

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

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

Expediente No.: 25000-23 41-000-2018-00221-00
Demandante: MARIO SANDOVAL ROJAS
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y RICARDO GIL OCHOA
Medio de Control: NULIDAD ELECTORAL

SISTEMA ORAL

ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia en la demanda promovida por el señor Mario Sandoval Rojas contra la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de obtener la nulidad de del Decreto No. 038 del 12 de enero de 2018, por medio del cual el señor Presidente de la República y la Ministra de Relaciones Exteriores, nombraron con carácter provisional a Ricardo Gil Ochoa en el cargo de Ministro Consejero, código 1014, grado 13 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno de la República de Austria.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Pretensiones

El demandante en nombre propio formuló como pretensiones las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del Decreto No. 038 del 12 de enero de 2018 expedido por la Ministra de Relaciones Exteriores.

SEGUNDA: Que se comuniquen la sentencia a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores

TERCERO: Que se ordene a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores, dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA”.

1.2. HECHOS:

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

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 130 del 19 de enero de 2018, por medio del cual se nombró con carácter provisional a RICARDO GIL OCHOA en el cargo de Ministro Consejero, código 1014, grado 13 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno de la República de Austria, el cual es un cargo de carrera diplomática y consular.

Para llegar a la categoría de Ministro Consejero, los funcionarios de la carrera diplomática y consular debieron superar el riguroso concurso de méritos, el curso de formación diplomática por cerca de un año, un año más de periodo de prueba, las calificaciones anuales de desempeño laboral tras ser inscrito en el escalafón, y los exámenes de ascenso cada 4 años como lo establece el artículo 27 del Decreto Ley 274 de 2000.

La Administración atenta contra el derecho a la igualdad y al principio del mérito al realizar un nombramiento en provisionalidad sin que se configuren los presupuestos legales para que esa forma de provisión ocurra, tal y como ocurrió con el Decreto que se demanda. De acuerdo con el principio de especialidad previsto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000,

únicamente 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 no sea posible designar en dichos cargos a los funcionarios de carrera.

Según la misma normativa la administración debe agotar la posibilidad de nombrar funcionarios de carrera en los cargos de la carrera, recurriendo a: i) las designaciones ordinarias que obedecen al cumplimiento de los lapsos de alternación por parte de los funcionarios de carrera; ii) la designación de algunos funcionarios comisionados por debajo de su categoría en el escalafón, cuando el cargo vacante sea el que corresponde a su categoría; iii) las alternaciones anticipadas de funcionarios de carrera desde la planta interna hacia las sedes externas; iv) las designaciones en comisión para situaciones especiales establecidas por el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000; y v) los traslados dentro de la planta externa a los que se refiere el párrafo único del artículo 37 *Ibíd.*, y las demás excepciones a los lapsos de alternación que contempla el Decreto Ley 274 de 2000.

De conformidad con los artículos 37, 40 y 53 del Decreto Ley 274 de 2000, la disponibilidad de un funcionario de carrera para ser nombrado en un cargo de la carrera, no se contrapone a que dicho funcionario se encuentre en cumplimiento de sus lapsos de alternación, puesto que siempre estará cumpliendo con los mismos, sea en el exterior o en la planta interna, tal y como lo establece el artículo 36 de la misma normativa, de manera que un funcionario siempre está cumplimiento con sus lapsos de alternación, incluso cuando se aplican las excepciones a la frecuencia de los lapsos que se establecen en el artículo 37 de la norma, puesto que el mismo Decreto Ley reconoce también la existencia de las excepciones contempladas en los artículos 40 y 53.

El único momento en el que un funcionario de carrera no estaría disponible para ser nombrado en un cargo de carrera, es aquel en que se encuentre en una situación administrativa incompatible para ejercerlo, como es el caso de las comisiones de estudio establecidas por el artículo 47 del Decreto Ley 274

de 2000 o en la situación administrativa de disponibilidad consagrada en el artículo 41 *Ibídem.*, que no debe confundirse con la acción y efecto de estar disponible para ser designado en un cargo, puesto que la primera acepción hace referencia a una situación administrativa en virtud de la cual el funcionario está separado del servicio temporalmente.

