

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B**

Bogotá D.C. veintiuno (21) de febrero del dos mil diecinueve (2019)

<b>Magistrado Ponente:</b>	<b>OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS</b>
<b>Expediente:</b>	<b>No.25000-23-41-000-2018-00277-00</b>
<b>Demandante:</b>	<b>MARIO ANDRÉS SANDOVAL ROJAS</b>
<b>Demandado:</b>	<b>MARIO ALBERTO PUERTA OSORIO</b>
<b>Referencia:</b>	<b>ACCIÓN ELECTORAL</b>

Decide en única instancia la Sala la demanda presentada por el señor Mario Andrés Sandoval Rojas en ejercicio del medio de control jurisdiccional electoral previsto en el artículo 139 de la Ley 1437 del 2011 (C.P.A.C.A.), con el fin de que se declare la nulidad del Decreto No. 155 del 22 de enero del año 2018 proferido por el Presidente de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el cual fue nombrado en provisionalidad el señor Mario Alberto Puerta Osorio en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica (fls. 26 a 45 cdno. ppal.).

**I. ANTECEDENTES**

**A. La Demanda**

**1. Pretensiones de la demanda**

1) Mediante escrito radicado el día 5 de marzo del año 2018, se presentó demanda, en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, con la siguiente finalidad (fl. 26 cdno. ppal.):

## **"II. LAS PRETENSIONES:**

**PRIMERA:** Que se declare la nulidad del 155 del 22 de enero del 2018.

**SEGUNDA:** Que se comuniquen la sentencia a la Presidencia de 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" (negrillas y mayúsculas del demandante).

2) Las súplicas de la demanda están encaminadas a que se declare la nulidad del acto de nombramiento en provisionalidad del señor Mario Alberto Puerta Osorio en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica, porque, según el demandante, la normatividad que regula la carrera diplomática y consular limita la facultad de efectuar nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera para aquellos eventos en los que no haya personal debidamente inscrito para ejercer esos cargos, situación que no aconteció en este preciso asunto por cuanto para el momento en que fue nombrada la persona en referencia existían funcionarios de carrera que se encontraban en cargos de inferior jerarquía y que cumplían los requisitos para ocupar el cargo aquí demandado.

### **2. Hechos de la demanda**

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda lo siguiente:

1) El día 22 de enero del año 2018 el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 155, para nombrar al señor Mario Alberto Puerta Osorio en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica.

2) El cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica, es un cargo de Carrera Diplomática y Consular.

3) El Decreto Ley 274 de 2000 estableció las siguientes categorías de la carrera diplomática y consular la cual regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios que pertenecen a esta teniendo en cuenta el mérito:

<b>Categoría en carrera diplomática y servicio diplomático (artículos 10 y 11 del Decreto 274 de 2000)</b>	<b>Equivalencia en el servicio consular, (artículo 11 del Decreto 274 de 2000)</b>	<b>Tiempo de servicio para alcanzar la categoría (artículos 23 a 27 del Decreto 274 de 2000).</b>
Embajador	Cónsul General Central y Cónsul General	Veinticinco (25) años
Ministro Plenipotenciario	Cónsul General	Veinte (20) años
Ministro Consejero	Cónsul General	Dieciséis (16) años
Consejero	Cónsul General	Doce (12) años
Primer Secretario	Cónsul de primera	Ocho (8) años
Segundo Secretario	Cónsul de segunda	Cuatro (4) años
Tercer Secretario	Vicecónsul	Un (1) año

4) Para llegar a la categoría de Primer Secretario los funcionarios de la carrera diplomática y consular deben superar el concurso de méritos, el concurso de formación diplomática por un año, un año en periodo de prueba, las calificaciones anuales de desempeño laboral luego de ser inscritos en el escalafón y los exámenes de ascenso cada 3 o 4 años como lo establece el artículo 27 del Decreto Ley 274 de 2000.

La administración atenta contra el derecho a la igualdad y el principio al mérito por realizar un nombramiento en provisionalidad sin que se configuren los presupuestos legales para que esa forma de provisión de cargos proceda como ocurre con el acto acusado.

5) De conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 en virtud del principio de especialidad 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 funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer esos cargos.

La condición contenida en el citado artículo 60 para la procedencia de los nombramientos en provisionalidad lleva a concluir que siempre que sea posible designar funcionarios de carrera para ocupar cargos de carrera diplomática y consular la administración deberá optar por su designación, en la medida en que no se configurarían los presupuestos para acudir legalmente a esa figura excepcional de provisión de cargos.

6) La administración debe agotar la posibilidad de nombrar funcionarios de carrera en cargos de carrera diplomática y consular no solo recurriendo a las designaciones ordinarias que obedecen al cumplimiento de los lapsos de alternación sino que también debe acudir: a) a la designación de alguno de los funcionarios comisionados por debajo de su categoría en el escalafón cuando el cargo vacante sea el correspondiente a su categoría (artículo 53 del Decreto 274 de 2000 y sentencia C-808 de 2001), b) a las alternaciones anticipadas de funcionarios de carrera desde la planta interna hacia las sedes externas (artículo 37 literal b del Decreto 274 de 2000), c) a las designaciones en comisión para situaciones especiales (artículo 53 *ibidem*) y, d) a los traslados dentro de la planta externa de los que habla el parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 y de las demás excepciones a los lapsos de alternación.

7) De conformidad con los artículos 37, 47 y 53 del Decreto 274 de 2000 la disponibilidad de un funcionario de carrera para ser nombrado en un cargo de carrera no se contrapone a que este se encuentre cumpliendo los lapsos de alternación dado que este siempre está cumpliéndolos sea en el exterior o en la planta interna como lo establece el artículo 36 *ibidem*.

Un funcionario de la carrera diplomática y consular siempre está cumpliendo los lapsos de alternación incluso cuando se aplican las excepciones a la frecuencia que de estos consagra el artículo 37 del

Decreto 274 de 2000, puesto que ese mismo cuerpo normativo reconoce la existencia de esas excepciones también contempladas en los artículos 40 y 53 *ibidem*.

El único momento en el que un funcionario 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 en el artículo 47 del Decreto 274 de 2000 o en la situación administrativa de disponibilidad consagrada en el artículo 41 *ibidem*, esto es separado del servicio temporalmente.

8) Si el empleo contenido en el acto acusado se encontraba vacante la entidad demandada debió priorizar el nombramiento del personal de carrera que se encontraba en alguna de las situaciones antes descritas antes de recurrir a la provisionalidad, de lo contrario se vulnera lo previsto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 y se atenta contra los principios rectores de la carrera como la eficiencia y la especialidad.

9) Para proveer en provisionalidad el cargo de Primer Secretario la administración debió verificar primero que no existía ninguna posibilidad de nombrar en él a ninguno de los funcionarios de la carrera que tienen la categoría de primeros secretarios de carrera diplomática y consular que, para el 22 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.

10) El Ministerio de Relaciones Exteriores debió cerciorarse que para el 22 de enero de 2018 no existiera ningún Primer Secretario comisionado por debajo de su rango en el escalafón puesto que la Corte Constitucional ha reiterado que las comisiones en cargos inferiores deben ser excepcionales y están llamadas a finalizar inmediatamente hayan cargos disponibles dentro de la categoría que ostenta el funcionario comisionado como se desprende de la sentencia C-808 de 2001.

De acuerdo con el oficio S-GAPT-18-002775 de 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 funcionarios de carrera en el cargo de Primer Secretario por debajo de su cargo.

11) Como condición para expedir el acto acusado la entidad demandada además debió verificar que para el 22 de enero de 2018 no hubiese funcionarios de carrera en el rango de Primer Secretario cumpliendo su alternación en sedes internas de la planta global del Ministerio que pudieran haberse designados para prestar los servicios como Primer Secretario, por aplicación de la excepción a los lapsos de alternación consagrada en el literal *b)* del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 en concordancia con el literal *b)* del artículo 53 y el literal *k)* del artículo 73 *ibidem*.

12) En otros casos el Ministerio de Relaciones Exteriores ha recurrido a los artículos 37 y 40 del Decreto 270 de 2000 para disponer la alternación anticipada de funcionarios de carrera con el fin de que estos ocupen vacantes en su mismo rango como en los siguientes casos:

a) Decreto 1485 de 5 de septiembre de 2017, se comisionó al Tercer Secretario John Alexander Quintero Valderrama en el empleo de Tercer Secretario adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno del Estado de Japón.

b) Decreto 1473 de 4 de septiembre de 2017, se comisionó al Ministro Plenipotenciario Victoria Eugenia Olga Pauwels Tumiñán al cargo de Ministro Plenipotenciario adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de España.

c) Decreto 1474 de 4 de septiembre de 2017, se comisionó al consejero Óscar Iván Echeverry Vásquez en el empleo de consejero adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Austria.

d) Decreto 1484 de 5 de septiembre de 2017, se comisionó a la Tercera Secretaria Karol de la Paz Quintero Rodríguez al cargo de Tercer Secretario adscrito al Consulado General de Colombia en Toronto Canadá.

e) Decreto 1322 de 4 de agosto de 2017, se comisionó al Tercer Secretario Sebastián Acosta Triana en el cargo de Tercer Secretario adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de la India.

f) Decreto 2174 de 27 de diciembre de 2016, se comisionó al Consejero Lina María Ibáñez Silva al cargo de Consejero adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Portugal.

