



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

SENTENCIA N° 2019-04-058 E

Bogotá D.C., abril cuatro (04) de dos mil diecinueve (2019)

EXP. RADICACIÓN:	250002341000 2018 00854 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	MARIO ANDRÉS SANDOVAL ROJAS
DEMANDADO:	CECILIA TIRADO ABAD
TEMAS:	NULIDAD DEL DECRETO No. 1200 DEL 12 DE JULIO DE 2018 - NOMBRAMIENTO SEGUNDO SECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES CON CARÁCTER PROVISIONAL
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a pronunciarse de fondo en torno a la *litis* iniciada por Mario Andrés Sandoval Rojas contra el acto de nombramiento de la Cecilia Tirado Abad, no sin antes señalar que de conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, no se observa causal alguna que afecte la validez del trámite surtido en esta instancia.

I ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 1 a 9 Cuaderno Principal)

El señor Mario Andrés Sandoval Rojas, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, previsto en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 y actuando a nombre propio solicitó como pretensión de la demanda, la declaratoria de nulidad del Decreto No. 1200 del 12 de julio de 2018, mediante el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores nombró con carácter provisional a la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrito ante el Consulado General de Colombia en Miami, Estados Unidos de América.

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda, se resumen en lo siguiente:

i). El 11 de julio de 2017 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1185, nombrando con carácter provisional a la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrito ante el Consulado General Central de Colombia en Miami, Estados Unidos de América. Este Decreto fue anulado mediante la sentencia 2017-1275.

ii). Tras la anulación referida, el gobierno nacional expidió el Decreto 1200 del 12 de julio de 2018, mediante el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores nombró con carácter provisional a la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrito ante el Consulado General de Colombia en Miami, Estados Unidos de América, el mismo cargo en el que había sido nombrada mediante el Decreto anulado 1185 de 2017.

iii). El cargo de Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrito ante el Consulado General de Colombia en Miami, Estados Unidos de América, es de carrera diplomática y consular de conformidad con el Decreto Ley 274 de 2000.

iv). El nuevo nombramiento se justificó con fundamento en que no existían más funcionarios pertenecientes a la carrera Diplomática y Consular que estuvieran por debajo de la categoría de Ministro Consejero (sic) y por tanto era necesario aplicar el principio de especialidad con el fin de atender a la necesidad del servicio.

v). Cecilia Tirado Abad no cumple con el requisito establecido en el artículo 61, numeral 3 del Decreto Ley 274 de 2000, referente al dominio del idioma inglés.

vi). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B ha anulado otros decretos de nombramientos provisionales efectuados en cargos de carrera diplomática y consular y en ningún caso se ha nombrado nuevamente a la misma persona cuyo nombramiento se ha anulado, lo que demuestra el uso selectivo del principio de especialidad establecido en el Decreto Ley 274 de 2000.

El demandante identificó como norma violada el numeral 3 del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, y como concepto de violación, el actor controvirtió el acto de elección demandado a partir de dos *cargos* principales: *Desviación de las atribuciones propias de quien expide el acto* e *Infracción de las normas en que debía fundarse* por cuanto se aplicó el principio de especialidad establecido en el Decreto Ley 274 de 2000 de forma excepcional, solamente para mantener nombrada a la demandada en el cargo que había sido designada previamente mediante el anulado Decreto 1185 de julio de 2017, sin el cumplimiento de los requisitos legales y persiguiendo objetivos diferentes a los autorizados por la ley.

Concretamente refiere que la señora Cecilia Tirado Abad no cumple con el requisito exigido de hablar y escribir el idioma inglés, es decir, probar el dominio del idioma tal y como lo establece el artículo 2 de la Resolución 4480 de 2010, así como tampoco se acredita en la hoja de vida presentada.

1.2. Contestación de la Demanda

1.2.1. Ministerio de Relaciones Exteriores (Fls. 103 a 118 Cuaderno Principal)

Por conducto de apoderado judicial, el Ministerio de Relaciones Exteriores contestó la demanda manifestando su **oposición a las pretensiones**, indicando en primer lugar en virtud del artículo 189, numeral 2 de la Constitución Política, la designación de agentes diplomáticos y consulares es una atribución discrecional del Presidente como Jefe de Estado, y en esa medida no se vulnera el principio de especialidad, por cuanto la actividad del Ministerio de Relaciones Exteriores se realiza atendiendo a la naturaleza del servicio, los principios del Estado que se encuentran involucrados, y los medios que son utilizados en la facultad nominadora discrecional, lo cual justifica que el acto administrativo fuera proferido con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos, además de gozar de la presunción de legalidad por cuanto no era posible acudir a situaciones especiales y excepcionales como lo aduce el demandante.

Además refiere que se observó el principio de especialidad contenido en los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000, pues era claro la imposibilidad de nombrar personal de carrera diplomática, porque los funcionarios de planta interna no habían cumplido su periodo de alternancia de 3 años, y tampoco los de planta externa los 4 años, así como tampoco se presentaba ninguna excepción para el plazo legal de alternación de esos funcionarios, tal y como lo señala el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Afirma que la señora Tirado Abad cumple a cabalidad con los requisitos necesarios para ocupar el cargo en cumplimiento del principio de especialidad contemplado en el numeral 7 del artículo 4 del Decreto Ley 274 de 2000.