Si el cargo de Ministro Consejero, código 1014, grado 13 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno de la República de Austria se encontraba vacante, la Administración debió haber priorizado el nombramiento del personal de carrera que se encontraba en alguna de las situaciones antes mencionadas, previo a recurrir a la provisionalidad.

Así, para poder proveer en provisionalidad el cargo, la Administración debió haber verificado que no existía ninguna posibilidad de nombrar en él a ninguno de los funcionarios de carrera que tienen la categoría de Ministros Consejeros de carrera diplomática y consular, que al 12 de enero de 2018 cumplían el tiempo de alternación, para ser trasladados a prestar sus servicios en esa u otras sedes externas de la planta global del Ministerio, establecida mediante el Decreto 3358 de 2009.

Además, debió verificar que a 12 de enero de 2018 no hubiera funcionarios de la carrera en el rango de Ministros Consejeros comisionados por debajo de su rango en el escalafón.

De acuerdo con el Oficio S-GAPT-18-002775 del 18 de enero de 2018 emitido por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores en respuesta a una petición de la Asociación Diplomática y Consular, existen 18 Ministros Consejeros de carrera comisionados por debajo de su cargo, entre los cuales ninguno fue cobijado por los traslados ordenados por el Decreto 2200 del 26 de diciembre de 2017 para poner al personal de carrera en cargos de escalafón.

La señora Adriana Arias Castiblanco solicitó a la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, ser designada en un cargo correspondiente al de su categoría, puesto que se encontraba nombrada 3 categorías por debajo en desmedro de su dignidad como trabajadora. Sin embargo, la Dirección de Talento Humano mediante Memorando I-GCDA-18-002777 del 8 de febrero de 2018 resolvió desfavorablemente su solicitud señalando que para esa fecha el Ministerio no contaba con la disponibilidad del empleo.

El señor Ricardo Gil Ochoa es el hijo e quien para la época de su nombramiento era el Ministro de Justicia, señor Enrique Gil Botero, circunstancia que vicia aún más la legalidad del acto administrativo demandado y que incluso está en contravía de la prohibición expresa del artículo 126 de la Constitución Política.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas violadas y el concepto de la violación se encuentran sustentados en los cargos de nulidad que se describen en las consideraciones de esta decisión.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

La entidad demandada por intermedio de su apoderado, al referirse a los hechos de la demanda, afirmó que el Ministerio de Relaciones Exteriores, en uso de su facultad discrecional que le otorga el artículo 189 numeral 2º de la Constitución y los artículos 60, 61 y 62 del Decreto - Ley 274 de 2000, puede nombrar a personas que no pertenezcan a la carrera diplomática y consular que acrediten el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el citado Decreto-Ley para ocupar el correspondiente cargo.

No puede existir entonces un "derecho preferente" de algún funcionario de carrera, que coarte la facultad constitucional en cabeza del Gobierno para nombrar al personal diplomático y consular, y tampoco puede el Gobierno, como lo pretende el demandante, desconocer el principio alternación ni sus lapsos, claramente definidos en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, ni las demás situaciones administrativas especiales que el actor invoca a su favor.

El fundamento de los nombramientos en provisionalidad dentro de la carrera diplomática y consular, está previsto constitucional y legalmente, y su constitucionalidad fue ratificada por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-292 del 16 de marzo 2001, entre otros argumentos, a la luz del principio de especialidad, que permite satisfacer la necesidad de efectuar nombramientos dentro de la carrera diplomática y consular con personal ajeno a la carrera, cuando exista la imposibilidad de hacerlo con personal escalafonado, tal como sucedió en este caso, según se demostrará en desarrollo de este proceso.

El señor Gil Ochoa cuenta con una importante historia laboral y académica que respalda el nombramiento realizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, pues cuenta con estudios profesionales en administración de empresas y es experto en negociación de la Universidad de los Andes, así como un master en relaciones públicas y comunicación corporativa de la Universidad de Nueva York. Así mismo, cuenta con más de 11 años de experiencia, tanto en el sector público como el privado, en diferentes cargos de consultoría en el ámbito nacional e internacional.