No obstante para el cargo de Primer Secretario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica la administración omitió recurrir a esa posibilidad lo que configura la ilegalidad del acto acusado.

13) Asimismo la entidad demandada debió verificar que para el 22 de enero de 2018 no hubieran otros miembros de la carrera pertenecientes a otro escalafón que pudieran ser comisionados para prestar sus servicios en el cargo de Primer Secretario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica, en aplicación del literal a) del artículo 53 del Decreto ley 274 de 2000 que regula las comisiones para situaciones especiales.

De haberse realizado la citada verificación la administración habría encontrado que sí existían funcionarios de carrera disponibles y que por tanto no procedía la provisionalidad para realizar el nombramiento cuestionado.

El Ministerio de Relaciones Exteriores ha recurrido a la citada norma para comisionar a funcionarios de carrera con el fin de que ocupen cargos vacantes en el exterior de superior o inferior jerarquía como en los siguientes casos:

a) Decreto 1095 de 27 de junio de 2017, por medio del cual se comisionó al ministro consejero Raúl Esteban Sánchez Niño en el cargo de Consejero adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la Federación de Malasia.

b) Decreto 1471 de 4 de septiembre de 2017, mediante el cual se comisionó al Tercer Secretario Diego Gustavo Bernal al cargo de Primer Secretario adscrito al Consulado General de Colombia en Washington, Estados Unidos de América.

c) Decreto 478 de 24 de marzo de 2017, por el cual se comisionó a la Tercera Secretaria María Angélica García Yatte al cargo de Segundo Secretario adscrita a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Uruguay.

14) Como condición para expedir el acto acusado el Ministerio de Relaciones exteriores también pudo haber constatado que no existía ningún Primer Secretario de la carrera cumpliendo su alternación en planta externa que a 22 de enero de 2018 ya llevara más de 12 meses asignado a su respectiva sede, alternativa que ha sido validada por el Consejo de Estado.

Es el caso del Segundo Secretario Nicolás Alberto Mejía Riaño quien el 31 de mayo de 2017 había pedido ser comisionado como Primero Secretario; sin embargo, la Dirección de Talento Humano mediante oficio I-GAPT-17-011662 resolvió desfavorablemente su petición por considerar que no era procedente *"por cuanto no hay vacantes disponibles"*, pero en contravía con lo expuesto en dicha comunicación la Administración designó al señor Nicolás Rincón Moncaleáno en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores mediante el Decreto demandado.

15) La hoja de vida de la persona cuyo nombramiento se demanda no fue publicada por lo que no es posible determinar si cumple con los

requisitos exigidos por la ley para ocupar el cargo de Primer Secretario de relaciones exteriores.

16) Aunque la carrera es la regla general y la provisionalidad es la excepción las cifras actuales del Ministerio de Relaciones Exteriores dan cuenta de un uso extendido de esta última forma de proveer cargos dado que de los 810 cargos de carrera diplomática y consular únicamente 362 están provistos con personal de carrera y 413 con funcionarios en provisionalidad.

Además, como lo certificó la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores el 18 de enero de 2018 entre esos 362 funcionarios 71 están comisionados por debajo de su rango sin justificación alguna dada la alta disponibilidad de cargos ocupados por provisionales en los cuales podrían ser designados.

### **3. Normas Violadas y Concepto de la Violación**

Como sustento de las pretensiones la parte demandante adujo la violación de las siguientes disposiciones jurídicas y constitucionales:

- Artículos 13, 125 y 209 de la **Constitución Política**
- Numeral 7º del artículo 4 y artículo 60 **Decreto Ley 274 de 2000.**
- Numeral 3º del artículo 3º de la **Ley 1437 del 2011 (CPACA).**
- Falsa Motivación del Acto Administrativo

**Primer cargo: Infracción de las normas en las que debía fundarse el acto acusado - violación de los artículos 13, 125 y 209 de la Constitución Política y desconocimiento del principio de especialidad - artículo 60 del Decreto 274 de 2000**

1) El acto demandado está incurso en las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 por expedirse con infracción de las normas en que debían fundarse en tanto que se vulneraron los artículos 13, 125 y 209 de la Constitución Política que regulan, en su orden, el derecho a la igualdad, la naturaleza preferente

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

2) El acto acusado se expidió cuando existían no solo varios funcionarios escalafonados como Primer Secretario de carrera sino que muchos de ellos estaban nombrados en cargos inferiores a los de su categoría en contra de la jurisprudencia constitucional que ha dispuesto que las comisiones por debajo de los funcionarios de carrera diplomática y consular solo deben perdurar mientras no exista la disponibilidad del cargo corresponde a la categoría del escalafón en el que se encuentra el funcionario.

3) Se desconoció el principio de especialidad toda vez que fueron vulnerados los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto 274 de 2000 en tanto que para la fecha de expedición del acto de nombramiento demandado sí existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de Primer Secretario que se encontraban disponibles para ser nombrados en el cargo ahora impugnado, aún si fuera requisito cumplir con el periodo alternancia, además existían otros funcionarios de carrera que en aplicación de las previsiones de los artículos 37 a 40, 53 y 73 *ibidem* también podían ser nombrados o comisionados en ese cargo.

4) El uso de la provisionalidad prevista en el Decreto 274 de 2000 como medio excepcional para proveer cargos de carrera está condicionado a que no exista personal de carrera diplomática disponible para ocupar el cargo como lo ha expuesto el Consejo de Estado.

5) Existían varias alternativas para proveer el cargo impugnado con personas pertenecientes a la carrera dado que estaban disponibles todos aquellos miembros a quienes les fuera aplicable alguna de las posibilidades de nombramiento, comisión o traslado establecidas en los artículos 37, 40 y 53 del Decreto 274 de 2000.

**Segundo Cargo: Desconocimiento del principio de publicidad, numeral 3º del artículo 3º de la Ley 1437 del 2011.**

El Decreto No. 155 del 22 de enero del año 2018, es un acto que se expide haciendo uso de una facultad no discrecional por lo que el mismo debe ser motivado, tal como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, al haberse expedido en ejercicio del artículo 60 del Decreto Ley 274 del año 2000 que establece la posibilidad de nombrar en provisionalidad en cargos de carrera a personas ajenas a la misma, por la imposibilidad de hacerlo con funcionarios pertenecientes a ella.

Una mínima motivación del Decreto 155 del 22 de enero del año 2018 exige que se demuestren los supuestos de hecho que la norma Invocada como sustento establece para que proceda su aplicación; en el presente caso, el acto demandado debía demostrar, al menos, que la condición que permite el nombramiento provisional (que no exista personal de Carrera Diplomática disponible para ocupar el cargo) se cumplía pero no es así. Haciendo que el acto administrativo se torne en ilegal por desconocer el principio de publicidad en el sentido expuesto por la jurisprudencia citada.

**Tercer cargo: Falsa Motivación**

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

La demostración de que sí era posible designar en dichos cargos a funcionarios de carrera deja al acto incurso en la causal de nulidad de falsa motivación. Como quiera que, existen funcionarios de carrera en el exterior que ascendieron a la categoría de Primer Secretario que están 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.

La provisionalidad solamente es viable cuando no es posible legalmente proveer los cargos vacantes con funcionarios de carrera, por lo que, si la administración hubiera sido consecuente con estos hechos, no se habría producido tal decisión incurso en ostensible nulidad.

## **B. Trámite de la Demanda**

1. Mediante escrito de 7 de marzo de 2018 el Magistrado Ponente manifestó impedimento alegando la causal 1º del artículo 41 del Código General del Proceso (fls. 17 a 18 cdno. ppal.); el cual fue denegado por los demás Magistrados de la Subsección de la Sección Primera de esta Corporación (fls. 20 a 21 cdno. ppal.).

2. Así las cosas, previa inadmisión del 12 de marzo de 2018 (fl. 23 cdno. ppal.), por auto del 22 de marzo de 2018 se admitió en única instancia la demanda (fls. 52 a 54 cdno. ppal.), providencia que fue notificada el día 23 de marzo del mismo año en forma personal mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de manera personal y por aviso a las partes (fls. 55 y 83 a 84 cdno. ppal.).