En cuanto a los traslados de alternación refiere que no se puede acudir a la aplicación de esa figura especial, toda vez que se desconocería el principio de alternación, y además se requiere la autorización de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular del traslado anticipado del funcionario de la planta interna a la externa, mediante una comisión para situaciones especiales. En todo caso son situaciones especiales en caso de no poderse cumplir con el lapso de alternación en planta interna, pues

afectaría su estabilidad laboral como garantía de la carrera diplomática, ya que sin cumplir los primeros 12 meses la administración podría trasladarlos en cualquier momento.

Refiere que es improcedente utilizar la comisión establecida para situaciones especiales, por cuanto debe mediar un concepto favorable de la Comisión de la Carrera Diplomática y Consular para interrumpir el lapso de alternación, tal y como lo establecen el artículo 40 y el literal b) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000.

vi) Señala que la interpretación del demandante implicaría extender los periodos de alternación en planta externa de los funcionarios que se encuentran en la planta interna cumpliendo su alternación, pues luego de retornar al país nuevamente debe retornar al exterior, violentando el principio de alternación.

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

Se reitera que la posibilidad de nombrar a funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando se servicio en el exterior, es una facultad del Gobierno en los casos excepcionales del artículo 40, y no un derecho del funcionario. El demandante no aporta ninguna prueba que los funcionarios con supuesto "derecho preferente" tenían una fuerza mayor o caso fortuito que viabilizara su nombramiento en Consulado General de Colombia en Miami, Estados Unidos de América (Fl. 115)

Considera que no se ha vulnerado el artículo 125 constitucional, por cuanto se trata de una facultad de nombramiento y no un derecho de nombramiento que se desarrolla en virtud del artículo 189, numeral 2 de Constitución Política, ya que es discrecional razonable.

Finalmente hace hincapié en que *"... la facultad discrecional del Ejecutivo se materializa en el hecho de que este no tiene la obligación de nombrar a todo el personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular que satisfaga la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango, pues si existiera dicha obligación, la potestad discrecional no existiría y el Ejecutivo estaría siempre abocado a otorgar las (sic) respectivos nombramientos."* (Fl. 117)

Concluye precisando que el acto demandado fue expedido en virtud de la facultad nominadora y discrecional otorgada legalmente, además de atender a la expresión “podrán” contenida en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, por lo que goza de presunción de legalidad al ser expedido con observancia de las normas.

1.2.2. Cecilia Tirado Abad

La demandada presentó contestación de demanda a través de apoderada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto no se acredita que hubiere personal en la planta global de la entidad con vocación para ocupar el cargo cuestionado y además cumple con los requisitos del idioma inglés, tal y como se observa en las documentales obrantes en la hoja de vida.

Manifiesta que no existían funcionarios de carrera disponibles para el cargo, siendo indispensable satisfacer las necesidades del servicio, por lo que el nombramiento provisional efectuado se dio con el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.

El idioma inglés está debidamente acreditado con las certificaciones expedidas por el Colegio Nueva Granada de bachiller y High School, como entidades oficialmente aprobadas, de fecha 21 de septiembre de 2018.

Refiere que el nombramiento se realizó de conformidad con la facultad nominadora del Presidente de la República en aplicación a las normas constitucionales y legales y el principio de especialidad contenido en el decreto 274 de 2000.

Indica que no se encuentra acreditada ninguna desviación de poder, ya que no se dan los presupuestos para declarar la nulidad del Decreto 1200 de 2018, aunque previamente se declarara la nulidad de acto diferente al discutido en este proceso.

1.3. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público

La *parte demandante* no presentó alegatos de conclusión tal y como se certifica a folio 225 del Cuaderno Principal.

La demandada *Cecilia Tirado Abad* presentó alegatos de conclusión el 26 de febrero de 2019 (Fls. 186 a 199) reiterando los argumentos expuestos en la contestación y precisando que con el acto demandado se observó el principio de especialidad contenido en los artículos 60 y 61 del Decreto Ley

274 de 2000 sobre provisionalidad, así como también reiteró que la señora Tirado Abad cumple con todos los requisitos exigidos para el cargo.

Respecto a la desviación de poder precisó que no se cumple con los requisitos establecidos para su procedencia en la sentencia C - 456 de 1998 y además “... *no demostró el demandante que se haya contrariado el interés públicos (sic), que se haya desconocido un interés general, ni mucho menos un interés específico o concreto. No demostró el demandante un trato discriminatorio, de desconocimiento de un derecho de carrera diplomática a un funcionario de planta. No demostró que se desmejorara a ningún funcionario en sus condiciones laborales, salariales y personales.*” (Fls. 196 y 197)

Por su parte, el **Ministerio Público** presentó su concepto el 4 de marzo de 2019 (Fls. 201 a 213 CP) solicitando que no se acceda a las pretensiones de la demanda, ya que para la fecha del nombramiento de la señora David Cecilia Tirado Abad (12 de julio de 2018) como Segundo Secretario, no existía personal de carrera disponible, al no haber culminado su periodo de alternación, así como tampoco los doce meses de servicio en el exterior, por lo que se encuentra ajustado a las exigencias y requisitos dispuestos en el Decreto Ley 274 de 2000.

Además el idioma inglés se encuentra acreditado en el proceso, por lo que la demanda cumple con la totalidad de los requisitos exigidos para ocupar el cargo, señalados en el numeral 3 del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000.