Para realizar el nombramiento del señor Gil Ochoa, el Ministerio verificó que no había disponibilidad de funcionarios de carrera diplomática y consular que hubiesen podido ocupar el cargo que se demanda, pues los funcionarios se encontraban cumpliendo con sus períodos de alternación en planta interna, además, en planta externa tampoco existían funcionarios de carrera diplomática que hubiesen podido ocupar el cargo.

- Propone como excepciones de fondo las siguientes:

i) No se puede acudir de manera ordinaria a la figura de la comisión establecida para situaciones especiales de que tratan los literales a) y b) del artículo 53 del Decreto Ley 274, para nombrar a funcionarios en el exterior que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía en planta interna, y cumpliendo con su respectivo período de alternación, pues dicha interpretación implicaría desconocer de manera evidente el principio de alternación, en los términos del artículo 39, parágrafo 2º del citado Decreto.

En el caso de configurarse la causal de excepción a los lapsos de alternación prevista en el artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000, que impida el cumplimiento del término dispuesto en el artículo 37, literal b), esto es el tiempo de servicio en planta interna de 3 años, será procedente, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, autorizar el traslado anticipado del funcionario de la planta interna a la planta externa, mediante una comisión para situaciones especiales.

Así, una vez se emita el concepto de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular y de ser positivo al clasificar la situación dentro de aquéllas que autorizan la excepcionalidad en los lapsos de alternación por configuración de una situación de especial naturaleza, la Dirección de Talento Humano debe proceder a aplicar lo dispuesto en el artículo 53, literal b) del Decreto - Ley 274 de 2000 que, de forma inequívoca, dispone la procedencia de la comisión para situaciones especiales en aquellos casos donde no se pueda cumplir el lapso de alternación en planta interna.

ii) La demanda desconoce la facultad del Presidente de la República para nombrar a los agentes diplomáticos y consulares - Artículo 189-2 de la Constitución Política

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 ni por la jurisdicción, olvidando que el régimen

de Carrera Diplomática Consular es de carácter "especial" y que dista del régimen ordinario de carrera, en razón a la naturaleza.

La discrecionalidad propia de esta facultad del Presidente de la República emana de una interpretación literal de los artículos 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000, en los cuales se utiliza la expresión "podrá" en clara referencia a una "facultad" adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, según lo indica el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La demanda y sus anexos no se prueba, 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. Todo lo contrario, queda clara la necesidad del servicio ante la inexistencia de personal de carrera disponible.

iii) Se observó el principio de especialidad contenido en los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000 - sobre provisionalidad-, que pretende desestimar el demandante.

Olvida el demandante que el nombramiento en provisionalidad del señor Gil Ochoa está fundado en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, siendo clara la imposibilidad de nombrar personal de Carrera diplomática, porque los funcionarios de planta interna no habían cumplido su período de alternancia de 3 años, y tampoco los de planta externa, los 4 años. Tampoco se presentaba alguna de las aludidas causales de ley, en las que podía exceptuar el plazo legal de alternación de esos funcionarios.

Respecto de los funcionarios citados por el demandante, todos escalafonados en la categoría de Ministro Consejero, para el 12 de enero de 2018 se encuentran cumpliendo su período de alternación en planta interna, ocupando, algunos, cargos de Consejero con fundamentó en el literal a) del artículo 53 citado ante la inexistencia de cargos que corresponden a su categoría en la

Planta Interna del Ministerio. Por otra parte, dichos funcionarios no pueden ser nombrados en el exterior hasta tanto que cumplan con su período de alternación en el país.

iv) Es improcedente utilizar la comisión para situaciones especiales para suplir de manera ordinaria vacantes en el exterior - artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000

Es improcedente utilizar la comisión establecida para situaciones especiales de que trata el literal b) del artículo 53 del Decreto Ley 274, para nombrar a funcionarios en el exterior que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía en planta interna y cumpliendo con su respectivo período de alternación, salvo que medie concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular para interrumpir el respectivo dicho lapso de alternación, conforme lo establece el artículo 40 *ibid*.