## **C. Contestación de la demanda**

### **1. Ministerio de Relaciones Exteriores**

A través de apoderado judicial mediante escrito allegado el día 4 de mayo de 2018 (fls. 85 a 103 cdno. ppal.) el Ministerio de Relaciones Exteriores respondió la demanda en los términos que se resumen a continuación:

1) "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", medio exceptivo que fue esgrimido con el siguiente razonamiento:

a) De conformidad con el artículo 189 numeral 2 de Constitución Política corresponde al Presidente de la República nombrar a los agentes diplomáticos y consulares lo que le otorga una discrecionalidad razonable como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-129 de 1994 (fl. 55 cdno. no. 1).

b) La designación de agentes diplomáticos y consulares es una función necesaria y discrecional del Presidente de la República como Jefe de Estado, función que no puede ser desconocida por la parte actora, olvidando que el régimen de carrera diplomática y consular es de carácter especial que dista del régimen ordinario de carrera en razón a la naturaleza.

c) Debe resaltarse que la facultad discrecional del Presidente de la República, por una parte, corresponde a una discrecionalidad razonable que en términos de la Corte Constitucional se justifica por tratarse de una situación política y de soberanía frente a los demás Estados y, por otra, emana de una interpretación literal de los artículos 53 y 60 del Decreto 274 de 2000 en los cuales se utiliza la expresión "podrá" en referencia a una facultad adecuada a los fines de la norma que la autoriza y, proporcional a los hechos que le sirven de causa como lo establece el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.

d) No existe prueba de que la designación en provisionalidad como una 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, por lo contrario está clara la necesidad del servicio ante la inexistencia de personal de carrera disponible.

e) No se pueden cercenar las facultades del ejecutivo para dirigir las relaciones internacionales del Estado colombiano en tanto que una de las manifestaciones de esa facultad de orden constitucional es la designación de los agentes diplomáticos en distintos países haciendo uso de la discrecionalidad que le confiere el ordenamiento jurídico.

f) Desconocer y limitar el ejercicio de la dirección de las relaciones internacionales que ejerce el Presidente de la República contraría el orden jurídico constitucional.

2) *"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"*, excepción que se fundó en los siguientes hechos:

a) El nombramiento en provisionalidad está sustentado en el artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000 el cual prevé que *"por virtud del principio de especialidad, podrá designarse en cargos de carrera diplomática y consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos."* (fl. 57), disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional sin condicionamiento alguno.

b) El nombramiento efectuado en el acto demandado fue consecuencia de la imposibilidad de nombrar personal de carrera diplomática porque los funcionarios de planta interna no habían cumplido su periodo de alternación de 3 años ni tampoco los de planta externa de 4 años, así como tampoco se presentó alguna de las causales de ley en las que se podía exceptuar el plazo legal de alternancia.

c) Los escalafonados en la categoría de Primer Secretario para el 22 de enero de 2018 se encontraban cumpliendo su periodo de alternación en planta interna, ocupando algunos cargos de Segundo Secretario con

fundamento en el literal (a) del artículo del artículo 53 del Decreto ley 274 de 2000 ante la inexistencia de cargos correspondientes a su categoría en planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores

De igual manera esos funcionarios no pueden ser nombrados en el exterior hasta tanto cumplan con su periodo de alternación en el país de conformidad con los artículos 34 y 37 del Decreto 274 de 2000 debido a que no se presentan las excepciones del artículo 40 *ibidem* que facultan al Ministerio para alterar los lapsos de alteración.

Los funcionarios de carrera diplomática y consular están sometidos a los periodos de alternación contemplados en el artículo 37 del Decreto 274 de 2000, esto es, 3 años de servicio en la planta interna, por tanto hasta tanto no cumplan con ese periodo no pueden ser trasladados a la planta externa.

d) El artículo 61 del Decreto ley 274 de 2000 consagra que para ser designado en provisionalidad se debe cumplir las siguientes exigencias: *i)* ser nacional colombiano, *ii)* poseer título universitario oficialmente reconocido expedido por establecimiento de educación superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y, *iii)* hablar y escribir además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas.

La misma norma prevé que el nombramiento en el servicio exterior cuando se nombra en provisionalidad no podrá exceder de 4 años.

En este caso concreto los citados requisitos fueron cumplidos y el nombramiento del señor Puerta Osorio es ampliamente concordante con el principio de especialidad establecido en el numeral 7 del artículo 4 del Decreto 274 de 2000.

e) Forzar una comisión para situaciones especiales para funcionarios que están cumpliendo su deber de alternación en planta interna configura una afectación grave del servicio diplomático en el exterior.

3) *"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"*, excepción que se apoyó en el siguiente razonamiento:

a) Según lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 274 de 2000 los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar comisión para situaciones especiales en los siguientes casos: *"(a). 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 contenido en el Artículo 10 de este Decreto"* y, *"(b). Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular."*

La citada norma regula la procedencia y los fines de la comisión para situaciones especiales en la carrera diplomática y consular.

El citado literal (a) faculta al Ministerio de Relaciones Exteriores para comisionar a funcionarios en cargos inferiores al de su escalafón mientras no exista la disponibilidad del cargo que corresponde a la categoría en la que se encuentra mientras cumple con su periodo de alternación en la planta interna, salvo como lo establece el literal (b) en concordancia con el artículo 40 del Decreto ley 274 de 2000 que la

comisión de personal de la carrera diplomática y consular emita un concepto favorable.

b) El Consejo de Estado al analizar la procedencia de los nombramientos en provisionalidad y en relación con la disponibilidad de funcionarios de planta interna que se encuentran cumpliendo su periodo de alternación para ocupar cargos en el exterior ha considerado que esos funcionarios no pueden considerarse como disponibles a pesar de ocupar un cargo de inferior categoría en la planta interna.

c) Es improcedente utilizar la comisión establecida para situaciones especiales de que trata el literal b) del artículo 53 del Decreto 274 de 2000 para nombrar a funcionarios en el exterior que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía en la planta interna y cumpliendo con su periodo de alternación, salvo que medie concepto favorable de la comisión de personal de la carrera diplomática y consular para interrumpir esa lapso de alternación conforme lo establece el artículo 40 *ibidem*.

d) Los funcionarios de la carrera diplomática y consular citados por el actor están cumpliendo su periodo de alternación en la planta interna lo que hace improcedente su designación en el cargo contenido en el acto acusado dado que no se configuran las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación de que trata el artículo 40 del Decreto ley 274 de 2000.

e) La interpretación del actor implicaría extender los periodos de alternación en planta externa de los funcionarios que se encuentren en planta interna cumpliendo el deber de alternación.

En efecto se tendría como consecuencia que un funcionario que se encuentra en planta interna cumpliendo su lapso de alternación luego de haber retornado al país, regrese al exterior y sobrepase los 4 años de alternación en planta externa infringiéndose el principio de alternación.

4) "La demanda desconoce las circunstancias excepcionales de ley - artículo 40 del decreto 274 de 2000- frente a la frecuencia de los lapsos de alternación", excepción que se fundamentó en lo siguiente:

a) El párrafo segundo del artículo 39 del Decreto 274 de 2000 preceptúa que dentro del marco de la alternación pueden presentarse dos situaciones, la primera, cuando el funcionario es nombrado en un cargo correspondiente a la categoría en la cual estuviere escalafonado o su equivalente en planta interna, situación en la cual procede un traslado y, la segunda, representada en todos los demás casos no incluidos en la primera situación y donde la designación tendrá lugar mediante comisión para situaciones especiales.

b) El artículo 40 del Decreto - Ley 274 de 2000 consagra las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación de los funcionarios de carrera diplomática y consular.

Los funcionarios de carrera diplomática y consular están sometidos a los periodos de alternación contemplados en el artículo 37 del Decreto- ley 274 de 2000, esto es, 3 años de servicio en la planta interna, por lo que hasta tanto no se cumpla ese periodo de alternación no puede ser trasladado a la planta externa salvo las excepciones del artículo 40 *ibidem*.

c) No se pueden desconocer las reglas sobre la situación administrativa especial de la alternación contemplada en los artículos 37 y 40 el Decreto - Ley 274 de 2000 según las cuales: (i) como regla general el periodo de alternación es de 3 y 4 años continuos y, (ii) excepcionalmente existe un plazo menor si se presentan las 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 funcionarios de carrera diplomática y consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior es una facultad del Gobierno para los casos excepcionales del artículo 40 del Decreto - ley 274 de 2000 y no un derecho del funcionario.

d) Ninguno de los funcionarios enunciados en la lista de la demanda se encontraban para la fecha de expedición del acto acusado en una situación de fuerza mayor o caso fortuito que implicara para la comisión de personal considerar alternar el lapso de alternación con el que estaban cumpliendo.

e) Del Decreto - Ley 274 de 2000 se extrae una facultad más no un derecho de nombramiento, facultad que es discrecional y razonable de conformidad con lo consignado en el numeral 2 del artículo 189 de la Constitución Política.

f) No es posible utilizar la comisión para servicios especiales para que los funcionarios de carrera diplomática y consular evadan el deber de alternación en el territorio colombiano con la intención de extender su estadía de manera indefinida en el exterior dado que, como lo expuso la Corte Constitucional, *"con el principio de alternación se busca que funcionarios que pertenezcan a la carrera no permanezcan indefinidamente en el servicio exterior, circunstancia que les impediría mantenerse en un contacto directo (...)."*

5) Los artículos 39, 40 y 53 del Decreto - ley 274 de 2000 deben aplicarse de manera complementaria y armónica, por tanto, una vez exista concepto de la comisión de personal que clasifique una situación como especial o configurativa de fuerza mayor o caso fortuito y autorice una excepción a los lapsos de alternación procede el traslado anticipado del funcionario bajo la figura de la comisión para situaciones especiales.