II. TRÁMITE PROCESAL

Se infiere de las documentales obrantes en el cuaderno principal del expediente que se han cumplido las formas propias del juicio o proceso electoral dado que: la demanda fue radicada el 27 de agosto de 2018, y asignada mediante Acta de Reparto N°25000234100020180085400 de la misma fecha (Fl. 16), admitida a través de Auto del 30 de agosto de 2018 debidamente notificado a las partes¹ al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 25 a 42); se surtieron oportunamente los traslados secretariales para contestación de demanda (Fl. 125); el 29 de noviembre de 2018 se emitió Auto señalando fecha y hora para la realización de la audiencia inicial (Fls. 135 y 136); el 11 de diciembre de 2018 se llevó a cabo la diligencia de audiencia inicial, surtiéndose todas las fases del artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 143 a 155); mediante Auto del 1 de febrero de 2019 se fijó fecha para la celebración de la audiencia de pruebas (Fl. 176); el día 26 de febrero de

¹ Al Ministerio de Relaciones Exteriores: envío electrónico folio 25. A la demandada Cecilia Tirado Abad por aviso folio 121.

2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, dándose por clausurado el periodo probatorio y corriéndose traslado para alegar a las partes y para presentar concepto el Ministerio Público (Fls. 182 a 200); por último, el expediente ingresó para fallo, mediante constancia secretarial del 13 de marzo de 2019 (Fl. 225).

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

Según lo dispone el numeral 12° del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, compete a los Tribunales Administrativos, en única instancia, conocer del proceso de *“nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional... o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional (...)”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con ese precepto, el Tribunal es competente para conocer del presente medio de control, toda vez que con la demanda se pretende la nulidad de la elección del nombramiento de la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario, código 2114, grado 15², encontrándose dicho cargo dentro del nivel profesional de la entidad y siendo nombrado por el Ministerio de Relaciones Exteriores como autoridad del orden nacional, reuniendo así los factores de competencia que se predicán de esta Corporación.

3.2 Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contencioso administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

Así mismo, que la precitada norma en concordancia con el artículo 139 del mismo estatuto normativo, prevén que en el medio de control de nulidad electoral, la **legitimación en la causa por activa** no está reservada para una persona específica o de orden restrictivo, sino por el contrario establece que cualquier persona puede invocar este medio de control. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** el artículo 277 *ibídem*, impone que debe dirigirse la demanda en contra del elegido o nombrado, así como también recae sobre la autoridad que expidió el acto sometido a control jurisdiccional, que en este caso fue el Ministerio de Relaciones Exteriores.

² Decreto 3356 de 2009

Sobre la legitimación, cabe destacar que el Honorable Consejo de Estado ha indicado:

“(…) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”³.

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

3.2.1 Por activa:

Teniendo en cuenta que la norma no condiciona la capacidad para demandar el cumplimiento de calidades personales de quien promueve la demanda de nulidad electoral y, por el contrario, prevé que cualquier persona puede presentarla⁴, el señor Mario Andrés Sandoval Rojas como demandante está legitimado por activa para incoar el medio de control y activar el proceso contencioso.

3.2.2 Por pasiva:

El demandante promovió su demanda contra la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, de modo que está legitimado por pasiva para comparecer como demandado al proceso.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

⁴ Jurisprudencialmente se ha considerado una legitimación universal a incoar el medio de control electoral, ver sentencia Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejero ponente Alberto Yepes Barreiro Bogotá, 31 de julio de 2014, radicación número: 11001-03-28-000-2014-00008-00.

Igualmente, señaló como demandado al Ministerio de Relaciones Exteriores, como autoridad que expidió el acto que se impugna.

En consecuencia, existe identidad en la relación sustancial fijada con el acto de nombramiento y la relación procesal (demandante/demandados) aquí establecida.

3.3 Planteamiento del problema jurídico principal y sus asociados.

Para la Sala el problema jurídico principal, consiste en determinar si se debe decretar o no la nulidad del nombramiento contenido en el Decreto No. 1200 del 12 de julio de 2018, mediante el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores nombró con carácter provisional a la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrito ante el Consulado General de Colombia en Miami, Estados Unidos de América, por i) Desviación de las atribuciones propias de quien expide el acto - desviación de poder, y ii) desconocer normas superiores y por ende no reunir los requisitos constitucionales y legales que se requieren para dicho cargo, esto es, desconociendo las normas en que debía fundarse el acto administrativo impugnado.

Así mismo, que para resolver el anterior problema jurídico deben abordarse los siguientes problemas jurídicos asociados:

- 1) ¿Si el nombramiento de la señora Cecilia Tirado Abad, se realizó con desviación de poder por desconocimiento del régimen de carrera consular y diplomática?
- 2) ¿Si la señora Cecilia Tirado Abad, cumplía con el requisito establecido en el numeral 3 del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 para el cargo de Segundo Secretario, código 2114, grado 15 ?
- 3) ¿si es posible nombrar en el mismo cargo a una persona respecto de la cual se anuló su nombramiento?

3.4. Resolución del Problema Jurídico en el Caso Concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Para resolver la cuestión planteada la Sala abordará i) la causal de nulidad de desviación de las atribuciones propias de quien expide el acto; ii) Principios y estructura del Régimen de Carrera Diplomática y Consular establecido en el Decreto Ley 274 de 2000 para el cargo de Segundo Secretario; iii) la procedencia de la provisionalidad de forma excepcional; iv) el alcance de la alternación como exigencia legal y la disponibilidad de

los funcionarios de la carrera diplomática y consular; v) el análisis del caso concreto y cumplimiento del requisito exigido en el numeral 3 del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000.