En el presente caso, los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular citados por el accionante están cumpliendo su período de alternación en la planta interna, lo que hace improcedente su designación en el cargo ocupado por el señor Gil Ochoa, pues no se configuraron las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación de que trata el citado artículo 40.

v) La demanda desconoce las circunstancias excepcionales de ley -artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000-, frente a la frecuencia de los lapsos de alternación

No se pueden desconocer las reglas sobre la situación administrativa especial de la alternación en el exterior contempladas en el Decreto Ley 274 de 2000, según las cuales: a) como regla general, el período de alternación es de 3 y 4 años continuos, y b) solo excepcionalmente un plazo menor, si se presentan circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito acreditadas y calificadas como tales por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, a través de la comisión para situaciones especiales.

La posibilidad de nombrar a funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraran prestando su servicio en el exterior, es una facultad del Gobierno en los casos excepcionales del artículo 40, y no un derecho del funcionario. El demandante no aporta ninguna prueba que los funcionarios con supuesto "derecho preferente" tenían una fuerza mayor o caso fortuito que viabilizara su nombramiento en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Austria.

Es improcedente la interpretación del demandante, pues no es posible utilizar la comisión para servicios especiales para que los funcionarios de carrera diplomática y consular evadan el deber de alternación en territorio Colombiano con la intención de extender su estadía de manera indefinida en el exterior.

En ese orden la comisión para situaciones especiales no puede concebirse como una forma ordinaria para proveer las vacantes en el exterior, inobservando el principio de alternación y obviando el concepto favorable de la Comisión de Personal previo estudio de las causales excepcionales que dieran lugar a ello, con el simple ánimo de que los funcionarios de carrera diplomática y consular extiendan su estadía de manera indefinida en el exterior.

La demanda desconoce la facultad del Presidente de la República para nombrar a los

- Por otra parte, el apoderado formuló como excepciones previas la inepta demanda por indebida escogencia del medio de control, que la demanda no comprende a todos los litisconsortes necesarios, y que existe una falta de legitimación en la causa por activa.

2.2. RICARDO GIL OCHOA

El demandado por intermedio de su apoderado propuso como excepciones de fondo la siguiente:

- Cumplimiento de las normas en que debía fundarse: al momento de la expedición del Decreto 038 del 12 de enero de 2018 no existían funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular escalafonados como Ministros Consejeros disponibles para ser nombrados en el cargo en que fue nombrado el demandado, por lo que en cumplimiento del principio de especialidad, el acto demandado cumple con las normas en que debía fundarse.

Contrario a lo que sostiene el demandante, las excepciones consagradas en el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 para el no cumplimiento de los lapsos de alternación no confieren derechos subjetivos, ya que son una potestad que queda a discreción de la administración y requieren de unos requisitos especiales que no se presentan en este caso.

Para que sea posible el nombramiento de un funcionario de la carrera diplomática en planta externa, sin que cumpla el lapso de alternación en la planta interna, se requiere de un concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, que no se dio en este caso. Por tanto, no era posible para el Ministerio de Relaciones Exteriores nombrar a alguno de los funcionarios de la carrera diplomática y consular escalafonados como Ministros Consejeros que se encuentran ejerciendo un cargo inferior al que corresponde, y que se encuentran cumpliendo el periodo de alternación en planta interna, dado que no se dan los requisitos legales para ello.

Tampoco es posible tomar como disponible para suplir el cargo en el que fue nombrado el demandado, a quienes se encuentran prestando sus servicios en el exterior en cargos de igual categoría, pues tal interpretación lleva al absurdo de entender que el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra obligado a generar un desorden administrativo, trasladando a funcionarios de la planta externa a cargos de igual categoría cada vez que se genera una vacante, sin que ello logre solucionar la problemática de provisión de cargos.

Por otra parte, propuso como excepción previa la inepta demanda por falta de concepto de la violación.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Previo reparto, por auto del 28 de febrero de 2018 se inadmitió la demanda, siendo subsanada en término por la parte actora, motivo por el cual en providencia del 20 de marzo de la misma anualidad se admitió la demanda, y se dispuso su notificación personal a al nombrado, RICARDO GIL OCHOA, a la señora Ministra de Relaciones Exteriores, al Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Efectuado el traslado de la demanda, y con contestación en término por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y del señor Ricardo Gil Ochoa, en auto del 3 de agosto de 2018 se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 8 de octubre de 2018.