Según la citada regla, luego de la autorización de la comisión de personal para la aplicación de la excepcionalidad en el lapso de

alternación, si ocurre que para efectos del traslado anticipado del funcionario la administración se percata de la inexistencia de disponibilidad en la planta externa de un cargo de igual categoría a la que ocupa el funcionario es posible su designación en un cargo de distinta categoría, siempre utilizando de forma armónica la figura de la comisión para situaciones especiales conforme a lo preceptuado en el parágrafo 2 del artículo 39 y el literal a) del artículo 53 del Decreto 274 -ley de 2000.

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 que los funcionarios de carrera diplomática y consular extiendan su estadía de manera indefinida en el exterior.

## **2. Mario Alberto Puerta Osorio**

Mario Alberto Puerta Osorio persona a quien se demanda su nombramiento en el cargo de Primer Secretario, código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica mediante Decreto 155 de 22 de enero de 2018 expedido por la Ministra de Relaciones Exteriores, a través de apoderado judicial, manifestó en síntesis lo siguiente (fls. 213 a 225 cdno. ppal.):

1). *"Plena legalidad del decreto acusado"* medio exceptivo que fue esgrimido con el siguiente razonamiento:

Señaló que, el Decreto demandado cumple con todos los requisitos legales para su expedición, así como con los requisitos necesarios para que la Administración pueda cumplir con los mandatos constitucionales y legales que le han sido asignados.

Así mismo que, el señor Puerta Osorio cumple con todos los requisitos exigidos para ocupar el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores en la Embajada de Colombia en Bruselas. Adicionalmente, el proceso para su designación fue completamente transparente, cumpliéndose paso a paso con los requisitos necesarios para el mencionado cargo.

Adicionalmente, no se vulnera en ningún momento el nombramiento del señor Puerta Osorio el derecho que hubiera podido tener el 22 de enero de 2018 (fecha de expedición del Decreto 155 de 2018) funcionario alguno de la Carrera diplomática, pues de una parte los funcionarios de planta interna aptos para el cargo no habían cumplido aún su período de estancia en Colombia, requisito fundamental y que no puede obviarse por parte de la Administración ni de los funcionarios de la Carrera diplomática. Dicho período equivale a 3 años, según se establece en el Decreto Ley 274 de 2000.

De otra parte, tampoco existían funcionarios en planta externa que pudieran ocupar el mencionado cargo para poder ser trasladados, situación que en todo caso únicamente podría darse si los mismos estuvieran ocupando cargos inferiores en el exterior a los de Primer Secretario, estando escalafonados en la Carrera como éstos, y que, adicionalmente, ya hubieran cumplido 12 meses en sus correspondientes alternaciones fuera del país.

2) "*Procedencia de la provisionalidad en el caso concreto*", excepción que se fundó en los siguientes hechos:

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe cumplir con una función que constitucional y legalmente le ha sido asignada. En este sentido es importante establecer que la necesidad del servicio justifica la existencia de un régimen de excepción al principio general de la Carrera Diplomática. Los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000 tienen consagrada la mencionada excepción, en la cual se establece la

provisionalidad como una forma excepcional para designar personas ajenas a la Carrera.

Para poder dar aplicación a la provisionalidad, el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 exige el cumplimiento de unos presupuestos:

*A. "Ser nacional colombiano"*

El señor Puerta Osorio es nacional colombiano. En efecto nació el 1 de abril de 1981 en la ciudad de Manizales (Caldas). Su cédula de ciudadanía da cuenta del lugar de nacimiento del demandado.

*B. "Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento"*

El demandado tiene título universitario como Abogado, acreditado mediante el diploma de grado y acta de grado, otorgados por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Adicional a otros títulos de educación superior, concretamente una Especialización en Derecho Contractual en la Universidad Externado de Colombia y un DSU en Derecho Administrativo en la Universidad Pantheon Assas - París 2.

*C. "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"*

Su idioma acreditado en la hoja de vida es el francés, idioma oficial de Naciones Unidas y oficial en el Reino de Bélgica. El mismo se encuentra sustentado en Diploma DELF B2, expedido por el Ministerio de Educación de Francia.

Visto el cumplimiento de los anteriores presupuestos, tal y como se describen en el artículo 61 del Decreto 274, constituye prueba suficiente de que el acto se expidió de conformidad con el ordenamiento jurídico y más aún, a la luz de los principios orientadores de la función pública en el servicio exterior.

Adicionalmente, tal y como se establece en el numeral 3º del artículo 3 de la ley 1437 de 2011, el cumplimiento objetivo de todos los requisitos para ocupar el cargo en mención, son prueba suficiente de la idoneidad del señor Puerta Osorio para ocupar el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores en la Embajada de Colombia en Bruselas.

3) "*Cumplimiento del principio de especialidad*", excepción que se apoyó en el siguiente razonamiento:

Para el caso concreto, es clara la necesidad del nombramiento en provisionalidad, con el fin de cumplir con el principio de especialidad que ordena el Decreto Ley 274 de 2000. A través de esta figura principalmente se busca el efectivo cumplimiento de las obligaciones que constitucional y legalmente le corresponden al Presidente de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores.

La insuficiencia de funcionarios de Carrera diplomática para cumplir con las obligaciones del servicio exterior en Colombia, obligan al Ministerio de Relaciones Exteriores a la búsqueda de personas idóneas que, como el señor Mario Alberto Puerta Osorio, puedan cumplir con las obligaciones del Estado colombiano. Así lo dispone de manera clara el artículo 60 del Decreto Ley 274 al establecer que es procedente el nombramiento en provisionalidad cuando "*no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos*".

#### **D. Trámite de Audiencias**

1) En cumplimiento de lo consagrado en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el día 3 de agosto de 2018 (fls. 151 a 159 cdno. ppal.), se llevó a cabo la audiencia inicial dentro del trámite del debate la cual tuvo como finalidad, entre otras, el saneamiento del proceso; cabe resaltar que en la contestación de demanda se propusieron, por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, las excepciones de *"inepta demanda por indebida escogencia del medio de control"*, *"falta de legitimación en la causa por activa"* y *"la demanda no comprende a todos los litisconsortes necesarios"*, las cuales fueron resueltas en la audiencia en el sentido de declararlas no probadas

2) El día 18 de septiembre de 2018 (fls. 208 a 210 cdno. ppal.), al momento de realizarse la primera audiencia de pruebas que establece el artículo 285 de la Ley 1437 de 2011 para este tipo de medio de control, el apoderado del señor Mario Alberto Puerta Osorio cuyo nombramiento se demanda, presentó escrito solicitando la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio, toda vez que, que no había sido notificado en debida forma del mismo.

3) Por auto del 1º de noviembre de 2018, se decidió la nulidad presentada, accediendo a la misma y ordenando notificar en debida forma el auto admisorio al apoderado del señor Mario Alberto Puerta Osorio persona cuyo nombramiento se demanda (fls. 246 a 250 cdno. ppal.).

4) El día 19 de noviembre del año 2018 (fls. 264 a 272 cdno. ppal.), se llevó a cabo la audiencia inicial dentro del trámite del debate la cual tuvo como finalidad, entre otras, el saneamiento del proceso; cabe resaltar que, además de las excepciones propuestas y ya resueltas por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, el apoderado del señor Mario Alberto Puerta Osorio propuso los medios exceptivos denominados *genérica, falta de jurisdicción o de competencia y habersele dado a la*

*demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, las cuales fueron resueltas en el sentido de declararlas no probadas, auto contra el cual se presentó el recurso de súplica, el cual fue confirmado por los demás integrantes de la Sala mediante providencia del 10 de diciembre de 2018 (fls. 277 a 288 cdno. ppal.).*

#### **E. Trámite de la segunda audiencia (pruebas)**

En este punto se resalta que, el día 30 de enero de 2019 (fls. 305 a 311 cdno. ppal.), en la audiencia inicial, se realizó la audiencia de pruebas de que trata el artículo 285 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) con el objeto de recaudar las pruebas pedidas por las partes según lo prevé el artículo 285 de la Ley 1437 de 2011, las cuales son de orden documental y se encuentran legalmente incorporadas al expediente.