3.4.1. Desviación de las atribuciones propias de quien expide el acto - Desviación de poder

Durante la evolución del derecho administrativo y concretamente en el establecimiento de las causales de anulación de los actos administrativos, se ha logrado consolidar un concepto para la causal históricamente denominada desviación de poder, consistente en la expedición de un acto administrativo con un desvío de las atribuciones propias de quien lo profiere, causal que se ha establecido expresamente y se concreta en ese ejercicio de las potestades conferidas para emitir un acto con fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico.

De este modo, esta causal se configura *“cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”*⁵.

Es así que un acto administrativo se encuentra inmerso en la causal de desviación de poder desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió, de dos formas: *“... desviación hacia fines ajenos al interés general, que se materializa cuando los fines buscados por la administración están encaminados a obtener un interés particular, los cuales están motivados por móviles personales, interés estrictamente privado y preferencias políticas entre otros, y por supuesto en contra del interés general. (...) desviación hacia fines públicos: Esta forma de desviación está dirigida a cumplir con fines públicos diferentes a los que el ordenamiento jurídico le ha señalado”*⁶

Es decir, se presenta cuando i) el acto sea ajeno a cualquier interés público por haberse motivado con móviles personales, el interés de un tercero o del propio funcionario, preferencias políticas, discordias, entre otros; y ii) cuando el acto es adoptado en desarrollo de un interés público, pero quien lo expide emplea sus competencias con una finalidad diferente, maliciosa, distorsionada o abusiva a las que se le confirieron.

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-456/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Desviación de poder en el ámbito constitucional, Sentencia C-1168/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Exp. 17001-23-31-000-2007-00712-01(0752-09). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 29 de junio de 2011.

Por tanto el acto administrativo debe ser declarado nulo cuando se logra acreditar que *“... las razones que tuvo en cuenta la administración para proferir el acto (...) acusado, no son aquellas que le están expresamente permitidas por el ordenamiento jurídico superior, sino otras distintas, con las cuales desvía de su fin legítimo la competencia a ella atribuida (...)”*⁷, razón por la que se concibe como una de las causales más difíciles de probar, pues se encubre o disfraza en la legítima actividad de la administración y sus competencias legalmente concedidas, lo que hace que sea difícil de detectar y por ende debe profundizarse en el actuar del funcionario para que la censura prospere. Es decir, aunque el acto en apariencia cumple con el fin encomendado en la norma, en realidad la atribución se utiliza para cumplir con una finalidad distinta.

En ese orden de ideas la causal de nulidad *“(...) Se presenta cuando el acto sólo formalmente aparece expedido con ajuste a la facultad conferida, pues materialmente en realidad no atiende al fin que la norma que autoriza su producción persigue, sino que está orientado a un propósito diferente que, por lo tanto, resulta ilegítimo (...)”*⁸, lo que quiere decir que el acto administrativo, aunque comporta externamente las formalidades exigidas por la ley, está orientado a fines distintos para los que fue investido el funcionario y dada la particularidad de la desviación corresponde al actor demostrar que la autoridad hizo uso de su facultad con propósitos distintos de aquellos previstos en la disposición que la otorga.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que esos actos administrativos incursos en desviación de poder implican un análisis minucioso ya que *“por ser dictados en ejercicio de la propia competencia y hallarse sometidos al debido proceso, los actos arrojan una apariencia legal, pero el fin perseguido con ellos, dista mucho del cumplimiento en los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”*⁹.

En ese sentido, esta causal de nulidad no está dirigida a analizar la forma del acto sino el contenido de la decisión administrativa, la cual se reprocha porque carece de legitimidad, en tanto que involucra un exceso o un desvío de poder por lo que un acto administrativo que se profiere en defensa de intereses particulares que distan del cumplimiento de las funciones públicas, de las necesidades del servicio o contraría los fines esenciales del debe ser retirado del ordenamiento jurídico y en consecuencia, el acto nació inválido.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Exp. 8381. C. P. Delio Gómez Leyva. Sentencia del 5 de diciembre de 1997.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de julio de 2013, Exp. 11001-03-28-000-2010-00027-00. C.P. Susana Buitrago Valencia

⁹ Consejo de Estado Sección Quinta Sentencia del 25 de enero de 2001, Exp. 2362. C.P. Roberto Medina López

Es por ello que la carga de la prueba en cabeza del demandante debe llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma, pues *“Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión...”*¹⁰.

Conforme lo anterior la autoridad emite un acto administrativo en el marco de sus competencias y, desde una perspectiva formal, reúne todos los requisitos de validez, y en esa medida la acreditación de esta causal impone la necesidad de presentar todos los elementos probatorios conducentes a que el juez vislumbre, sin lugar a dudas, que el resultado de la decisión es distinto al que se hubiera previsto de manera natural, en caso de que la norma se hubiera aplicado tal y como aparece consagrada en el ordenamiento jurídico.

Concretamente ha dispuesto el Consejo de Estado frente a la carga de la prueba bajo esta causal nulidad:

*“(...) Cuando se alega desviación de poder debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiese proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan. En otras palabras, cuando se alega desviación de poder como causal para pedir la nulidad de un acto administrativo (...) quien pretenda esa declaración está obligado a aportar tales pruebas que el Juez del conocimiento no tenga la más mínima duda, que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener el fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que se obtuviera como resultado una situación en un todo diversa a la que explícitamente busca la ley (...)”*¹¹

Existe entonces desviación de poder cuando con un acto proferido por el funcionario competente y con sujeción a los aspectos externos de la legalidad, la administración pretende materializar una finalidad totalmente distinta a la que le fue asignada por la Constitución y/o por la ley.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Exp. 170012331000200301412 02(0734-10) C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 23 de febrero de 2011.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de enero de 2015, radicado No. 25000-23-24-000-2008-00382-01. CP. Maria Claudia Rojas Lasso.

