...)

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el nombramiento demandado data del 6 de diciembre de 2016, se advierte que en aplicación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, todo funcionario que para la mentada fecha, ya tuviera más de 12 meses en cumplimiento del periodo de alternación, bien habría podido ser nombrado en lugar de la demandada, pues tiene el rango de Ministro Plenipotenciario inscrito en carrera diplomática y consular²⁷ (subrayado y negrilla fuera del texto).

En virtud de lo anterior, se observa que el H. Consejo de Estado avaló la postura sostenida por la Sala mayoritaria de la Subsección A, Sección Primera de esta Corporación, en el entendido que respecto del nombramiento en provisionalidad en un cargo de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, bien sea en el interior o en el exterior, se debe tener en consideración que: i) si se cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto; y ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, deberá verificarse que el funcionario escalafonado haya cumplido con la frecuencia de 12 meses en la sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante.

El H. Consejo de Estado, justifica el segundo de los requisitos en lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, que prescribe:

“ARTICULO 37. FRECUENCIA. La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:

(...)

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

Así mismo, la H. Colegiatura en la sentencia citada, señaló que de conformidad con el artículo 60 del Decreto referido, en virtud del principio de especialidad, se podrá designar en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no

²⁷ BERMÚDEZ, Lucy Jeannette (C.P.) (Dra.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 19 de octubre de 2017. Radicación número: 25000-23-41-000-2017-00041-01.

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; lo que significa que el Ministerio de Relaciones Exteriores debe agotar los procedimientos que sean necesarios para demostrar que no es posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer los cargos objeto de nombramiento.

En ese sentido, el H. Consejo de Estado acoge el criterio de “disponibilidad” de los funcionarios en Carrera Diplomática y Consular, lo que consiste en el deber de verificar si para el momento en que se efectuó el nombramiento en provisionalidad, no habían funcionarios inscritos en la carrera, que pudieran ocupar el cargo, esto es, disponibles, en los términos del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, independientemente si realizaban sus labores en planta interna o externa.

En virtud de anterior, la Sala reitera la posición adoptada en sentencias proferidas en sede del medio de control de nulidad electoral, en casos similares al de la referencia²⁸ (postura que como se observa, fue avalada por la Sección Quinta del H. Consejo de Estado en la sentencia antes citada), considerando que:

A) La persona escalafonada en cualquiera de las categorías de la Carrera Diplomática y Consular, debe ocupar en la planta de personal del Ministerio, el cargo o el equivalente al que le corresponde en la misma.

B) No se trata de permitir por vía de nulidad del acto de nombramiento, que personas escalafonadas en rangos inferiores tengan derecho a que por comisión hacia arriba de su categoría, sean ascendidas sin previo cumplimiento de requisitos para el ascenso.

²⁸ LOZZI MORENO, Claudia Elizabeth (M.P.) (Dra.). Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. Sentencia del 29 de octubre de 2015. Expediente No.: 25000-23-41-000-2015-020540-00; LOZZI MORENO, Claudia Elizabeth (M.P.) (Dra.). Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Expediente No.: 25000-23-41-000-2016 00108 00

341

C) Cada vez que se surte un ascenso en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, respecto del cual el funcionario escalafonado recibe los salarios correspondientes al empleo en el cual se encuentra categorizado, debe atender los lapsos de alternación dispuestos, cumpliendo su función tanto en planta interna como externa del Ministerio, en tanto que la alternación obedece al desarrollo de los principios rectores de Eficiencia y Especialidad²⁹.

D) El párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000, que regula la frecuencia en los lapsos de alternación, implica que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran 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 calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país, siempre y cuando cumplan con los presupuestos previos señalados para tales efectos.

En este orden de ideas, en el entendido que debe examinarse en el caso concreto si el cargo a proveer bien sea en el interior o exterior, (i) cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto, y (ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, el funcionario escalafonado en la misma categoría, si se encuentra en el exterior, haya cumplido con la frecuencia de 12 meses en la sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante, tales aspectos deberán encontrarse debidamente probados en el plenario.

La Sala mediante Auto para mejor proveer de fecha ocho (8) de febrero de 2019 (fl. 310 cdno. ppal.), requirió al Ministerio de Relaciones Exteriores para que certificara el lugar donde se encontraba cumpliendo las funciones de Segunda Secretaria la señora Gabriela Gutiérrez Morales, frente a lo cual, la aludida autoridad administrativa se pronunció a través de memorial allegado a la Secretaría de la Sección el día 26 de febrero de 2019 (fl. 313 *Ibidem.*), indicando

²⁹ Decreto 274 de 2000, art. 26.

que la demandada desempeña las funciones propias de su cargo en la Planta Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En el caso concreto, se observa que el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores en cumplimiento a la orden de pruebas decretadas en la audiencia inicial del 21 de octubre de 2018, remitió información de la Dirección de Talento Humano de la entidad, que incluye la lista³⁰ de los funcionarios escalafonados en el grado de Segundo Secretario, la fecha de su posesión, el cargo ocupado para el 14 de agosto de 2017, el periodo de la alternación, y la ubicación en la que desempeñan el cargo, así mismo, aportó copia de los decretos de posesión y del decreto de nombramiento de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que para el 14 de agosto de 2017 tenían la categoría de Segundo Secretario, y que incluso se encontraban comisionados por debajo de esa categoría, sin embargo, no probó que para la fecha de expedición de la Resolución No. 6377 del 14 de agosto de 2017, acto administrativo demandado mediante el cual se nombró en provisionalidad a la señora Gabriela Gutiérrez Morales en el cargo de Segundo Secretario Código 2114, Grado 15, en la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, existía personal disponible en la planta interna para ser nombrado.

Lo anterior trae por consecuencia la configuración del supuesto descrito en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, norma en la que se sustentó el acto administrativo demandado, esto es, que por virtud del principio de especialidad se designen en cargos de carrera a personas que no pertenecen a esta, cuando no sea posible designar a personas de la Carrera Diplomática y Consular.

En consecuencia, no prosperan las súplicas de la demanda, y por tanto, no se declarará la nulidad del Decreto No.6377 del 14 de agosto de 2017, por el cual se nombró provisionalmente a la señora Gabriela Gutiérrez Morales en el cargo de Segundo Secretario, código No.2114, grado 15 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³⁰ EXPEDIENTE. Cuaderno principal. folios 128 al 130

Por otra parte, como quiera que en el presente asunto se ventiló un asunto de interés público, no hay lugar a condena en costas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.³¹

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: **NIÉGASE** las súplicas de la demanda por los motivos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas por tratarse de un proceso donde se ventila un interés público.

TERCERO: **ARCHÍVESE**, previa ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No.


CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada


LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado


FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

³¹ Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.