#### **F. Alegatos de Conclusión**

Practicadas en su totalidad las pruebas, por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento consagrada en el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días hábiles, derecho del que hizo uso en forma oportuna los apoderados del Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 320 a 324 cdno. ppal.), y del señor Mario Alberto Puerta Osorio (fls. 318 a 319 cdno. ppal.), reiterando lo expuesto en las contestaciones de la demanda.

#### **G. Concepto del Ministerio Público**

El representante del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, Procurador Séptimo Judicial II Administrativo, mediante escrito radicado el día 4 de octubre del año 2017 (fls. 316 a 317 vltos. cdno. ppal.), emitió su concepto dentro del asunto de la referencia, en síntesis, en los siguientes términos:

El Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015, manifestó lo siguiente:

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

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

En desarrollo de lo anterior, la Sección Quinta de dicha Corporación en el fallo del 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 parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.*

*(...)*

*La Sala de manera consecuente con los antecedentes jurisprudenciales antes citados, debe insistir en que **es al demandante al que le compete probar, vía actas de posesión**, la fecha de iniciación de los periodos de alternancia de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en apariencia tenía mejor derecho para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y así poder determinar si hay lugar o no a dar aplicación al parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000".*

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial la Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 21 de septiembre de 2017, expediente 250002341000201700148-00 concluyó lo siguiente:

*"En conclusión, para que proceda un nombramiento provisional de personas fuera de la Carrera Diplomática y Consular, se debe tener*

*en cuenta lo siguiente: a) que no existan funcionarios de carrera diplomática y consular (artículo 60), b) que si existen estén en disponibilidad de ocupar el cargo vacante, es decir i) que ocupan cargos de menor jerarquía en el escalafón y no han culminado su período de alternación (artículo 37) y, ii) que a pesar de estar cumpliendo su periodo de alternación en el exterior, no hayan cumplido 12 meses de servicio en la sede respectiva (parágrafo artículo 37), directriz jurisprudencial esta última que acoge ahora esta Sala de Decisión a partir de los recientes pronunciamientos judiciales de la Sección Quinta del Consejo de Estado antes referidos."*

Pues bien, en el asunto objeto de juzgamiento para el Ministerio Público se encontró demostrado en el expediente que para la época del nombramiento del señor Puerta Osorio, en principio, no existían funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular con más de 12 meses en cumplimiento del periodo de alternación que bien habrían podido ser nombrados en lugar de la demandada. Prueba de ello se encuentra en que algunos traslados se efectuaron el 26 de diciembre de 2017, mediante el Decreto 2200, es decir, de manera anterior al nombramiento del señor Puerta Osorio, con lo cual se desvirtúa el vicio al momento de su designación.

Finalmente, señaló que la comisión es una situación laboral administrativa facultativa, no obligatoria como en el caso de la alternación, por lo cual no se presenta transgresión alguna de la disposición jurídica.

Por lo expuesto, en concepto de ese Agente del Ministerio Público se deben negar las pretensiones de la demanda.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: A) objeto de la

controversia; B) marco jurídico objeto de debate y C) análisis de los cargos de nulidad.

### **A. Objeto de la controversia**

La parte actora solicita la declaración de nulidad del Decreto No. 155 del año 2018, mediante el cual fue nombrado en provisionalidad al señor Mario Alberto Puerta Osorio en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica.

A juicio del demandante el acto acusado deviene ilegal porque a la fecha de su expedición existían varios funcionarios inscritos en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular con derecho a ocupar dicho cargo, razón por la cual se vulneró lo normado en el Numeral 7º del artículo 4º, y el artículo 60 de la Ley 274 de 2000 y en el numeral 3º del artículo 13 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), sumado al hecho de que no se motivó el acto administrativo para que hubiera necesidad del servicio para efectuar el referido nombramiento en provisionalidad y que no se encuentra publicada la hoja de vida de la persona nombrada para establecer el cumplimiento de los requisitos necesarios para ocupar el cargo para el cual fue nombrado.

### **B. Marco jurídico objeto de debate**

1) La Constitución Política en el artículo 125 establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben regirse por las normas que regulan la carrera administrativa con excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, precisando que su ingreso y ascenso se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley al respecto para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Con fundamento en lo anterior el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral sexto del artículo 1º de la Ley 573 de 2000 expidió el Decreto Ley 274 de 2000 *por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular.*

Adicionalmente allí se clasifican los cargos dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores de la siguiente manera: i) libre nombramiento y remoción, ii) carrera diplomática y consular, y iii) carrera administrativa.

Concretamente para la categoría de Segundo Secretario el artículo 10º del Decreto Ley 274 del año 2000 determina que hace parte del escalafón de la carrera diplomática y consular, equivalente a un cónsul de segunda en el servicio consular (artículo 11) y en la planta interna a asesor grados 2 y 3 (artículo 12).

Según el artículo 13 del Decreto Ley 274 del año 2000, la carrera diplomática y consular es especial y jerarquizada, regula *"el ingreso, ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito"*, así como también establece de forma concreta la forma en que los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática acceden a los cargos en sus diferentes categorías, atendiendo criterios de tiempo de servicio, aprobación de exámenes de idoneidad, calificaciones satisfactorias, cursos de capacitación, etc.

Igualmente, el Estatuto de la carrera diplomática y consular regula las situaciones administrativas especiales de cada funcionario como lo son la alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales, también establece los órganos de carrera, su régimen disciplinario, precedencia de la representación diplomática, entre otros, aspectos relacionados con la materia.

2) El artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 regula la facultad excepcional que tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores para realizar nombramientos en provisionalidad de sus funcionarios con sujeción al principio de especialidad, concretamente en el siguiente sentido:

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

Bajo el anterior contexto, la condición para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda hacer uso de dicha facultad, nombramientos a personas que no pertenecen a la carrera consular, es que no sea posible designar funcionarios de la misma en los cargos en concreto que se van a proveer, caso en el cual se podrán realizar nombramientos o designaciones provisionales de personas no inscritas en la carrera.

Dado su carácter excepcional a la regla de carrera, se deberá analizar en cada caso concreto si el cargo cubierto a través de nombramiento provisional podía ser asignado a un funcionario inscrito en la carrera diplomática y consular, y que además cumpla los requisitos idóneos y particulares para el cargo, solo así se podrá determinar que en efecto la única alternativa es acudir a nombramientos provisionales de personas externas a la carrera.

Se pone de presente que la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, al analizar la exequibilidad del artículo 60 precitado manifestó lo siguiente:

***"La Corte advierte que en el artículo 60 la invocación del principio de especialidad se hace para permitir el nombramiento en cargos de la carrera diplomática y consular de personas que no pertenecen a ella y que a ello se remite la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad. En cuanto a esto hay que indicar que la***

**provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad. Si ello es así, no se advierten motivos para declarar inexecutable una norma que se ha limitado a permitir tales nombramientos previendo una solución precisamente para ese tipo de situaciones.**

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

En ese marco jurídico la finalidad que se le ha atribuido a los nombramientos en provisionalidad como facultad excepcional del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra determinada por la urgencia en la prestación del servicio lo que constituye una situación especial que permite el nombramiento transitorio de personas que no son de carrera, mientras se surte el procedimiento necesario y legalmente establecido para su provisión en propiedad o periodo de prueba pero, además, el mismo estatuto permite que funcionarios allí inscritos puedan ocupar esas vacantes como expresión de los derechos de carrera.

3) En efecto, el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 consagra como requisitos para ser nombrado en provisionalidad los siguientes: a) ser nacional colombiano; b) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de educación superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y, c) hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas, no obstante este requisito puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

Por su parte los nombramientos en propiedad requieren que dentro del sistema de carrera diplomática y consular, los funcionarios cumplan con la exigencia de alternación como lo dispone el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000, por lo que este requisito adicional tiene relevancia en la configuración de los presupuestos de provisionalidad, pues, como se ha reiterado jurisprudencialmente, hace parte de las exigencias para que no se haga necesario acudir a la excepción prevista en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

En ese mismo sentido, como lo ha establecido el Consejo de Estado se hace necesario tener como requisitos para acudir a la provisionalidad cuando: "... (a) 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."<sup>1</sup>.

Por lo anterior, la Sala analizará la alternación como requisito especial, así como también verificará la disponibilidad de los funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular para la categoría de Segundo Secretario, al ser el nombramiento impugnado en este caso.

4) El requisito de alternación en el servicio está previsto en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000, bajo los siguientes parámetros:

**"ARTÍCULO 35. NATURALEZA.** *En desarrollo de los principios rectores de Eficiencia y Especialidad, los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deberán cumplir actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna.*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015, CP Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01.

**ARTÍCULO 36. LAPSOS DE ALTERNACION.** Constituyen lapsos de alternación los períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna.