En consecuencia, se trata de una causal de nulidad que busca canalizar las atribuciones otorgadas a las autoridades administrativas con el propósito fundamental de que procuren materializar los fines esenciales del Estado, por lo que será necesario analizar si en el presente caso el Ministerio de Relaciones Exteriores al expedir el Decreto 1200 del 12 de julio de 2018, mediante el cual nombró con carácter provisional a la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrito ante el Consulado General de Colombia en Miami, Estados Unidos de América, fue expedido con una apariencia legal pero distante de los fines esenciales del Estado y la función pública o con intereses particulares diferentes a la prestación del servicio, la debida aplicación del Régimen de Carrera Diplomática y Consular y los presupuestos para los nombramientos en provisionalidad.

3.4.2. Principios y estructura del Régimen de Carrera Diplomática y Consular establecido en el Decreto Ley 274 de 2000 para los Secretarios Consulares

La Constitución Política en su artículo 125 estableció que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben regirse por las normas que regulan la carrera administrativa, a 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 tal disposición constitucional, 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 que regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, estableciendo como principios orientadores de su función pública la moralidad, eficiencia, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, transparencia, entre otros.

Adicionalmente, allí se clasifica los cargos dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores en: i) libre nombramiento y remoción; ii) carrera diplomática y consular y; iii) carrera administrativa.

Concretamente para la categoría de *Segundo Secretario* el artículo 10 del mencionado decreto ley indica 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 ibídem la Carrera Diplomática y Consular es especial y jerarquizada que 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 precisa 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. (arts. 25 a 34).

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

3.4.3. La procedencia de nombramientos en provisionalidad de forma excepcional

El artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 regula la facultad excepcional que tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores de realizar nombramientos en provisionalidad de sus funcionarios bajo el principio de especialidad (artículo 4, numeral 7), de la siguiente forma:

“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” (subrayado y negrilla fuera del texto)¹².

De este modo, la condición especial y concreta para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda hacer uso de dicha facultad, es que no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular 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, esto es, personas externas a esta.

Ahora bien, como se indicó previamente, su carácter es *excepcional* y en esa medida, se deberá analizar en cada caso concreto si el cargo proveído a través de nombramiento provisional, podía ser asignado a un funcionario inscrito en la carrera diplomática y consular, y que además cumple los requisitos idóneos y particulares para el cargo en cuestión. Solo así, se podrá determinar que en efecto, la única alternativa, es acudir a nombramientos provisionales de personas externas a la carrera.

¹² Norma declarada exequible mediante sentencia de la Corte Constitucional No. C-292/01

Al respecto considera el demandante que el nombramiento de la señora Cecilia Tirado Abad, no cumplía con los requisitos establecidos para ser nombrada como Segundo Secretario de relaciones exteriores, por lo que debe ser declarado nulo, toda vez que, ya se había declarado la nulidad del nombramiento en el mismo cargo - Decreto 1185 de julio de 2017-, sin embargo es nombrada nuevamente por la entidad, desconociendo que para el momento en que fue expedido el acto demandado existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular en el escalafón para el cargo indicado, circunstancia que vulnera el principio de especialidad establecido en el Decreto Ley 274 de 2000, lo que denota se persiguen objetivos diferentes a los autorizados por la ley, por cuanto no existía ninguna situación especial que permitiera la aplicación del régimen excepcional establecido, dado que la designación se hizo sin el cumplimiento de los requisitos exigidos.

A su turno el Ministerio de Relaciones Exteriores precisó que hizo uso de dicha facultad de nombramiento provisional en la medida en que hay una exigencia de alternación para los funcionarios de carrera diplomática y consular que debe ser cumplida, lo cual no ocurre en el presente caso y por tanto, no existía personal de carrera que pudiera ser nombrado en el cargo objeto de controversia, así como tampoco podía hacer uso de la figura especial de la comisión, ya que sus presupuestos de fuerza mayor o caso fortuito no se consolidaban.

Consideró también que la interrupción de los lapsos de alternación necesita una previa calificación de la Comisión de Personal del Régimen de Carrera Diplomática, que busca garantizar la situación administrativa de los funcionarios cuando se ubican en un país y exista seguridad administrativa y económica para el funcionario que está cumpliendo con el deber funcional.

Por su parte la apoderada de la demandada manifestó que el nombramiento efectuado se efectuó de conformidad con las disposiciones del Régimen de Carrera Diplomática y Consular, toda vez que no existían funcionarios disponibles para ser asignados en el cargo discutido, lo cual no fue desvirtuado por el demandante que no logra acreditar esa existencia, y en esa medida acudir al nombramiento en provisionalidad está permitido, pues la señora Cecilia Tirado Abad cumple con todos los requisitos exigidos, y por ende no se logra desvirtuar la legalidad del acto demandado.

Conforme lo anterior, la Sala debe precisar que la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del artículo 60 precitado señaló:

“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 periodo 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”¹³.

De este modo, la finalidad que se le ha atribuido a los nombramientos en provisionalidad como facultad del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra determinada por la urgencia en la prestación del servicio 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.

Lo anterior, en la medida en que el Régimen de Carrera Diplomática y Consular ha establecido una serie de requisitos y presupuestos para poder ingresar y acceder a los categorías correspondientes, en este caso a la de Primer Secretario.