3.1. La Audiencia Inicial

3.1.1. Se realizó el 8 de octubre de 2018, de conformidad con el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011¹, mediante el agotamiento de las siguientes etapas:

i) Saneario 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 inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y por falta de concepto de la violación, falta de legitimación en la causa por

¹ EXPEDIENTE. CD obrante a folio 140

activa, y la falta de composición de todos los litisconsortes necesarios, siendo negadas.

En contra de la decisión de negar la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda, el apoderado del demandando Ricardo Gil Ochoa interpuso recurso de súplica, el cual fue concedido en la diligencia, motivo por el cual la audiencia fue suspendida.

3.1.2. La Sala dual de la Sección Primera – Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 30 de noviembre de 2018 resolvió confirmar el auto proferido por la Magistrada sustanciadora en audiencia del 8 de octubre de 2018.

3.1.3. La audiencia inicial fue reanudada el 1° de marzo de 2019, en la cual se surtieron las etapas faltantes así:

i) Fijación del litigio: Se concluyó que el propósito del medio de control se circunscribe a resolver la controversia sobre los hechos de la demanda que el Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Ricardo Gil Ochoa consideraron que no son ciertos, que no son hechos o que no son relevantes a la litis, y a examinar la legalidad del acto administrativo demandado.

ii) Decreto de pruebas: Se dio valor probatorio a las pruebas documentales aportadas por las partes. Así mismo fueron negadas las pruebas solicitadas por el demandante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 211 del CPACA en concordancia con el numeral 10° del artículo 78 del CGP y el artículo 173 *Ibidem*.

Por otra parte el Despacho sustanciador como prueba de oficio ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores a certificar el lugar en el que el demandado RICARDO GIL OCHOA prestaba sus servicios a la fecha de la diligencia.

3.2. En auto del 22 de marzo de 2019 se incorporó la prueba decretada de oficio, y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.3. Alegatos de Conclusión

Las partes presentaron en tiempo sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

3.3.1. RICARDO GIL OCHOA: el demandante no cumplió con la carga legal de probar los hechos referentes a la existencia de funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular disponibles para ser nombrados como Ministro Consejero en la embajada de Colombia ante el gobierno de Austria. Así, de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae en el demandante, y además es un presupuesto para que prospere el presente medio de control.

Por otra parte el demandante no probó la ilegalidad del acto administrativo demandado conforme a los cargos de nulidad propuestos en la demanda.

3.3.2. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES: de las pruebas documentales practicadas en el expediente, especialmente del registro de los funcionarios inscritos en la categoría de Ministro Consejero, y de la información emitida por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, se puede establecer la legalidad del acto administrativo de nombramiento en provisionalidad demandado, toda vez que se verificó que no era posible designar en el cargo a un funcionario inscrito en el escalafón en la categoría de Ministro Consejero, que la persona nombrada cumplía con los requisitos para ocupar el cargo en provisionalidad, así como la facultad legal y la competencia para dictarlo.

Según la certificación de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la revisión del registro del lapso de alternación de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular se constató que para el 12 de enero de 2018, las personas se encontraban en comisión para situaciones

especiales en cumplimiento de los parámetros del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000.

La circunstancia de tener funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Consejero, que estén prestando sus servicios en el país en cumplimiento del lapso de alternación en la planta interna, no hace ilegal el nombramiento en provisionalidad del demandado, ni conlleva la anulación del mismo, comoquiera que quedó demostrado el cumplimiento del principio de alternación de los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular, ejerciendo sus cargos tanto en la planta interna y externa del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3.5. Concepto del Ministerio Público:

La Agente del Ministerio Público delegada ante esta Corporación, señaló que no existe en el plenario prueba alguna que demuestre que en la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, para el 12 de enero de 2018, existía servidor público en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular que cumpliera con los requisitos de ascenso o con los periodos de alternación para ser designado en el cargo de Ministro Consejero, código 1014, grado 13 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, motivo por el cual no prospera la pretensión de nulidad del Decreto 038 del 12 de enero de 2018.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

En los términos del numeral 12 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 3356 de 2009², la

² DECRETO 3356 DE 2009. ARTÍCULO 2o. Adiciónese la nomenclatura de empleos de que trata el Decreto 2489 de 2006, así:

Nivel Profesional

Denominación del Empleo

Código Grado

Sala es competente para conocer en primera 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, debe declararse nulo el Decreto N° 130 del 19 de enero de 2018, atinente al nombramiento en provisionalidad de ANDRÉS CAMILO GONZÁLEZ VALLEJO, como Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, código 2116, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Atlanta, Estados Unidos de América.

3. CARGOS DE LA DEMANDA

A continuación se consignarán los cargos de nulidad de la demanda, seguidos de la valoración efectuada por la Sala respecto de los mismos. Se tendrá en cuenta para el análisis de fondo los argumentos expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores en las excepciones de fondo propuestas en el escrito de contestación, los cuales fueron citados en precedencia.

3.1. El demandante propuso como cargos de nulidad los siguientes:

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.

Así mismo, es contrario a los artículos 13, 125 y 209 que establecen a su turno, el derecho a la igualdad, la naturaleza preferente de los cargos públicos como

(...)
Ministro Consejero

(...)
2142

(...)
19
18

cargos de carrera y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que deben orientar el ejercicio de la función pública en favor del interés general.

El nombramiento del demandando se llevó a cabo cuando existen no solo varios Ministros Consejeros de la carrera disponibles para ser nombrados, sino cuando muchos de ellos están nombrados en cargos inferiores a los de su categoría, en contra de la jurisprudencia constitucional que ha señalado que las comisiones por debajo de los funcionarios de carrera diplomática y consular solo deben perdurar mientras no exista la disponibilidad del cargo que corresponde a la categoría del escalafón en la que se encuentra el funcionario.

Los artículos 4º numeral 7º y 60 del Decreto 274 de 2000 fueron desconocidos en el artículo 1º del Decreto demandado, por cuanto para la fecha de nombramiento de RICARDO GIL OCHOA existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular escalafonados en el grado de Ministro Consejero que podrían ser nombrados en el mismo cargo. Además, existían otros funcionarios de carrera que en aplicación de las previsiones de los artículos 37 a 40, 53 y 73 del Decreto Ley 274 de 2000, también podían ser nombrados o comisionados en el cargo.

La administración desconoció la condición impuesta por el Decreto Ley 274 de 2000, y no atendió las orientaciones jurisprudenciales sobre la interpretación de dicha condición para poder hacer un nombramiento en provisionalidad, por lo que debe anularse el Decreto 038 del 12 de enero de 2018, por cuanto su expedición se torna ilegal por desconocer la norma en que se sustenta.

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

El Decreto No. 130 del 19 de enero de 2018 se expidió haciendo uso de una facultad no discrecional, por lo que el mismo debe ser motivado, debiendo demostrar los supuestos de hecho que la norma invocada como sustento establece para que proceda su aplicación, lo cual no aconteció en este caso.

Tampoco se demostró la condición que permite el cumplimiento del nombramiento en provisionalidad, lo cual en este caso no era posible al existir personal de carrera disponible, motivo por el cual el nombramiento de Ricardo Gil Ochoa en el cargo de Ministro Consejero es ilegal.

C. FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo demandado se motivó en 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, lo cual no se demostró en este caso.

4. ANÁLISIS DE LA SALA RESPECTO DE LOS CARGOS DE NULIDAD DE LA DEMANDA

La Sala sustentará la decisión que en derecho corresponda, conforme a las siguientes consideraciones:

4.1. 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 Superior, 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

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.

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 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 lo 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

En criterio de la H. Corte Constitucional⁵ 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 pública.

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 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 4º 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

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

⁵ Ibid.

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 general”⁶.

4.2. 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 empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejercen

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

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

El artículo 4º 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 5º, 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. Así, las situaciones administrativas especiales de sus

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

⁸ *Ibíd.*

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, conforme al artículo 13 del Decreto 274 de 2000 son: a) Tercer Secretario, b) Segundo Secretario, c) Primer Secretario, d) Consejero, e) Ministro Consejero, f) Ministro Plenipotenciario, y g) Embajador.