**ARTÍCULO 37. FRECUENCIA.** La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:

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

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

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

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

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

**ARTÍCULO 38. OBLIGATORIEDAD.** Es deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular prestar su servicio en Planta Interna de conformidad con lo estipulado en el parágrafo del Artículo 12 de este Estatuto. Este deber constituye condición necesaria para la aplicación de la alternación en beneficio del Servicio Exterior. Por lo tanto, el funcionario de Carrera Diplomática y Consular que rehusare cumplir una designación en planta interna, en la forma prevista en dicho parágrafo, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.

**PARÁGRAFO.** Igual efecto se producirá cuando la renuencia ocurriere respecto de la designación en el exterior o respecto de un destino específico o en relación con el cumplimiento de una comisión para situaciones especiales." (Resalta la Sala).

La alternación como exigencia especial de la Carrera Diplomática y Consular, ha sido establecida con el fin de desarrollar los principios de eficiencia y especialidad con el propósito de garantizar que los funcionarios cumplan con sus funciones tanto en la planta interna (servicio interno) como externa (exterior) en lapsos o periodos de cambio o variación sucesivos, la cual es obligatoria y en caso de renuencia acarrea como consecuencia una causal de retiro de la carrera y del servicio; estos lapsos de alternación son contabilizados a partir del momento que el funcionario toma posesión del cargo o asume sus funciones en el exterior.

El Estatuto de la Carrera Diplomática estableció claramente en el párrafo del artículo 37 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 designaciones en otros cargos dentro del mismo país.

Esta exigencia de la alternación fue analizada por la Corte Constitucional cuando declaró exequible el artículo 35 mediante la sentencia C-808 del año 2001<sup>2</sup>, y a su vez el Consejo de Estado la definió como *"...figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado"*<sup>3</sup>.

Adicionalmente, se ha establecido jurisprudencialmente 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**

<sup>2</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-808 de 2001 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, primero (1º) de agosto del año 2001.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, expediente 2013-0227-01, Consejera Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

**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 ser nombrado.**<sup>4</sup> (Negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, en aplicación del anterior criterio jurisprudencial se tiene que, no basta que haya un funcionario que esté inscrito en carrera diplomática y consular para impedir el nombramiento provisional, sino que además, debe tener una condición necesaria consistente en que haya cumplido con los periodos de alternación precitados en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 pues, de esta forma se entiende que el funcionario tiene disponibilidad para ser nombrado en el cargo que se encuentre vacante.

No obstante lo anterior, en sentencia del 12 de noviembre del año 2015, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, el Consejo de Estado<sup>5</sup> precisó de forma concreta los eventos en que un funcionario de carrera diplomática y consular se encuentra disponible para un nombramiento de un cargo vacante teniendo en consideración el parágrafo del artículo 37 del mencionado decreto ley, así:

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

(...)

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, expediente 25000-23-41-000-2013-00227-01, CP Dra. Lucy Jeannette Bermúdez. Además de las sentencias del Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de junio 3 de 2010, expediente 11001-03-28-000-2009-00043-00, CP Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, y sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta de 4 de marzo de 2004, expediente. No. 11001-03-28-000-2003-0012-01, CP Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, entre otras.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de noviembre de 2015, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01.

*"Un funcionario de la Carrera Diplomática y Consular se encuentra disponible para ser designado en un cargo, no sólo por ostentar la categoría en la que se requiere el servicio sino que es necesario que no se encuentre cumpliendo con el periodo de alternancia. A lo anterior **debe agregarse, que dicha disponibilidad, en el caso de quienes se encuentren prestando sus servicios en el exterior, se cumple si han superado un lapso de 12 meses en la respectiva sede, de conformidad con el parágrafo del artículo 37 del decreto en mención, pues en este evento, pueden ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior y culminar su periodo de alternancia en el cargo que le corresponde de acuerdo con su categoría.**"<sup>6</sup> (Resalta la Sala).*

Bajo el anterior criterio jurisprudencial, para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda hacer uso de la facultad especial de nombrar provisionalmente los cargos vacantes se debe observar, en primer lugar, que los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón de la carrera diplomática y consular hayan culminado sus periodos de alternancia, y de no cumplirse este presupuesto entonces deberá, en segundo lugar, acudir a quienes se encuentren prestando el servicio en el exterior y que han superado los doce (12) meses en la respectiva sede, para ser designados excepcionalmente.

En caso de que ninguno de los dos anteriores presupuestos se configure, es decir, que no hay ningún funcionario en una de estas dos situaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá acudir a la provisionalidad ante la necesidad y urgencia de la prestación del servicio pero sin desconocer el régimen de carrera diplomática y consular existente en el Decreto Ley 274 de 2000.

Así las cosas, ambos postulados normativos contenidos tanto en el artículo 37 como en el parágrafo de este conservan plena vigencia y aplicabilidad pero, deben ser observados en su conjunto armónicamente atendiendo a las excepciones establecidas y considerando que para acudir a la provisionalidad debe analizarse en principio que no se pueda dar aplicación a ninguna de las circunstancias mencionadas.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de noviembre de 2015, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01.

5) De otro lado, debe tenerse en cuenta que el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 del año 2000 dispone que los funcionarios de carrera que se encuentren prestando el servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, pero, una vez que han cumplido este lapso de tiempo podrían ser nombrados en otro cargo, es decir, sigue siendo una excepción a la regla general encaminada a que se cumpla con los periodos de alternación, lo que quiere indicar que no es un imperativo u obligación que se tenga que aplicar esta regla exceptiva cada vez que la entidad tenga vacantes o necesite un cargo o nombramiento sino, por el contrario, que en caso de que el nominador requiera disponer de ese funcionario que se encuentra en esa particular situación puede hacerlo, pero sigue estando en el ámbito de su facultad discrecional hacer uso o no de esta disposición que, en todo caso no deja de ser la regla especial o excepcional.

En conclusión, para que proceda un nombramiento provisional de personas fuera de la Carrera Diplomática y Consular, se debe tener en cuenta lo siguiente: *a)* que no existan funcionarios de carrera diplomática y consular (artículo 60), *b)* que si existen estén en disponibilidad de ocupar el cargo vacante, es decir *i)* que ocupan cargos de menor jerarquía en el escalafón y no han culminado su periodo de alternación (artículo 37) y, *ii)* que a pesar de estar cumpliendo su período de alternación en el exterior, no hayan cumplido 12 meses de servicio en la sede respectiva (parágrafo artículo 37), directriz jurisprudencial esta última que acoge ahora esta Sala de Decisión a partir de los recientes pronunciamientos judiciales de la Sección Quinta del Consejo de Estado antes referidos.

En ese orden de ideas la Sala deberá analizar si en el presente caso se observaron los presupuestos establecidos para realizar el nombramiento provisional del señor Mario Alberto Puerta Osorio en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica.

363

### **C. Análisis de los cargos de nulidad**

Establecido lo anterior, a continuación la Sala estudia el mérito de los cargos de nulidad propuestos por la parte actora, subrayando que los cargos primero y segundo, serán resueltos de manera conjunta al tener relación el uno con el otro, a saber:

#### **Primer y segundo cargo: Violación de la Constitución Política en sus artículos 13, 125 y 209, y Desconocimiento del artículo 60 del Decreto Ley 274 del año 2000.**

Según el argumento del demandante, la provisionalidad ignora el sistema de carrera, el cual la jurisprudencia ha definido como "*un sistema técnico de administración de personal de las entidades del Estado cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública*".

Así mismo, el acto cuestionado transgrede el principio de igualdad en la función pública, que se define como la semejanza en el trato y oportunidades que debe ofrecer el Estado a sus administrados para acceder a cargos en las entidades públicas y la obligación que el mismo tiene de abstenerse en realizar exclusiones o discriminaciones injustificadas que vulneren el acceso a estos cargos para ciudadanos en condiciones desiguales.

Así mismo manifestó que, el proceso de nombramiento en provisionalidad del señor Mario Alberto Puerta Osorio como Primer Secretario, código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica, es ilegal porque para la fecha en que fue expedido el acto acusado existían funcionarios inscritos en el escalafón para el cargo, circunstancia esta que viola flagrantemente el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 por cuanto no existía ninguna situación especial que permitiera la aplicación del régimen excepcional para

aquellos casos en que los que no sea posible designar un funcionario perteneciente a la carrera diplomática y consular.

También que, fue desconocido el principio del mérito debido a que la designación recayó en alguien que no hace parte de la carrera, se trasgredieron de igual manera los artículos 4º y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 porque la vacante debía ser suplida con uno de los funcionarios que figuran en el escalafón, quienes reúnen los requisitos para acceder al cargo de Secretario y se omitió la motivación de la decisión, sin justificar el nombramiento realizado.

Al respecto, se tiene lo siguiente:

1) El nombramiento en provisionalidad de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores está regulado en 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"*, cuyo texto es del siguiente tenor:

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

De conformidad con esa preceptiva, se tiene que en el servicio exterior es permitido el nombramiento provisional de funcionarios que no pertenecen a la carrera diplomática y consular bajo la condición de que no exista la posibilidad de la provisión del respectivo cargo con funcionarios de carrera.