En efecto, el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 establece como requisitos para ser nombrado en provisionalidad 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, no obstante, este requisito puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

Adicionalmente, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos en propiedad requieren que dentro de su sistema de carrera

¹³ Sentencia C-292/01

diplomática y consular, los funcionarios cumplan con la exigencia de alternación, tal y como lo dispone el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000, por lo que este requisito adicional sí 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 consecuencia, como bien lo ha señalado 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 parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000."¹⁴.

Razón por la cual, 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, con el fin de verificar si el nombramiento se efectuó para satisfacer las necesidades del servicio de la política exterior o por el contrario se realizó desconociendo la finalidad del Régimen de Carrera Diplomática y Consular - Decreto Ley 274 de 2000.

3.4.4. Alcance de la alternación como exigencia legal y la disponibilidad de los funcionarios de la carrera diplomática y consular

La alternación se ha establecido en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000 y particularmente se ha dispuesto lo siguiente:

“ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 37. FRECUENCIA. La frecuencia de los lapsos de alternación se

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Expediente No. 25000-23-41-000-2015-00542-01

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 poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione del cargo en planta interna, según el caso.

d. El tiempo de servicio que exceda de la frecuencia del lapso de alternación, mientras se hace efectivo el desplazamiento 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.

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

ARTICULO 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 párrafo 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 párrafo, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.

PARAGRAFO. 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.”

Como se observa, esta exigencia especial ha sido establecida con el fin de desarrollar los principios de eficiencia y especialidad, teniendo como propósito garantizar que los funcionarios cumplan con sus funciones tanto en la planta interna (servicio interno) como externa (exterior) en lapsos o periodos de alternación, 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 de que el funcionario toma posesión del cargo o asume sus funciones en el exterior.

El legislador excepcional dejó claro en el párrafo del artículo 37 precitado, 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-808-2001¹⁵, 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”¹⁶.

Además se ha adoptado como criterio jurisprudencial que “(...) no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir que se haya terminado su periodo de alternancia para ser nombrado”¹⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Es decir, de conformidad con esta postura jurisprudencial reiterada se tiene que no basta que haya un funcionario que esté inscrito en carrera diplomática y consular para impedir el nombramiento excepcional (provisional), sino que además debe tener una condición imprescindible 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.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C - 808 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 1 de agosto de 2001.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente No. 2013-0227-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente. No. 25000-23-41-000-2013-00227-01, C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez. Además de de las sentencias del Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia de junio 3 de 2010, Expediente No. 11001-03-28-000-2009-00043-00, C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, y sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, de fecha 4 de marzo de 2004, Expediente. No. 11001-03-28-000-2003-0012-01, C.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, entre otras.

No obstante lo anterior, mediante sentencias posteriores el Consejo de Estado¹⁸, 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, 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.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y además señaló de forma clara que *“... 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.”*¹⁹

Es decir, que 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, tal y como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014²⁰, y de no cumplirse este presupuesto entonces deberá, en segundo lugar, 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 el pronunciamiento del Consejo de Estado a partir del 12 de noviembre de 2015²¹. Ahora, si ninguno de estos dos presupuestos se consolida, es decir, no hay ningún funcionario en una de

¹⁸ Entre otros, Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Expediente No. 25000-23-41-000-2015-00542-01

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente No. 2013-0227-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

²¹ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Expediente No. 25000-23-41-000-2015-00542-01

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.

Es decir, que ambos postulados normativos contenidos tanto el artículo 37 como su parágrafo conservan plena vigencia y aplicabilidad, pero deben ser observados en su conjunto 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.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el parágrafo del artículo 37 precitado, dispone que los funcionarios de carrera que se encuentren 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, pero una vez han cumplido este lapso se concluye, se habilitan para ser nombrados en otro cargo, es decir, que si bien sigue siendo una excepción a la regla general encaminada a que se cumpla con los periodos de alternación, cada vez que la entidad tenga vacantes o necesite un cargo o nombramiento, el nominador tiene a su disposición a esos funcionarios que se encuentran en esa particular situación, pero en todo caso no deja de ser la regla especial o excepcional.

En suma, para que proceda un nombramiento provisional se debe tener en cuenta i) que no existan funcionarios de carrera diplomática y consular (artículo 60); ii) que si existen, estén en disponibilidad de ocupar el cargo vacante, es decir a) que ocupan cargos de menor jerarquía en el escalafón y no han culminado su periodo de alternación (artículo 37); y b) que a pesar de estar cumpliendo su período de alternación en el exterior, no hayan cumplido doce (12) meses de servicio en la sede respectiva (parágrafo artículo 37).

En ese orden de ideas, la Sala deberá analizar si en el presente caso se observaron los presupuestos establecidos para realizar el nombramiento provisional de la señora Cecilia Tirado Abad como Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrita al Consulado Central de Colombia en Miami, Estados Unidos de América, y en consecuencia, si hay lugar o no a declarar la nulidad del Decreto No. 1200 del 12 de julio de 2018.