La norma 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 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

Embajador

Viceministro

Secretario General

Directores

Jefe de Oficina Asesora

Asesor Grado 13 o superiores

Subsecretarios

Ministro Plenipotenciario

Ministro Plenipotenciario

Jefe de Oficina Asesora

Asesor Grados 10,11 y 12

⁹ Decreto 274 de 2000, art. 13.

Subsecretarios

Ministro Consejero y Cónsul General
Asesor Grados 7, 8 y 9

Ministro Consejero

Consejero
Asesor Grado 6

Consejero

Primer Secretario y Cónsul de Primera
Asesor Grados 4 y 5

Primer Secretario en Planta Interna

Segundo Secretario y Cónsul de Segunda
Asesor Grados 2 y 3

Segundo Secretario en Planta Interna

Tercer Secretario y Vicecónsul
Asesor Grado 1¹⁰.

Tercer Secretario en Planta Interna

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 sólo 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 categoría¹¹.

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

¹⁰ *Ibíd.* art. 12.

¹¹ *Ibíd.* art. 14.

acuerdo con los resultados del concurso, 5) la evaluación y calificación del rendimiento en la Academia, y 6) el nombramiento en período de prueba¹².

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 Decreto¹³.

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.
- ✓ 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 superior¹⁴, y para ascender en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, el funcionario escalafonado debe cumplir los siguientes requisitos¹⁵:

1. Solicitud del interesado dirigida a la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular y presentada en la Dirección del Talento

¹² Ibíd. arts. 15 y 16.

¹³ Ibíd. art. 25.

¹⁴ Ibíd. art. 27.

¹⁵ Ibíd. art. 26.

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 casos que pueden darse en la prestación del servicio exterior por parte de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, como verdaderas situaciones administrativas especiales, disponiendo los siguientes:

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

Consiste 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 tres (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 (2) 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 poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione 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 previstos en la norma.

Así mismo, el parágrafo del artículo 38 del Decreto 274 de 2000 prescribe que *“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”*.

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 sólo 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 hiciera 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.

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 perteneciere 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 perteneciere 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 perteneciere, 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 tratara 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 parágrafo 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 comisión, 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 perteneciere.

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.

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 en ningún caso confiere 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 diplomática¹⁶, las causales de retiro de los mismos¹⁷, los órganos de administración, coordinación, orientación y funcionamiento del sistema de carrera diplomática y Consular¹⁸, como también el régimen disciplinario¹⁹ y demás aspectos concernientes a su regulación²⁰, constituyendo así una normativa especial que la distingue de la carrera general o de cualquier otra especial.

4.3. EL CASO EN CONCRETO

Atendido el desarrollo legal y jurisprudencial decantado en precedencia, es claro, que la naturaleza jurídica del cargo desempeñado por RICARDO GIL OCHOA, esto es, el de Ministro Consejero de Relaciones Exteriores, código 2116, grado 13, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Austria, pertenece a

¹⁶ *Ibíd.* arts. 62 a 69.

¹⁷ *Ibíd.* art. 70.

¹⁸ *Ibíd.* arts. 71 a 78.

¹⁹ *Ibíd.* arts. 79 a 82.

²⁰ *Ibíd.* arts. 83 a 95.

los cargos de Carrera Diplomática y Consular. Por otra parte, tal y como se refirió en la demanda y en la contestación, el nombrado no pertenece a la aludida carrera, siendo su nombramiento en provisionalidad en los términos del acto administrativo que se impugna.

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:

4.3.1. La carrera administrativa general como la concernida a los sistemas específicos, tiene como propósito constitucional privilegiar: i) 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 y capaz, asegurando su vocación de permanencia y perdurabilidad en el empleo público; y ii) hacer realizables los derechos políticos fundamentales de todo ciudadano en particular el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos para lo cual el mérito es su elemento definitorio.

4.3.2. La misma regla es aplicable a la carrera diplomática y consular según lo dispuesto en el Decreto Ley No. 274 de 2000, en tanto que 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, integralidad y confidencialidad), el artículo 4° remite expresamente a los principios consagrados en la Constitución Política, y en este orden, el criterio del mérito como esencial, 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”²¹, dentro o fuera de la República de Colombia, pertenezcan o no a la carrera diplomática.

4.3.3. 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”²² cuya “frecuencia”, esto es, los periodos que deben ser cumplidos tanto en servicio interior (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 Carrera 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 parágrafo del artículo 37 dispuso que los funcionarios que se encuentren prestando 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 carrera o cuando se trate de designaciones en otros cargos dentro del mismo país.

²¹ Según el artículo 3° del citado Decreto entendiéndose 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.

²² 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.

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 posesione 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 la 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.

4.3.4. La existencia de funcionarios de la carrera diplomática y consular que se encuentren disponibles para desempeñar el cargo que el señor RICARDO GIL OCHOA ocupa en provisionalidad con ocasión del acto administrativo que se demanda, constituye una situación jurídica cuya demostración le

corresponde probar al demandante, en los términos de la jurisprudencia de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, según la cual:

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

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

2.3.3 Sobre el particular la Sala Electoral en sentencias de 31 de marzo de 2016, 23 de febrero y 30 de marzo de 2017 se precisó que:

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

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

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

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

lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no.

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

2.3.4 En tal virtud para el estudio y análisis de la impugnación de nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular se deberá atender a las provisiones que la definida línea jurisprudencial de la Sección Quinta ha establecido para resolver este tipo de controversias"²³ (subrayado y negrilla fuera del texto).

En ese sentido, conforme a las reglas relacionadas con la designación en provisionalidad en cargos del régimen de carrera diplomática y consular, es una carga del demandante la demostración del requisito de disponibilidad, la cual no se satisface solo con el suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que exige la demostración del cumplimiento de los términos de alternación o de los 12 meses a los que se refiere el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, con lo que se prueba mediante la respectiva acta de posesión.

En el caso concreto debe advertirse que el demandante no aportó prueba alguna en la que se demuestre que para el 12 de enero de 2018, fecha en la que se nombró en provisionalidad al señor RICARDO GIL OCHOA, existieran funcionarios de carrera diplomática en el escalafón Ministro Consejero de Relaciones Exteriores, código 2116, grado 13, que ya hubieran culminado con su periodo de alternancia, y que en virtud de tal circunstancia debieran cumplir actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en la planta externa, para efectos de ser nombrados de la planta global del Ministerio adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Austria.

²³ ARAÚJO OÑATE, Rocío (C.P.) (Dra.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 11 de octubre de 2018. Radicación número: 25000-23-41-000-2017-00671-02.

Lo anterior demuestra la desatención de la carga que le asistía al demandante, y así mismo la imposibilidad para la Sala de determinar la configuración del término alternación o del término de 12 meses consagrado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, motivo suficiente para desestimar los cargos de nulidad propuestos en contra del Decreto 038 del 12 de enero de 2018.

4.3.5. Por otra parte se observa que en el acápite de hechos de la demanda, el actor alude que el señor Ricardo Gil Ochoa es el hijo de quien para la época de su nombramiento era el Ministro de Justicia, señor Enrique Gil Botero, circunstancia que a su criterio vicia de legalidad el acto administrativo demandado en los términos del artículo 126 de la Constitución Política.

Al respecto, la norma constitucional invocada por el demandante prescribe en su inciso 1º lo siguiente:

“ARTICULO 126. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente (...).”

En este caso, la Sala advierte que el supuesto vínculo de consanguinidad alegado por el demandante no se encuentra probado en el expediente, y en todo caso si se acreditara tal parentesco, dicha circunstancia tampoco viciaría la legalidad el acto administrativo que se demanda, por cuanto el nombramiento efectuado mediante el Decreto No. 38 del 12 de enero de 2018²⁴ fue realizado por el señor Presidente de la República de Colombia en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, junto con la señora Viceministra de Relaciones Exteriores Encargada de las Funciones del Despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores, motivo por el cual el nombramiento, al no haberse realizado por quien se desempeñaba como

²⁴ EXPEDIENTE. folio 39.

Ministro de Justicia y del Derecho para esa época, no configura la prohibición dispuesta en el artículo 126 constitucional.

4.3.6. De conformidad con lo expuesto, ninguno de los cargos de nulidad propuestos por el demandante prosperan, motivo por el cual se negarán las súplicas de la demanda.

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: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con los argumentos expuestos en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: 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
Magistrada


FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

05/06/2019
D