Así, el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta con la habilitación legal para la designación provisional como excepción a la regla de la carrera

diplomática y consular, atendiendo a las necesidades del servicio derivadas del denominado principio de especialidad.

La provisionalidad opera como forma excepcional de provisión del cargo de carrera a partir de la cual la Cancillería puede proceder al nombramiento de personas no inscritas en la carrera cuando no sea posible hacerlo con funcionarios pertenecientes a dicho régimen legal.

El examen del acervo probatorio allegado al expediente es demostrativo de la ocurrencia de los siguientes hechos:

a) Se evidencia que el día 22 de enero del año 2018 fue expedido el Decreto No. 358 por la señora Ministra de Relaciones Exteriores mediante el cual se efectuó el nombramiento en provisionalidad del señor Mario Alberto Puerta Osorio en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores código 2112, grado 19 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Bélgica (fl. 11 cdno. ppal.).

b) En el folio 126-cd del cuaderno principal obra copia de la hoja de vida junto con sus anexos de la persona a quien se demanda su nombramiento y los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto administrativo demandado.

c) El Ministerio de Relaciones Exteriores informó acerca de los funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Primer Secretario, su fecha de posesión y la fecha probable de alternación, igualmente se adjuntaron los actos de traslados y comisiones con sus correspondientes actas de posesión (fl. 104 cdno. ppal.).

2) De otro lado que, para el momento de la expedición del acto demandado, esto es, el 22 de enero de 2018, existían funcionarios de carrera Diplomática y Consular inscritos en el escalafón de Primer Secretario que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón, otros cumpliendo los periodos de alternación y otros desempeñando sus funciones en la planta interna (fls. 194 a 196 cdno.

366

ppal.); dejando de lado a quienes para esa fecha se encontraban en el cargo de Segundo Secretario y sus equivalentes, esos funcionarios son:

- I) Ana Laura Acosta
- II) Guillermo José Ramírez
- III) Manuela Ríos Serna
- IV) Miguel Darío Clavijo
- V) Alejandro Torres Peña
- VI) Yudy Paola González
- VII) Ángela María Estrada
- VIII) Lina María Otálora

3) Por tanto, se evidencia que el primer presupuesto para descartar la provisionalidad, esto es que existieran funcionarios que ya habían culminado su período de alternación, no se consolida, puesto que lo certificado por la entidad es que se encontraban cumpliendo sus periodos de alternación, es decir que no estaban en disponibilidad de asumir el cargo.

4) Por lo anterior se debe acudir entonces al segundo presupuesto para descartar la provisionalidad consistente en que algunos de los citados funcionarios a pesar de estar cumpliendo el período de alternación en el exterior ya han cumplido el período de 12 meses en la sede respectiva.

Frente a este preciso aspecto se encuentra acreditado lo siguiente:

a) De los ocho (8) funcionarios relacionados dos (2) se encontraban en el exterior en los siguientes cargos y a partir de las siguientes fechas conforme al informe emitido por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y a los actos de nombramiento y posesión aportados por esa misma entidad:

i) Ángela María Estrada Jiménez – Segundo Secretario de Relaciones Exteriores – Embajada en Quito (Ecuador) desde el 6 de agosto de

2015, luego el 26 de diciembre de 2017 fue nombrada como Primera Secretaria de Relaciones Exteriores - Embajada en Quito (Ecuador) mediante Decreto 2200 de esos mismos día, mes y año, artículo 49 y, posesionada el 1º de febrero de 2018 (fls. 123 vlto. 196 y 197 - cd (fl. 1º) cdno. ppal.).

ii) Yudy Paola González Moreno – Segundo Secretario de Relaciones Exteriores – Consulado en Bilbao (España) desde el 2 de septiembre de 2012, luego el 2 de febrero de 2016, luego el 30 de noviembre de 2017 fue nombrada como primera secretaria de relaciones exteriores en planta interna mediante Decreto 1973 de esos mismos día, mes y año, y posesionada el 7 de febrero de 2018 (fls. 116, 196 y 197 - cd (fl. 2) cdno. ppal. cdno. ppal.).

b) De lo expuesto se desprende que si bien la señora Ángela María Estrada Jiménez ya había superado los 12 meses en la sede respectiva en el exterior al momento de efectuarse la provisión del señor Mario Alberto Puerta Osorio (22 de enero de 2018) y en esa medida era susceptible de ser nombrada en otro cargo en el exterior de forma excepcional en virtud de lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, lo cierto es que en el mismo acto acusado en su artículo 49 fue nombrada en planta externa como Primera Secretaria de Relaciones Exteriores como se desprende del Decreto 2200 de 26 de diciembre de 2017 expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En otros términos, frente a los citada funcionaria de planta externa en el mismo acto demandado en el artículo 49 se dio cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

c) En el caso de la señora Yudy Paola González Moreno si bien ya había superado los 12 meses en la sede respectiva en el exterior al momento de efectuarse la provisión del señor Mario Alberto Puerta Osorio (22 de enero de 2018), lo cierto es que antes de expedirse el acto acusado fue nombrada como primera secretaria de relaciones exteriores en la Planta

Interna - Secretaría General mediante Decreto 1973 de 30 de noviembre de 2017, por lo que frente a ella tampoco había lugar a aplicar lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

5) En ese contexto en el proceso se tiene acreditado que: a) para el momento de la expedición del acto demandado no existían funcionarios que hubiesen terminado su periodo de alternancia, b) si bien existían dos funcionarias que habían cumplido con el término de doce (12) meses prestando su servicio en el exterior, lo cierto es que para la fecha de expedición del acto demandado ya habían sido nombrados en el escalafón al que pertenecen como primeros secretarios, uno en la planta externa y otro en la planta interna, por lo que no existe incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

6) Como ampliamente se explicó, según el actual criterio jurisprudencial fijado sobre la materia por la Sección Quinta del Consejo de Estado para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pudiera hacer uso de su facultad especial de nombrar provisionalmente los cargos vacantes se debe observar, en primer lugar, que los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón de la carrera diplomática y consular hayan culminado sus periodos de alternancia como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014<sup>7</sup>, y de no cumplirse este presupuesto entonces deberá, en segundo término, acudir a quienes se encuentran prestando su servicio en el exterior y que han superado los doce (12) meses en la respectiva sede para ser designados excepcionalmente, considerando los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado de fecha 12 de noviembre de 2015 y 19 de octubre de 2017<sup>8</sup>; ahora, si ninguno de estos dos presupuestos se consolida, es decir, que no hay ningún funcionario en

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, expediente 2013-0227-01, CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de noviembre de 2015. CP Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01 y, sentencia del 19 de octubre de 2017, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 25000-23-41-000-2017-00041-01.

una de estas dos situaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá acudir a la provisionalidad ante la necesidad y urgencia de la prestación del servicio pero sin desconocer el régimen de carrera diplomática y consular existente en el Decreto Ley 274 de 2000.

7) En consecuencia el presente cargo no tienen vocación de prosperidad toda vez que si bien los funcionarios mencionados ocupaban cargos de menor jerarquía en el escalafón lo cierto es que: i) no habían culminado su periodo de alternación (artículo 37); b) si bien existían dos funcionarias que habían cumplido con el término de doce (12) meses prestando su servicio en el exterior, lo cierto es que para la fecha de expedición del acto demandado ya habían sido nombrados en el escalafón al que pertenecen como Primeros Secretarios.

**Tercer cargo: desconocimiento del principio de publicidad, artículo 3 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011**

Este reproche de ilegalidad se basó en el argumento de que el acto acusado vulneró el principio de publicidad contenido en el artículo 3º numeral 3º de la Ley 1437 de 2011 en tanto que debía demostrar la condición que permite el nombramiento provisional referente a que no existía personal de carrera diplomática disponible para ocupar el cargo, aspecto que no se cumplió dado que el acto demandado carece de una parte motiva que sustente el nombramiento en provisionalidad, hecho que lo torna en ilegal por desconocer el principio de publicidad.

Respecto de este motivo de ilegalidad debe precisarse lo siguiente:

a) En primer lugar, debe manifestarse que el numeral 3 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 no regula el principio de publicidad sino el de imparcialidad en las actuaciones administrativas, consistente en que las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración

factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Lo anterior es motivo suficiente para que este reproche de ilegalidad no tenga vocación de prosperidad, por cuanto la parte actora invocó una norma que regula un principio distinto al expuesto en la demanda.

b) No obstante lo anterior, la Sala observa que el principio de publicidad en los procedimientos administrativos se encuentra regulado en el numeral 9 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 en los siguientes términos:

**"ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS.** *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

***Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, **publicidad**, coordinación, eficacia, economía y celeridad.***

(...)

***9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma. (negrillas de la Sala).***

Es claro entonces que el principio de publicidad consiste en que las autoridades públicas deben dar a conocer al público y a los interesados en forma sistemática y permanente sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información.

c) En este caso concreto el acto demandado fue publicado en el Diario Oficial no. 50.484 de 22 de enero de 2018 (fls. 12 a 15 vltos. cdno. ppal.) por lo que no es cierto que se haya vulnerado el principio de publicidad.

d) Debe resaltarse que la parte actora confunde la falta de motivación del acto demandado con el principio de publicidad, figuras jurídicas que son totalmente distintas ya que, la primera, hace referencia a la carencia de motivos o consideraciones para adoptar la decisión y, la segunda, consiste en la publicidad que debe darse al acto acusado, esto es, darlo a conocer tanto al público como a los interesados, por tanto una figura no puede ser el fundamento de la otra ya que estas regulan temas sustancialmente diferentes.

En ese sentido es claro para la Sala que este motivo de censura argüido por la parte demandante debe desestimarse por ausencia de mérito.

#### **Cuarto cargo: Falsa motivación del acto administrativo**

El acto demandado se motivó en la facultad que confiere al nominador el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 para proveer en provisionalidad cargos de carrera diplomática y consular pero, esa norma condiciona esa atribución a la imposibilidad de designar en ellos a funcionarios inscritos en carrera, y la demostración de que sí era posible designar en ese cargo a funcionarios de carrera deja al acto incurso en una falsa motivación.

La parte actora indicó que el Ministerio pudo haber recurrido a la comisión especial que contempla el artículo 53 y a las excepciones previstas en los artículos 37 y 40 de la Ley 274 de 2000, pues la provisionalidad solamente es viable cuando no es posible legalmente proveer los cargos vacantes con funcionarios de carrera.

Respecto de este motivo de censura debe precisarse lo siguiente:

1) La falsa motivación es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, atinente a los antecedentes legales y de hechos previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la administración al tomar la decisión sean contrarias a la realidad; de esta forma la causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) es conforme con los fundamentos fácticos y de derecho que son los que determinan la decisión que la administración adoptada; por lo tanto cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad.

2) En el caso *sub examine* se evidencia que el Ministerio de Relaciones Exteriores al expedir el decreto de nombramiento en provisionalidad del señor Mario Alberto Puerta Osorio sí procedió a invocar las normas que le otorgan competencia para realizar los nombramientos provisionales, aunado a ello, está demostrado que a la fecha de expedición del acto acusado no existían funcionarios de carrera diplomática disponibles para ocupar el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, debido a que estaban cumpliendo con periodo de alternación, lo que desvirtúa el cargo de falsa motivación, pues es claro que la misma se ajusta a la realidad fáctica y jurídica propia de este caso concreto.

3) Ahora bien, en el presente caso el demandante argumentó que la entidad también tuvo dentro de sus posibilidades hacer uso de la figura de comisión especial, establecida en los literales a) y b) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, en lugar de acudir al nombramiento provisional que hoy es demandado.

Al respecto debe tenerse en cuenta que dentro de las situaciones laborales administrativas, esto es aquellas modalidades que puede adoptar la relación laboral, en efecto se contempla la denominada comisión, concebida como el ejercicio temporal que hace un funcionario de las diligencias propias de su cargo en lugares diferentes de la sede

habitual de su trabajo o atendiendo transitoriamente actividades distintas pero inherentes al empleo del que es titular.

Dentro de la comisión se preveen varias clases como lo son de servicio, de estudios, para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción e incluso para atender invitaciones especiales de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o instituciones privadas<sup>9</sup>.

4) En el Régimen de Carrera Diplomática y Consular – Decreto Ley 274 de 2000- se estableció en el artículo 46 *ibídem* que la comisión 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.*” (resalta la Sala).

En ese sentido el artículo 47 del mismo cuerpo normativo dispone que las clases de comisiones son i) de estudios, ii) para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, iii) situaciones especiales y iv) de servicio.

En cuanto a las comisiones especiales el referido Estatuto señaló:

**"ARTÍCULO 53. Procedencia y Fines.** *Los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar Comisión para situaciones especiales, en los siguientes casos:*

*a. 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*

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 12 de agosto de 2010, Exp. 0280-08. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

*el funcionario dentro del escalafón de la Carrera contenido en el Artículo 10 de este Decreto.*

*b. Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, **previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.***

(...)

*PARÁGRAFO 1. En el caso mencionado en el literal a. de este Artículo, 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, 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, solamente durante el tiempo que desempeñe la comisión.*

*Si fuere comisionado a un cargo de inferior categoría en el escalafón o en su equivalente en planta interna, tendrá derecho a conservar el nivel de asignación básica correspondiente a la categoría a la cual perteneciere. (...)" (negritas de la Sala).*

5) De conformidad con lo expuesto la *comisión* en el sector liderado por el Ministerio de Relaciones Exteriores consiste en que i) es una designación o autorización de carácter temporal o transitoria de un funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular; y ii) se da con la finalidad de desempeñar un cargo, realizar una actividad que puede ser directa e indirectamente relacionada con la misión y atribuciones de la entidad, o desempeñar responsabilidades diferentes a las habitualmente asignadas en el desarrollo de sus funciones o categoría dentro del escalafón al que pertenece.

Por otra parte, la *comisión especial* se presenta para varias situaciones, siendo las invocadas por el demandante las consistentes en i) 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 y ii) desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la

cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del territorio de la República de Colombia a la que se refiere el artículo 37, literal b), de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

6) Sobre el particular se tiene que el demandante pretende salvaguardar el ordenamiento jurídico por considerar que el nombramiento provisional cuestionado no debió realizarse por tener a su disposición la figura de la comisión especial, no obstante advierte la Sala que al implementar la referida comisión especial se desconocerían todas aquellas disposiciones constitucionales y legales que alega, como quiera que la comisión especial i) no pretende reconocer el cargo de los funcionarios conforme el escalafón que desempeñan, pues incluso puede designarse en uno inferior; ii) es de carácter temporal o transitoria, por lo que no podría reconocerse tampoco como la garantía de salvaguarda definitiva del Régimen de Carrera Diplomática y Consular que el demandante pretende; iii) es para la realización de una actividad específica o concreta y no como reconocimiento o respeto de su posición en el escalafón; iv) implicaría trasladar a un funcionario de forma transitoria a un cargo que puede ser superior o inferior, sin que esto garantice su razonada estabilidad en el cargo que representa y dejando una vacante que también debe suplir la entidad.

Del examen anterior es dable concluir que la comisión especial es una forma excepcional de provisión de los cargos, de ahí que deba motivarse y cumplir con dos condiciones específicas: a) el concepto favorable de la Comisión de Personal y b) las circunstancias especiales, pero no puede utilizarse como regla general para proveer estos cargos. Diferente es que, si se provee por una de esas circunstancias especiales, se pueda discutir la legalidad de tales nombramientos, situación que no ocurre en el presente caso.

7) En ese orden de ideas aceptar que el Ministerio de Relaciones Exteriores acuda a las figuras especiales de comisión especial

establecidas en el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 para garantizar que los funcionarios del Régimen de Carrera Diplomática y Consular se encuentren en el cargo y escalafón que representan, conllevaría a justificar que en otras ocasiones la entidad demandada haya comisionado a sus funcionarios de forma contraria a lo dispuesto en el párrafo del artículo 37, pues estando en periodo de alternación en la planta interna, y con fundamento en un concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, los traslada *anticipadamente* a la planta externa, cuando el párrafo dispone la excepción para el *exterior*, esto es, que si el funcionario se encuentra fuera del país pueda ser designado en otra sede externa al cumplir sólo con doce (12) meses como cumplimiento del principio de alternación, pero no modificar la estancia de alternación en planta interna para pasarlo a la planta externa, sin agotar los respectivos periodos.

Adicionalmente, a estas comisiones se les asigna la denominación de *especial* precisamente porque la regla general es que cada funcionario desempeñe su cargo conforme el escalafón al que pertenece tal y como lo ha venido reiterando la Sala.

8) En consecuencia este cargo no tiene vocación de prosperidad, dado que la motivación del mismo está ajustada a la realidad fáctica y jurídica, y tampoco es dable acudir de manera regular a la figura de comisiones especiales (artículo 53, literales a y b), por cuanto sus características especiales no permiten que sea el mecanismo que garantiza la permanencia del cargo que ostenta el funcionario en el escalafón y por el contrario, perpetuaría e incluso desmejoraría a esos mismos funcionarios, contrariando así las disposiciones normativas invocadas por el demandante.

Como la naturaleza jurídica del medio de control jurisdiccional ejercido con la demanda es de carácter público no hay lugar a imponer condena en costas a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

- 1º) Deniéganse** las pretensiones de la demanda.
- 2º)** Sin condena en costas a la parte demandante.
- 3º) Notifíquese** esta providencia en los términos del artículo 289 del Código Contencioso Administrativo.
- 4º)** Ejecutoriada esta providencia **archívese** el expediente, previas las constancias secretariales de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.

  
**OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS** **FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado Magistrado

  
**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**  
Magistrado