3.4.5. Análisis del Caso Concreto y cumplimiento del requisito exigido en el numeral 3 del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000

Para efectos de analizar la situación fáctica del *sub lite*, se relacionan a continuación los medios de prueba obrantes en el proceso:

1. La señora Cecilia Tirado Abad fue nombrada como Segundo Secretario, código 2114, grado 15, adscrita al Consulado Central de Colombia en Miami, Estados Unidos de América a través del Decreto No. 1200 del 12 de julio de 2018, el cual fue publicado en el Diario Oficial No. 50.652 de la misma fecha. (Fls. 6 a 9 Cuaderno Principal)

Como fundamento o motivación de dicho acto administrativo indicó el Ministerio de Relaciones Exteriores lo siguiente:

"(...) Que como consta en la certificación GCDA No. 626 expedida por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, revisado el escalafón de Carrera Diplomática y Consular no existen funcionarios de la planta global de la Carrera Diplomática y Consular que estén ubicados en cargos por debajo de la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, en aplicación del artículo 53 del Decreto 274 de 2000 y/o de los artículos 37 literales a. y b. en concordancia con el artículo 40 del mismo Decreto.

Que de acuerdo con el principio de especialidad, y con el fin de atender situaciones relacionadas con la necesidad del servicio, y con el objetivo de garantizar el cumplimiento del servicio de la política exterior, se designará en provisionalidad a la señora CECILIA TIRADO ABAD, quien cumple con los requisitos establecidos en el artículo 61 del Decreto - ley 274 de 2000(...).

Que la señora CECILIA TIRADO ABAD había sido nombrada en provisionalidad para ocupar el cargo (...) mediante Decreto 11885 del 11 de julio de 2017 y dicho acto administrativo fue declarado nulo en sentencia de fecha 22 de febrero de 2018, al cual se le dio cumplimiento mediante Decreto número 721 del 26 de abril de 2018. (...)

Que teniendo en cuenta que las circunstancias fácticas actuales han cambiado, así como la situación jurídica de quienes componen la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores y que persisten las necesidades del servicio en el CONSULADO GENERAL CENTRAL DE COLOMBIA EN MIAMI, es viable proceder con una designación en provisionalidad." (Fls. 6 y 7 -Subrayado fuera de texto)

2. Relación de funcionarios que han sido nombradas por el Ministerio de Relaciones Exteriores luego de finalizar los procesos de nulidad electoral en su contra (Fls. 165 CP)
3. Hoja de Vida de la señora Cecilia Tirado Abad (CD anexo folio 174A Cuaderno Principal)
4. Memorando I-GITAP-18-0190024 del 14 de septiembre de 2018, emitido por la Directora de Talento Humano de la entidad, en el que informa que ningún funcionario de la Carrera Diplomática y Consular había manifestado interés en ser designado en el consulado de Miami, Estados

24

Unidos, así como tampoco existían funcionarios nombrados por debajo del escalafón de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores para el momento de la expedición del Decreto 1200 de 2018 (Fls. 122 a 261 del Cuaderno Principal)

5. Relación de funcionarios pertenecientes a la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores y el cargo que ocupaban para el 12 de julio de 2018 (Fls. 171 a 174)

De conformidad con estas pruebas documentales, se observa que para el momento de la expedición del acto demandado - 18 de enero de 2018- no existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Segundo Secretario que se encontraran desempeñando cargos inferiores a su escalafón, tal y como se observa en el listado remitido por la entidad a folio 174, donde la mayoría que se encontraban por debajo de su categoría respectiva, a partir del 11 de julio de 2018 y con la expedición del Decreto 1184 de esa fecha, se encontraban en su cargo respectivo del escalafón, esto es, como segundo secretario (Fls. 171 a 174 CP), por lo que el primer presupuesto para descartar la provisionalidad, esto es que existieran funcionarios que ya habían culminado su período de alternación, no se consolida.

En efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores informó que los funcionarios que se encontraban en cargos inferiores y en este caso como tercer secretario fueron nombrados en su respectivo escalafón - segundo secretario- mediante el Decreto 1184 del 11 de julio de 2018. Esos funcionarios eran los siguientes:

1. JORGE ANDRÉS ARANDA CORREA
2. ANA MARÍA BEDOYA URIBE
3. DIANA ESPERANZA CASTILLO CASTRO
4. ANGÉLICA MARÍA CASTILLO MONCADA
5. CARLOS ARTURO GARCÍA BONILLA
6. ANA MARÍA GONZÁLEZ BETANCOURTH
7. JUAN DAVID MONCALEANO PRADO
8. VANESSA ORTIZ LÓPEZ
9. JUAN PABLO OSORIO JARAMILLO
10. NATALIA MARÍA PULIDO SIERRA
11. KAROL DE LA PAZ QUINTERO RODRÍGUEZ
12. NATALIA ANDREA RAMÍREZ GIRALDO
13. HAENDEL SEBASTIAN RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
14. PAULO CESAR RODRÍGUEZ MARIANO
15. ANDREA PAOLA ROJAS CHARRY
16. PAVEL ERNESTO ROMERO PLAZA
17. JUAN DIEGO FRANCO VALENCIA
18. JUAN SEBASTIAN ROMERO ESCOBAR

19. JENNY SHARYNE BOWIE WILCHES

Igualmente, no puede afirmarse que prospere el segundo presupuesto consistente en que existieran funcionarios que se encontraran en el *exterior* y que hubieren superado los doce (12) meses en la sede respectiva, al momento de efectuarse la provisión de la señora Cecilia Tirado Abad, y en esa medida ninguno de los mencionados era susceptible de ser nombrado en otro cargo en el exterior de forma excepcional, en virtud de lo previsto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

En suma, se observa que no existían funcionarios de menor jerarquía en el escalafón y por ende i) no habían culminado su periodo de alternación (artículo 37); y b) al no encontrarse en el exterior, no puede afirmarse que hubieren cumplido doce (12) meses de servicio en la sede externa respectiva (párrafo artículo 37).

En ese orden de ideas, como se indicó previamente, al ser la provisionalidad una excepción, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe optar por nombrar a alguno de los funcionarios que ya hayan superado esos doce meses retirándolos de forma excepcional de su periodo de alternación, no obstante, todos se encontraban prestando su servicio en el escalafón correspondiente o en uno superior, razón por la que no era posible acudir a estos funcionarios para realizar el nombramiento cuestionado, por cuanto la excepción se configura para la provisión cuando existan funcionarios por debajo de su categoría en la planta externa y no en la interna, precisamente porque como se anotó *ut supra* por la Corte Constitucional es para permitir o garantizar que permanezca conociendo de a la realidad del país y pueda ejercer mejor sus funciones en el exterior, y en esa medida se exige el periodo de alternación a sus funcionarios.

Ahora, aunque se trata de una funcionaria que previamente había sido nombrada a través del Decreto 1185 de 2017 en el mismo cargo que se discute en el presente proceso, es necesario tener en cuenta que no se trata de una reproducción del acto anulado o un interés particular o desviado por parte de la Administración como lo señala el demandante, pues como se demostró se hacía necesario acudir al nombramiento provisional para atender las necesidades del servicio de política exterior, que si bien pudo haber sido designado a otra persona diferente, la entidad encontró que la señora Tirado Abad reunía los requisitos necesarios y en esa medida, se trata de un acto diferente al declarado nulo previamente por esta Jurisdicción y las circunstancias de hecho, las causales alegadas y la finalidad y motivación también sin distantes, lo que implica un análisis autónomo e independiente de cada acto.

De este modo, como bien se indicó previamente, la carga de la prueba en este tipo de causal implica un grado de convencimiento y certeza frente a

20

la desviación de poder que se pretende demostrar, lo cual no pudo ser acreditado por el actor, por lo que el Decreto 1200 del 12 de julio de 2018 no dista del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la adecuada prestación de los servicios de política exterior, el Régimen de Carrera Diplomática y Consular y tampoco se observa que obedezca a intereses particulares de quien expidió el acto administrativo, razón por la que el cargo por *desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió* no tiene vocación de prosperidad, dado que como se analizó, el nombramiento ahora se efectuó sobre unas circunstancias diferentes a las presentadas cuando se anuló por este Tribunal en tanto para la época del actual nombramiento el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES ya podía realizarlo bajo la excepción consagrada en el artículo 37 del Decreto 274 de 2000 porque ya no había ninguna de las 3 circunstancias para nombrar en esos cargos personal de carrera y la ley le habilita hacerlo con personas que no pertenezcan a aquella pero si demuestran cumplir los requisitos para ejercerlos.

Por otra parte, el demandante señaló que la señora Cecilia Tirado Abad no cumplía con el requisito establecido en el numeral 3 del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, esto es, el relacionado con hablar y escribir, además del español, el idioma inglés considerando que el lugar de destino es Miami, Estados Unidos.

Al respecto, se encuentra que en la hoja de vida allegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores obrante en medio magnético a folio 174 A, se allegó una certificación de la Universidad de Cambridge No. 0114979, en la que señala que la señora Cecilia Tirado Abad aprobó con méritos el "*Preliminary English Test*". (Pág. 3 - Parte 2), además la apoderada de la demanda presentó copia del diploma y acta de grado del Colegio Nueva Granada autorizado por el Ministerio de Educación Nacional de Colombia según Resolución No. 3908 del 26 de agosto de 1961, con título de Bachiller Académico y High School, institución con programa de educación bilingüe y acreditado por la Southern Association of Colleges and Schools.

De tal manera que el conocimiento del idioma inglés por parte de la señora Cecilia Tirado Abad se encuentra debidamente acreditado y por tanto, contrario a lo afirmado por el demandante, cumple con el requisito de idioma exigido, el cual fue acreditado de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 de la Resolución 4480 de 2010 "*Por la cual se expide el reglamento para acreditar el requisito del idioma, de que trata el numeral 3 del literal a) del artículo 61 del Decreto-ley 274 de 2000*".

En consecuencia, en el presente caso, la pretensión de la demanda no tiene vocación de prosperidad, toda vez que no logra demostrar una desviación de poder en la expedición del Decreto 1200 del 12 de julio de 2018, ya que se logró demostrar que si bien los funcionarios mencionados ocupaban cargos

251

de menor jerarquía en el escalafón i) no habían culminado su periodo de alternación (artículo 37); b) al no encontrarse en el exterior, no puede afirmarse que hubieren cumplido doce (12) meses de servicio en la sede externa respectiva (parágrafo artículo 37); y finalmente iii) la señora Cecilia Tirado Abad acreditó en su hoja de vida el cumplimiento del requisito del idioma inglés establecido en el numeral 3 del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000.

Finalmente, al tratarse de un medio de control de orden constitucional, en el que se ventila una controversia de interés público, no procede la condena en costas a la parte vencida.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

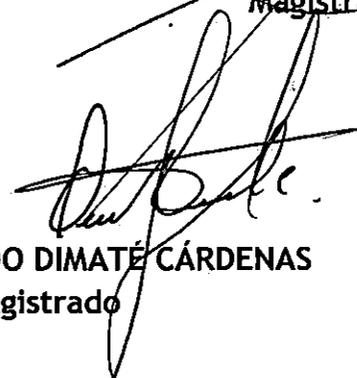
SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes y al Ministerio Público de conformidad con lo señalado en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado


OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado