

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN
Expediente: 250002341000202100226-00
Demandante: PEDRO NEL FORERO GARCÍA
Demandado: CLARA LETICIA ROJAS GONZÁLEZ Y
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Medio de control: ELECTORAL
Asunto: SENTENCIA – CONSEJERO DE RELACIONES
EXTERIORES

Decide la Sala la demanda presentada por el señor Pedro Nel Forero García en nombre propio, en ejercicio del medio de control jurisdiccional electoral, previsto en el artículo 139 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), con el fin de que se declare la nulidad del Decreto 1719 de 21 de diciembre de 2020, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través del cual se nombró provisionalmente a la señora Clara Leticia Rojas González en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, con sede en París (Francia).

I. PRETENSIONES

En el escrito de la demanda la parte actora elevó las siguientes súplicas:

“II. LAS PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare la nulidad del **Decreto 1719 de fecha 21 de diciembre de 2020** expedido por la Ministra de Relaciones Exteriores.

SEGUNDA: Que se comuniquen la sentencia a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores.” (archivo 01 expediente electrónico).

II. HECHOS

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte actora narró, en síntesis, lo siguiente:

1) La señora Clara Leticia Rojas González fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, con sede en Paris, República Francesa, empleo que pertenece a la carrera diplomática y consular, persona que no pertenece a la carrera diplomática y consular.

2) 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.

3) El párrafo único del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 estipula que las condiciones básicas de la provisionalidad se sustentan en la especialidad del servicio exterior y, por lo tanto, no confieren derechos de carrera, en tanto, la Constitución Política, la ley, la lógica jurídica y el sentido común exigen la materialización del derecho preferente que tienen los funcionarios de carrera para ocupar los cargos de carrera, con base en los principios superiores de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, cuyo desarrollo jurisprudencial es abundante.

4) Al momento de expedición del nombramiento demandado existían 196 funcionarios de carrera diplomática en las categorías de Primer Secretario, Segundo Secretario y Tercer secretario, que tenían derecho preferencial a ocupar el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, en virtud del principio de especialidad del servicio exterior y el derecho preferencial que ostentan los funcionarios de carrera a ocupar las vacantes que se generen en los cargos de carrera diplomática, de conformidad con el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000.

5) Para llegar a la categoría de Consejero, los funcionarios de carrera debieron superar el concurso de méritos, el curso de formación diplomática, el año de periodo de prueba, las calificaciones anuales de desempeño laboral, los exámenes de ascenso cada 4 años y acumular 12 años de experiencia en el servicio exterior.

6) El estatuto de la carrera diplomática y consular estableció alternativas para que funcionarios de esa carrera ocupen los cargos en las misiones diplomáticas y las oficinas consulares, sin tener que recurrir a la provisionalidad. En observancia de los principios rectores de eficiencia y especialidad que gobiernan el referido estatuto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, antes de recurrir a la provisionalidad para proveer un cargo vacante o próximo a estarlo, debe asegurarse de que no existan funcionarios de carrera disponibles para ser nombrados en él, como lo exige el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. La misma norma, en sus artículos 37 a 40 y en su artículo 53, regula los eventos en que los funcionarios de carrera están disponibles para ocupar un cargo, sin que tal disponibilidad riña con el cumplimiento de sus periodos de alternación, pues un funcionario de carrera siempre estará cumpliendo los mismos sea en el exterior o en planta interna, a menos que se encuentre en situaciones administrativas como las comisiones de estudio, entre otras. Es decir, cualquier funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática que esté en la planta interna, prestando sus servicios en Colombia, está disponible para ser designado en un cargo en las misiones del País en el exterior.

7) En aplicación del Decreto 274 de 2000, si el cargo de Consejero se encontraba vacante, la administración debió haber priorizado el nombramiento del personal de carrera que se encontraba en las siguientes situaciones, antes de recurrir a la provisionalidad, para proveerlo: a) los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios que, a 21 de diciembre de 2020, cumplían el tiempo de alternación para ser trasladados a prestar sus servicios en esa u otras sedes externas de la planta global del Ministerio (Decreto 3358 de 2009); b) los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios de carrera

diplomática y consular que, a 21 de diciembre de 2020, se encontraban cumpliendo su alternación en las sedes internas de la planta global del Ministerio (Decreto 3358 de 2009), pero podían ser designados para prestar sus servicios en el Consulado General de Colombia en Antofagasta, República de Chile (sic), por aplicación de la excepción a los lapsos de alternación consagrada en el literal b. del artículo 53 del Decreto 274 de 2000 3 y/o el literal b del artículo 37, concordante con el inciso segundo del artículo 40 *ibidem*; c) los funcionarios de carrera diplomática y consular escalafonados por debajo del rango de Consejero que podían ser comisionados para prestar sus servicios en dicho cargo, en aplicación del literal a. del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, que regula las comisiones para situaciones especiales; y d) los funcionarios de carrera diplomática y consular que se encontraban cumpliendo su alternación en planta externa y que, a 21 de diciembre de 2020, ya llevaban más de 12 meses asignados a su respectiva sede, razón por la cual podían ser designados para ejercer otro cargo en el exterior, según lo permite el parágrafo único del artículo 37 *ibidem* y como lo ha reiterado el Consejo de Estado.

8) El estatuto de la carrera diplomática y consular y las normas generales de carrera administrativa ofrecen diferentes alternativas para que funcionarios de carrera ocupen los cargos en las misiones diplomáticas y oficinas consulares, como son: a) alternación y excepciones legales al cumplimiento de dichos lapsos (artículos 35 a 40 y 53 del Decreto Ley 274 de 2000); b) traslados anticipados mediante comisión para situaciones especiales (artículo 53, literales a y b del decreto ley 274 de 2000); y c) encargos (artículo 3, numeral 2º, y artículo 24, de la ley 909 de 2004).

9) Los nombramientos de los funcionarios de carrera diplomática y consular en el exterior son provistos en primera instancia, de acuerdo con los lapsos de la alternación previstos en el Decreto Ley 274 de 2000, sin embargo, su artículo 40 prevé “*excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación*”.

10) La administración cuenta con otra facultad adicional a la alternación para proveer el cargo demandado con funcionarios de carrera, consagrada en el

literal b del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, y que permitía designar en el cargo provisional demandado a un funcionario de carrera diplomática y consular, pues dicha disposición prevé que los funcionarios pertenecientes a este régimen podrán ser autorizados o designados 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 artículo 37 literal b. del Decreto 274 de 2000, previo concepto favorable de la comisión de personal de la carrera diplomática y consular.

11) En principio, los nombramientos de funcionarios de carrera diplomática y consular son dispuestos en cumplimiento de los lapsos de alternación, luego, existen excepciones a estos periodos para proveer los cargos de la carrera, como las comisiones previstas en el estatuto de carrera diplomática y consular. Adicionalmente a estas alternativas, el artículo 3.º numeral 2, y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 prevén la situación administrativa del encargo como opción adicional. Esto es, mientras se surte el proceso para proveer empleos de carrera, se confiere a los empleados de carrera el derecho preferente a ser encargados en tales empleos.

12) El 21 de diciembre de 2020, momento de expedición del Decreto 1719, existía personal de la carrera diplomática y consular escalafonado en el rango de Segundo Secretario que estaba cumpliendo funciones en el exterior, pero comisionado por debajo de ese grado (artículo 53 literal a. del Decreto 274 de 2000). Luego, la administración, en virtud del derecho preferencial, hubiera podido comisionar a un Primer Secretario al cargo de Consejero, comisionar a un Segundo al cargo de Primero y, finalmente, nombrar al Segundo Secretario en el cargo que le corresponde.

13) La hoja de vida de Clara Leticia Rojas González, según como aparece en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública, indica que la nombrada no tiene experiencia alguna en el sector de relaciones exteriores y, en particular, no acredita los conocimientos básicos que se exigen a un consejero de relaciones exteriores en el manual de

funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Resolución 1580 de 16 de marzo de 2015, el cual tiene como principal función: *“asesorar al superior inmediato en el diseño, implementación, control y evaluación de los planes y programas de la Misión Diplomática, y en la realización de estudios, investigaciones e informes necesarios para la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de la política exterior del Estado Colombiano”*. No obstante, no se cuenta con los soportes de dicha hoja de vida para poder determinar si los mismos cumplen con los requisitos exigidos por la ley para ocupar el cargo.

14) A 21 de diciembre de 2020, fecha del nombramiento demandado, ya existía una sólida construcción jurisprudencial tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como del Consejo de Estado, como lo demuestra la sentencia relativa al nombramiento provisional de Ana Piedad Jaramillo Restrepo como Ministra Plenipotenciaria en París, el cual fue declarado nulo el 23 de febrero de 2017 por esa alta Corporación, sentando una línea jurisprudencial que ha mantenido hasta la fecha.

III. 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:

- Artículo 125 de la Constitución Política.
- Artículos 3 numeral 3 y 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).
- Artículos 4 numeral 7, 37 a 40, 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000.
- Artículos 3 numeral 3, 137 Ley 1437 de 2011 (CPACA).

En explicación de ese quebranto normativo, planteó con la demanda cuatro motivos de censura en los siguientes términos:

1. Primer cargo: *“infracción de norma superior”*

Argumenta la parte actora que el acto demandado está incurso en las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, por

expedirse con infracción de las normas en que debían fundarse por las siguientes razones:

1) Se vulneró el artículo 125 de la Constitución Política que establece que *“los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. (...)”*, disposición desconocida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, ya que la provisionalidad ignora el sistema de carrera.

2) La provisionalidad no es una condición para ingresar a los cargos de carrera, simplemente se prevé como una figura creada para cubrir en casos muy excepcionales vacantes que no puedan ser provistas por funcionarios de carrera, cuando no hay regulación sobre la materia o cuando no hay concursos de méritos para ingresar al sistema de carrera; pero ese no es el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde está regulada la carrera diplomática y consular y se realizan concursos de méritos, públicos e ininterrumpidos desde hace 30 años. Por lo tanto, existe suficiente personal de carrera disponible para ocupar el cargo demandado y, en caso de que la administración no lo considere así, debería incrementar el número de cupos a proveer anualmente por concurso. Por lo tanto, no es justificada la aplicación de la provisionalidad en la entidad, puesto que va en contravía del principio constitucional de carrera.

2. Segundo cargo: “desconocimiento del principio de especialidad - artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000”

1) El nombramiento demandado se realizó cuando existían no solo varios Consejeros de carrera disponibles para ser nombrados, sino cuando existían funcionarios en categorías inferiores nombrados en cargos por debajo de su categoría, como es el caso de los Primeros Secretarios y Segundos Secretarios, en contra de la jurisprudencia Constitucional que ha señalado que las comisiones por debajo de los funcionarios de carrera diplomática solo deben perdurar *“mientras no exista la disponibilidad del cargo que corresponde a la categoría del escalafón en la que se encuentra el funcionario”* (Sentencia C-808 de 2001).

2) Fueron vulnerados los artículos 4.º numeral 7 y 60 del Decreto Ley 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 Consejeros, que se encontraban disponibles para ser nombrados en el cargo ahora impugnado. Además, existían otros funcionarios de carrera que, en aplicación de las previsiones de los artículos 37 a 40 y 53 del Decreto 274 de 2000, también podían ser nombrados o comisionados en ese cargo.

3) Lo anterior encuentra sustento en la interpretación que del Decreto 274 de 2000 hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que no considera la alternancia consagrada en el artículo 36 de dicho decreto (haciendo referencia tanto a los periodos al interior del territorio, como a los periodos que se sirven en el exterior) como una condición que deba cumplir el servidor público para poder considerarse como disponible para ocupar un cargo.

4) No obstante, aún si el Tribunal evaluara como un requisito ineludible para ser designado en un cargo vacante, haber cumplido con el período de alternancia, también existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de primero, segundo o tercer secretario que lo habían cumplido y tendrían derecho a ser nombrados en comisión en dicho cargo de consejero adscrito a la misión permanente de Colombia ante la UNESCO, sede Paris, República Francesa.

5) El uso de la provisionalidad establecida en el estatuto del servicio exterior y de la carrera diplomática y consular, como medio excepcional para proveer cargos de carrera, está condicionado a que no exista personal de carrera diplomática disponible para ocupar el cargo, como lo ha señalado el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

6) Sí existía personal inscrito en la carrera diplomática y consular que estaba disponible para ocupar el cargo impugnado y, de hecho, existían varias alternativas para proveer dicho cargo con personas pertenecientes a la carrera puesto que estaban disponibles: a) los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios de carrera diplomática y

consular que, a 21 de diciembre de 2020, cumplían el tiempo de alternación en la planta interna para ser comisionados como consejeros para prestar sus servicios en la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, sede Paris, República Francesa, u otras sedes externas de la planta global del Ministerio establecida por el Decreto 3358 de 2009 (artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000); b) Los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios de carrera diplomática y consular que, antes del 21 de diciembre de 2020, se encontraban cumpliendo su alternación en las sedes internas de la planta global del Ministerio y que por necesidades del servicio, podían haber alternado anticipadamente, comisionados como Consejeros, en aplicación a las excepciones al cumplimiento de dichos lapsos (la prevista en el artículo 37 literal b concordante con el inciso segundo del artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000 10 y la prevista en el literal b. del artículo 53 del Decreto 274 de 2000); c) los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios de carrera diplomática y consular que, a 21 de diciembre de 2020, se encontraban comisionados en cargos inferiores a su escalafón, (artículos 12, 53 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000, sentencia C-808 de 2001 de la Corte Constitucional y sentencia de 22 de abril de 2015 proferida por el Consejo de Estado en el proceso 4732-13); d) los funcionarios de carrera diplomática y consular, de superior o inferior categoría en el escalafón a la de consejero, que pudieran haber sido designados para desempeñar comisión para situaciones especiales como Primeros Secretarios adscritos a la misión permanente de Colombia ante la UNESCO, sede Paris, República Francesa, en atención a la facultad establecida en el literal a del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 y que, en virtud de la misma norma, no estaban obligados a cumplir el lapso de alternación correspondiente (literal a. del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000); e) los funcionarios de carrera diplomática y consular que se encontraban cumpliendo su alternación en planta externa y, a 21 de diciembre de 2020, ya llevaban más de 12 meses asignados a su respectiva sede, razón por la cual podían ser designados para ejercer otro cargo en el exterior, según lo permite el parágrafo único del artículo 37 *ibidem*; y f) los funcionarios de carrera diplomática y consular que podían ser encargados como consejeros en virtud de lo previsto por el numeral 2 del artículo 3.º, y los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, aplicable también al régimen

especial de carrera diplomática y consular, y lo previsto en los artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015.

7) La existencia de las alternativas enunciadas demuestra que la administración desconoció la condición impuesta por el Decreto 274 de 2000 y la jurisprudencia para poder hacer un nombramiento en provisionalidad (que no exista personal de Carrera Diplomática disponible para ocupar el cargo) y, por ende, debe anularse el acto acusado.

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

1) El acto acusado se expidió haciendo uso de una facultad no discrecional, por lo que debía ser motivado como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

2) La correcta motivación del acto demandado hubiera exigido que se demostraran los supuestos de hecho que la norma invocada como sustento establece para que proceda su aplicación. Sin embargo, como estos supuestos no se configuraban, el acto se sustentó en el uso de una facultad que no se tenía y, por ende, está incurso en falsa motivación.

3) Quien expidió 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 en el momento de expedir el acto. Como esto no era posible, pues sí existía personal de carrera disponible, el nombramiento provisional de la demandada se torna ilegal, pero además desconoce el principio de publicidad.

4. Cuarto cargo: “falsa motivación del acto administrativo”

1) 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 esa facultad a la imposibilidad de designar en ellos a funcionarios inscritos en esa carrera.

2) 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 en las categorías de Primer Secretario y Segundo Secretario que están comisionados por debajo de esas categorías de la carrera y que podían ser comisionados en la categoría de Consejero.

3) Hay funcionarios que estaban, desde antes del nombramiento en cuestión, en situación de alternación de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Además, el estatuto del servicio exterior y la carrera diplomática y consular prevén comisiones para situaciones especiales para los funcionarios de carrera que se encuentran en Bogotá (planta interna) y, sin estar dentro del lapso de alternación, pueden ocupar cargos en el exterior según las necesidades urgentes del servicio, como sería en el evento de una vacante como lo estaba el cargo demandado, o de una situación de provisionalidad, por ejemplo.

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

IV. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1) Efectuado el respectivo reparto (archivo 07 expediente electrónico), correspondió el conocimiento del asunto a este Despacho, quien por auto de 18 de marzo de 2021 admitió la demanda en única instancia (archivo 09 expediente electrónico).

2) La citada providencia fue notificada en forma personal mediante mensaje dirigido al buzón electrónico a la Ministra de Relaciones Exteriores, a la señora Clara Leticia Rojas González y a la Procuradora Primera Judicial II Administrativa (archivos 10, 15 y 16 expediente electrónico).

3) De igual forma, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 277 del CPACA, a través de la página electrónica de la Rama Judicial, se informó a la comunidad acerca de la existencia de la acción electoral de la referencia¹.

4) Por auto de 3 de diciembre de 2021, se fijó fecha para la realización de la audiencia inicial (archivo 28 expediente electrónico).

5) La audiencia inicial fue realizada el 28 de enero de 2022 (archivos 31 y 32 expediente electrónico), la que tuvo por finalidad proveer sobre el saneamiento del proceso, fijar el litigio y decretar pruebas. Asimismo, se fijó fecha para la realización de la segunda audiencia del proceso, la cual se llevó a cabo el 25 de febrero de ese mismo año (archivos 51 y 52 expediente electrónico) y que tuvo como finalidad el recaudo de las pruebas decretadas. Finalmente, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

1. Contestación de la Demanda

1.1 Ministerio de Relaciones Exteriores

A través de apoderado judicial, mediante escrito allegado el 26 de abril de 2021 (archivo 14 expediente electrónico), la citada entidad contestó la demanda en los términos que se resumen a continuación:

1) El acto demandado fue expedido con el cumplimiento de los requisitos exigidos, cuya motivación fue expresa, esto es, que no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en la categoría de consejero de relaciones exteriores, puesto que según la información remitida por la Dirección de Talento Humano del Ministerio y del registro del escalafón, está probado que no existen funcionarios ejerciendo cargos por debajo de la categoría a la que pertenecen –consejero de relaciones exteriores– de tal manera que, en cumplimiento de sus lapsos de alternación, están prestando

¹ Archivo 11 expediente electrónico y link: "https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-cundinamarca-seccion-primera/home?p_p_auth=ZG6AXtck&p_p_id=101&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=67960280&_101_type=content&_101_urlTitle=2021-00226-nulidad-electoral-admite-dribarra"

sus servicios tanto en exterior como en el país, respectivamente.

2) El cargo de ilegalidad no puede estar sustentado en la indebida interpretación de las normas que rigen la aplicación de la alternación en la carrera diplomática y consular –artículo 39 del Decreto ley 274 de 2000– ni fundamentando en subjetivismos, cuando en este caso, la designación se hizo amparada en la provisionalidad que faculta a la administración –artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000–.

3) Los argumentos del demandante, en donde invoca como normas infringidas disposiciones de contenido general, abstracto, impersonal, no pueden servir para estructurar un cargo de ilegalidad por violación de la Constitución Política y la ley e indicar que hubo una falsa motivación por desconocimiento de los principios de especialidad y de mérito de ingreso a la carrera diplomática, bajo la premisa de que era viable designar a un funcionario por el hecho de estar inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular no solo en la categoría de consejero de relaciones exteriores, sino en las categorías de primer secretario, segundo secretario y tercer Secretario, sin tener en consideración el ascenso en el escalafón, pidiendo que la Administración desconozca sistemáticamente la situación administrativa de cada uno y, en general, el Decreto Ley 274 de 2000, como quiera que, por el contrario, está probado que no se podían designar en este cargo.

4) De las disposiciones que rigen la carrera diplomática y consular –Decreto ley 274 de 2000– así como las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001, es pertinente indicar que el hecho de que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado existían funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, cumpliendo sus lapsos de alternación en la planta interna, no era posible designarlos en este cargo.

5) La circunstancia de que exista un funcionario inscrito en el escalafón en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, por sí mismo, no hace ilegal el nombramiento en provisionalidad demandado, ni conlleva su

anulación, como quiera que la actuación está sometida al bloque de legalidad -artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000-.

6) Cuando se optó por efectuar el nombramiento en provisionalidad en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, debido a las necesidades del servicio e insuficiencia de funcionarios inscritos en el escalafón en esta categoría, fundamentada en la verificación previa por parte de la Dirección de Talento Humano que no era posible designar un funcionario de carrera, la motivación de este acto de nombramiento en provisionalidad estuvo expresa, con el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la provisión en salvaguarda del interés público y la designación está dirigida a atender los requerimientos del servicio de la dependencia en donde fue designada la persona nombrada en provisionalidad, de acuerdo con sus características propias, previa consulta de los planes y programas establecidos y las políticas públicas definidas, las cuales permiten la creación de un perfil como elemento de selección frente al cargo bajo estudio y que condujo a nombrar en provisionalidad a la señora Clara Leticia Rojas González en el cargo demandado.

7) Se nombró en provisionalidad a una persona que no estaba inscrita en el escalafón de la carrera diplomática y consular, en los términos que lo exige el artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000 y en virtud a que no era posible designar a un funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, código 2116, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

8) La existencia, validez y eficacia del acto administrativo, está condicionada al cumplimiento de una serie de exigencias legales y si cumple con esas exigencias, debe ser tenido como legal, como sucede con el acto administrativo en provisionalidad demandado, debido a que se nombró en provisionalidad a una persona que no estaba inscrita en el escalafón de la carrera diplomática y consular, en los términos que lo exige el artículo 60 del Decreto – ley 274 de 2000 y en virtud a que no era posible designar a un funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de cargo de Consejero de Relaciones Exteriores de la planta global

del Ministerio de Relaciones Exteriores.

9) La posición de la jurisdicción de lo contencioso administrativo estableció que si bien la regla general para acceder a los cargos de carrera diplomática y consular se funda en el mérito, la norma reconoce que esos empleos puedan ser ocupados por personas que no pertenezcan a la carrera «cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos» de acuerdo con el artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000.

10) El artículo 60 del Decreto 274 de 2000 faculta a la administración para adoptar la decisión que estime conveniente, es decir, hacer un nombramiento en provisionalidad, en donde se apreciaron las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, para tomar la decisión dentro de esos mismos criterios, sin menoscabar ningún derecho laboral adquirido por parte de los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular, nombramiento en provisionalidad que fue de manera excepcional respetando los lineamientos legales y en virtud del principio de especialidad y de la necesidad del servicio en favor del interés general debido a la insuficiencia de funcionarios de carrera.

11) Cumplió con las exigencias legales para dictar el acto de nombramiento demandado, gozando éste de presunción de legalidad, por lo que no puede ser objeto de anulación por parte de la jurisdicción contenciosa.

12) De la confrontación del decreto de nombramiento en provisionalidad demandado con el sistema jurídico, y de una lectura del contenido y los efectos jurídicos del acto de nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera diplomática y consular, está probado que, el nombramiento cumplió con las exigencias legales para su expedición, por lo tanto, goza de presunción de legalidad, en la medida que los motivos por los cuales se expidió son ciertos, pertinentes y justifican la decisión que el gobierno nacional tomó de acuerdo con las circunstancias de hecho y de derecho necesarios para ese fin con los efectos jurídicos concretos, con lo que cumple con el requisito material para su validez y legalidad.

1.2 Clara Leticia Rojas González

La señora Clara Leticia Rojas González, persona respecto del cual se impugna un acto de nombramiento, a través de apoderado judicial contestó la demanda (archivo 20 expediente electrónico) en los siguientes términos:

1) Los nombramientos en provisionalidad existen como consecuencia de la imposibilidad por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores de cumplir con los preceptos normativos vigentes a la hora de llenar los cargos necesarios para el correcto cumplimiento de sus funciones. La figura del nombramiento en provisionalidad es de origen legal, ha sido revisada su constitucionalidad y debe aplicarse de manera adecuada si es que resulta necesaria para garantizar el bienestar general y el cumplimiento de los servicios propios de la Cancillería. No resulta lógico observar a esta figura como antagónica a la carrera administrativa puesto que su misma existencia está condicionada a que los funcionarios de carrera no puedan, en aplicación de las leyes vigentes, ser nombrados.

2) El acto acusado debe analizarse a partir de una interpretación sistemática del Decreto Ley 274 del 2000. Debe entenderse que los criterios de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional permiten el uso de esta figura para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

3) La debida aplicación de una figura legítima a los ojos de la ley y de la jurisprudencia no genera ningún tipo de nulidad sobre el acto electoral en cuestión. No se entiende cómo el demandante considera que se vulneró una norma superior como el artículo 125 Constitucional cuando hay amplio desarrollo jurisprudencial sobre la figura de la provisionalidad y su relación con la carrera administrativa consagrada en el mencionado artículo.

4) El respeto a los periodos de alternancia es de importancia y constituye uno de los principales retos en el manejo de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores. A diferencia de lo esgrimido por el demandante, la alternancia debe respetarse y su interrupción no puede, bajo ningún motivo

considerarse la regla general al asignar personal a cargos en el extranjero. La aplicación constante y homogénea de los periodos de alternancia es un elemento crucial en el cumplimiento adecuado de la misión y las atribuciones de la cancillería, su interrupción indiscriminada chocaría con todos los criterios creados por la legislación para garantizar la prestación del servicio exterior y los derechos de todos los colombianos.

5) Dentro de las disposiciones excepcionales que pueden interrumpir los periodos de alternancia se encuentra la comisión, figura consagrada en el artículo 53 del Decreto Ley 274 del 2000, sin embargo la interpretación de esta última norma debe hacerse en concordancia con las disposiciones de los artículos 39 y 40.

6) La figura de la comisión especial no constituye un derecho de los funcionarios de carrera diplomática, sino una posibilidad que puede ser discrecionalmente ejercida por la autoridad nominadora, cuando así lo impongan los hechos y la conveniencia lo amerite, por lo que no puede aplicarse de manera generalizada.

7) La comisión especial tiene como base la existencia de situaciones de especial naturaleza que ameriten interrumpir, excepcionalmente, la alternancia de un funcionario de la cancillería. Además, dicho caso debe ser analizado adecuadamente por la Comisión de Personal de Carrera Diplomática y Consular.

8) No tiene ningún sentido interrumpir el periodo de alternancia de un funcionario bajo el supuesto de que permite cumplir de mejor manera los fines del Ministerio de Relaciones Exteriores porque el permitir el uso indiscriminado de la excepción -comisión especial- se propicia su desconocimiento generalizado y, materialmente, se elimina el requisito propendiendo por desconocer la finalidad de la figura misma, esto es, el no perder contacto con el País de origen.

9) No pueden incluirse al análisis del acto demandado aquellos funcionarios que, cumpliendo su periodo de alternancia en el país, pudieran suplir el cargo

bajo la figura de la comisión. Hacerlo implicaría caer en una interpretación errónea de las disposiciones legales y los precedentes jurisprudenciales que han permitido el funcionamiento adecuado del Ministerio de Relaciones Exteriores.

10) El acto de nombramiento acusado expone de forma clara que: “(...) de acuerdo con la certificación I-GCDA-20-014068 del 11 de diciembre de 2020, expedida por el Director de Talento Humano, revisado el escalafón de Carrera Diplomática y Consular y teniendo en cuenta los artículos a) y b) del artículo 37, y el artículo 53 del Decreto Ley 274 del 2000, se constata que para la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, no existen funcionarios de la planta global de la Carrera Diplomática y Consular que, a la fecha, estén ubicados en cargos por debajo de esa categoría.”. La certificación expedida por el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores es prueba de que se cumplían los requisitos establecidos por el artículo 60 de la ley referida para que el nombramiento demandado fuese expedido legalmente.

11) La motivación del acto hizo referencia al cumplimiento del requisito establecido por el artículo 60 puesto que con esto cumplía con los requisitos establecidos por la ley para ejercer la potestad que esta misma le otorgó. La decisión de nombrar a la señora Clara Rojas sí caía dentro de sus facultades discrecionales, como lo ha mencionado la Corte Constitucional.

12) No puede hablarse de falsa motivación del acto demandado alegando un incumplimiento del requisito establecido por el artículo 60 del Decreto Ley 274 del 2000 sin hacer siquiera un intento de controvertir con la certificación I-GCDA-20-014068 de 11 de diciembre de 2020. El Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que, después de un análisis de su planta interna, no había funcionarios que, aplicando la ley vigente en la materia, pudieran haber sido designados.

13) Contrario a lo que pretende el demandante con su demanda, la falta de disponibilidad de funcionarios escalafonados en la misma o superior categoría no constituye un derecho de los funcionarios de inferior categoría

de ascender en la carrera diplomática ya que, ese derecho, solo se adquiere en los términos de los artículos 26 y 27 del Decreto Ley 274 de 2000.

14) Cualquier excepción a dichas reglas, incluidas las excepciones a la alternación y la propia comisión especial, son escenarios excepcionalísimos, que deben ser evaluados en cada caso en concreto, y que por ningún motivo constituyen regla general ni derecho para funcionario alguno.

15) En ese orden se tiene que: i) para verificar la disponibilidad de personal de carrera diplomática a la hora de efectuar un nombramiento debe comprobarse en el escalafón de carrera diplomática y consular, teniendo en cuenta los literales a) y b) del artículo 37, y el artículo 53 del Decreto Ley 274 del 2000, que para la categoría que corresponda, no existan funcionarios de la planta global de la Carrera Diplomática y Consular que, para el momento, estén disponibles o ubicados en cargos por debajo de esa categoría; ii) la institución de la alternancia entre la sede interna y externa persigue una finalidad que no es otra que la de buscar *“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”*; iii) las excepciones al régimen de alternancia no constituyen la regla general ya que terminarían por desdibujar la institución; iv) el ascenso en la carrera diplomática presupone, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley 274 de 2000, el cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicio -artículo 27 de la misma norma- y aprobar el examen de idoneidad, entre otros trámites formales; v) la comisión especial de que trata el artículo 53 del Decreto Ley 274 del 2000 es excepcionalísima y constituye una potestad discrecional del nominador, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de Carrera Diplomática y Consular, atendiendo a la conveniencia y las circunstancias concretas de cada caso; vi) la figura del encargo es ajena a la carrera diplomática; y vii) para nombrar a alguien en provisionalidad deben cumplirse los requisitos del artículo 61 del Decreto Ley 274 del 2000.

2. Trámite de la audiencia inicial

En cumplimiento de lo consagrado en el artículo 283 del CPACA, el 28 de enero de 2022 (archivos 31 y 32 expediente electrónico) se llevó a cabo la audiencia inicial la cual tuvo como finalidad proveer sobre el saneamiento del proceso, fijar el litigio y decretar las pruebas.

3. Trámite de la segunda audiencia

El 25 de febrero de 2022 (archivos 51 y 52 expediente electrónico) se realizó la segunda audiencia (pruebas) de que trata el artículo 285 del CPACA, con el objeto de recaudar las pruebas pedidas por las partes y las decretadas de oficio según lo prevé la misma norma, las cuales son de orden documental y se encuentran legalmente incorporadas al expediente.

V. 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 del CPACA 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 hicieron uso en forma oportuna, la apoderada de la señora Clara Leticia Rojas Gonzáles y del Ministerio de Relaciones Exteriores (archivos 55 y 57 expediente electrónico) en cuyos escritos reiteraron, respectivamente, lo expuesto en las contestaciones de la demanda.

1) La apoderada de la señora Clara Leticia Rojas González en los alegatos de conclusión (archivo 55 expediente electrónico) adujo además lo siguiente:

a) No existe una sola prueba al interior de este expediente que soporte los hechos y las pretensiones en los que el actor fundamenta su demanda.

b) Por el contrario, la Certificación I-GCDA-20-014068 de 11 de diciembre de 2020 de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, que fue aportada como anexo de la demanda, evidencia que no

existía personal de carrera disponible para el momento de la expedición del Decreto 1719 del 21 de diciembre de 2020.

c) El memorando de 17 de febrero de 2022 suscrito por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, y allegado al expediente tras la prueba de oficio decretada por el Sr. Magistrado Ponente en la audiencia inicial, ratifica que lo dicho en la Certificación I-GCDA-20-014068 de 11 de diciembre de 2020 se mantiene incólume.

d) Aun cuando el demandante puso en entredicho la designación de la demandada por supuestamente existir personal de carrera disponible para ocupar su cargo, lo cierto es que no logró demostrarlo correspondiéndole a él la carga probatoria suficiente que trajese como consecuencia el levantamiento de la presunción de legalidad del acto electoral acusado.

e) Esa línea ha sido ya reconocida por la Sección Primera de este Tribunal en la sentencia de 28 de octubre de 2021, Expediente No. 25002341000202100280-00.

2) Por su parte el Ministerio de Relaciones Exteriores en las alegaciones finales (archivo 57 expediente electrónico) expuso lo siguiente:

a) Se solicita desestimar la pretensión de nulidad del acto acusado y en su lugar declarar que se encuentra ajustado a derecho, puesto que, está probado con la certificación IGCD-20-014068 de 11 de diciembre de 2020 de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, la legalidad del acto administrativo de nombramiento en provisionalidad, debido a que una vez se verificó que no era posible designar en el cargo a un funcionario inscrito en el escalafón en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, que la persona nombrada en provisionalidad cumplía con los requisitos para ocupar el cargo en provisionalidad, así como la facultad legal y la competencia para dictarlo y las necesidades del servicio, fue que se sometió íntegramente a la Constitución Política y a las normas que rigen la carrera diplomática y consular –Decreto ley 274 de 2000-.

b) No existe en el expediente prueba que demuestre que en la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores existía un funcionario inscrito en el escalafón en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores de la Carrera Diplomática y Consular que pudiera ser designado en el cargo ocupado en provisionalidad por la señora Clara Leticia Rojas González.

c) El demandante incumplió con la carga legal de probar los hechos con relación a la existencia de funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular disponibles para ser designados como Consejeros de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con el precedente de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Sección Quinta del Consejo de Estado, respectivamente, sobre la carga de la prueba en los procesos de contenido electoral.

d) El demandante no probó la ilegalidad del acto administrativo demandando de acuerdo con los cargos de anulación propuestos de forma subjetiva en la demanda, de modo que, el acto acusado no es contrario a las normas constitucionales y legales que lo sustentaron, toda vez que, para la expedición la entidad pública aplicó el artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000, de cuya presunción de legalidad se observa que fue expedido con todos los elementos necesarios desde el ámbito material y formal, con sujeción a los requisitos, trámites, oportunidad y demás aspectos sustantivos y adjetivos establecidos para su expedición, pues, no era posible designar a un funcionario de carrera diplomática y consular de la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, para desempeñar el cargo en la Misión Permanente de Colombia ante la Unesco, con sede en Paris, República Francesa.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La agente del Ministerio Público emitió concepto (archivo 56 expediente electrónico) en los siguientes términos:

1) La naturaleza jurídica del cargo de Consejero de Relaciones Exteriores,

código 1012, grado 11, en el cual fue designada la demandada, está clasificado como un cargo de carrera diplomática y consular, pues de acuerdo con la definición consagrada en el artículo 5 del Decreto Ley 274 de 2000, pertenecen a estos cargos los de categoría igual o superior a la de Tercer Secretario, salvo los de libre nombramiento y remoción y los de apoyo en el exterior.

2) El artículo 10 literal b del Decreto Ley 274 de 2000 establece que el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores cargo 1012, grado 11 es un cargo superior al de Tercer Secretario, por lo que el cargo en el que fue designada la demandada es de carrera.

3) Dicho cargo debe proveerse con funcionarios pertenecientes a dicha carrera, no obstante, de manera excepcional, en virtud del principio de especialidad pueden designarse a personas que no perteneces 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" de conformidad con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

4) El nombramiento en provisionalidad se encuentra autorizado en virtud del principio de especialidad, siempre y cuando se encuentre acreditado que no existen funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles para ser designados en la vacante a proveer.

5) De acuerdo con lo expuesto por el Ministerio de Relaciones Exteriores la señora Clara Leticia Rojas Gonzáles no se encuentra inscrita en la carrera diplomática y consular.

6) En el expediente obra respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores de la cual se puede inferir que para la fecha en que fue designada la demandada, es decir, el 21 de diciembre de 2020, en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la Unesco, con sede en París, República Francesa, no existían funcionarios de la planta global del Ministerio de Relaciones

Exteriores que a la fecha del nombramiento estuviesen ubicados en cargos por debajo de la categoría de Consejero y, revisado el registro de lapsos de alternación para el segundo semestre de año 2020, para esta misma categoría, se constató que todos los funcionarios en dicha categoría les fue comunicado acto administrativo de alternación para el segundo semestre del año 2020 de acuerdo a lo establecido en los artículos 36, 37 y 39 del Decreto Ley 274 de 2000, razón por la cual no existía personal que tuviese derecho para optar por el cargo en el que fue nombrado la demandada.

7) Si bien en los hechos de la demanda se afirma que más de 196 funcionarios de carrera tenían derecho a ser nombrados en el cargo de consejero, lo cierto es que el demandante incumplió con la carga de probar el supuesto de hecho en que fundamenta su petición, conforme lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso y, dentro del expediente, no obra prueba de su manifestación y por el contrario obra certificación en la que se acredita por parte del Director de Talento Humano del Ministerio que no existían funcionarios de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores que a la fecha del nombramiento de la demandada estuviesen ubicados en cargos por debajo de la categoría de Consejero y, revisado el registro de lapsos de alternación para esa misma categoría, se constató que todos los funcionarios en esa categoría les fue comunicado acto administrativo de alternación para el segundo semestre del año 2020 de acuerdo a lo establecido en los artículos 36, 37 y 39 del Decreto Ley 274 de 2000.

8) En cuanto a la opción prevista en el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, relacionada con la comisión de situaciones especiales, esta solo se puede dar para: a) 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 pertenecen dentro del escalafón de carrera; b) para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la carrera a la cual pertenecieren, sin cumplir con la frecuencia del lapso de alternación dentro del territorio de la República de Colombia a la que se refiere el artículo 37 literal b) en concordancia con el artículo 40 *Ibidem*, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera; c) para desempeñar cargos en organismos internacionales; d)

para atender llamados a consultas si se trata de Jefes de Misión Diplomática; e) para desempeñar funciones en calidad de encargado de negocios o de funciones de una oficina consular; y f) para facilitar el desplazamiento, con el fin de presentar los exámenes de idoneidad establecidas en el artículo 29 del Decreto Ley 274 de 2000.

9) La citada facultad es de naturaleza discrecional toda vez que exige el concepto previo y favorable de la comisión de personal de la carrera diplomática y consular para desempeñar en el exterior un cargo dentro de la categoría del escalafón de carrera diplomática y consular a la cual pertenece el funcionario, sin cumplir con el lapso de alternación al que hace referencia el artículo 37 literal b) del Decreto Ley 274 de 2000.

10) Los nombramientos por comisión solo están previstos para casos especiales como lo señala la norma y son potestativos del nominador, claro está, siempre que se cumplan los requisitos que prevén las normas y el concepto previo y favorable de la Comisión de Personal del Ministerio, razón por la cual este evento no puede ser considerado como una obligación de la entidad.

11) No existían funcionarios de carrera que podían ser nombrados en lugar de la señora Clara Leticia Rojas Gonzáles, motivo por el cual el nombramiento como Consejera de la mencionada profesional del derecho en ningún momento ha desconocido la exigencia del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 para realizar nombramientos en provisionalidad y, según el cual, hay lugar a nombrar a alguien que no sea de carrera cuando *“no sea posible designar funcionarios de carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos”*, circunstancia que se encuentra acreditada en el presente caso.

12) Los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del cargo se encuentran acreditados por parte de la demandada Clara Leticia Rojas González, como obra en la hoja de vida allegada y en la certificación expedida por el Ministerio en la que se certifica el cumplimiento de los mismos.

13) Por lo anotado, se solicitó denegar las pretensiones de la demanda puesto que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del Decreto 1719 de 21 de diciembre de 2020, mediante el cual fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, la señora Clara Leticia Rojas Gonzáles de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrita a la misión permanente de Colombia ante la Unesco con sede en París, República Francesa.

14) En cuanto a la falsa motivación, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que esta *“es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por las administración al tomar la decisión sean contrarias a la realidad.”* Sin embargo, en este caso no se demostró al interior del proceso los argumentos expuestos por la parte actora por lo que este cargo no está llamado a prosperar, más aún cuando no se probó el desconocimiento a que hace alusión del demandante por parte de la autoridad demandada al expedir el acto acusado.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resolverá el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia, 2) excepciones propuestas, 3) marco jurídico del régimen de carrera diplomática y consular establecido en el Decreto ley 274 de 2000, 4) análisis de los cargos de nulidad y 5) otros aspectos.

1. Objeto de la controversia

El objeto de la controversia está dirigido a que se declare la nulidad del Decreto 1719 de 21 de diciembre de 2020, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del cual se nombró provisionalmente a la señora Clara Leticia Rojas González en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de

Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, con sede en Paris, República Francesa.

Para el efecto, la parte demandante adujo como cargos o cuestionamientos de ilegalidad los siguientes: a) *“infracción de norma superior”*; b) *“desconocimiento del principio de especialidad - artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000”*; c) *“desconocimiento del principio de publicidad, artículo 3 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011”*; y d) *“falsa motivación del acto administrativo”*.

Por lo tanto, el contenido de la controversia consiste, en términos generales, en determinar lo siguiente:

a) Si el acto acusado vulneró el artículo 125 de la Constitución Política ya que según la parte actora existe suficiente personal de carrera disponible para ocupar el cargo demandado y, en caso de que la administración no lo considere así, debería incrementar el número de cupos a proveer anualmente por concurso. Por lo tanto, no es justificada la aplicación de la provisionalidad en la entidad, puesto que va en contravía del principio constitucional de carrera.

b) Si se desconoció el principio de especialidad ya que según la parte actora 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 Consejeros, que se encontraban disponibles para ser nombrados en el cargo ahora impugnado, además existían otros funcionarios de carrera que en aplicación de las previsiones de los artículos 37 a 40 y 53 del Decreto 274 de 2000 también podían ser nombrados o comisionados en ese cargo.

c) Si se desconoció del principio de publicidad consagrado en artículo 3 numeral 3 del CPACA, ya que, según la parte demandante, el acto acusado se expidió haciendo uso de una facultad no discrecional por lo que debía ser motivado como lo ha sostenido el Consejo de Estado, resaltando que la correcta motivación del acto demandado hubiera exigido que se

demonstraran los supuestos de hecho que la norma invocada como sustento establece para que proceda su aplicación. Sin embargo, como estos supuestos claramente no se configuraban, el acto se sustentó en el uso de una facultad que no se tenía y, por ende, está incurso en falsa motivación, sumado al hecho de que quien expidió 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 en el momento de expedir el acto. Como esto no era posible, pues sí existía personal de carrera disponible, el nombramiento provisional de la demandada se torna ilegal pues además desconoce el principio de publicidad.

d) Si existe falsa motivación del acto demandado en tanto que según la parte actora éste se motivó 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 esa norma condiciona esa facultad a la imposibilidad de designar en ellos a funcionarios inscritos en esa carrera por lo que 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 en las categorías de Primer Secretario y Segundo Secretario que están comisionados por debajo de esas categorías de la carrera y que podían ser comisionados en la categoría de Consejero. Además hay funcionarios que estaban desde antes del nombramiento en cuestión, en situación de alternación, de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, resaltando que el estatuto del servicio exterior y la carrera diplomática y consular, prevé comisiones para situaciones especiales para los funcionarios de carrera que se encuentran en Bogotá (planta interna) y sin estar dentro del lapso de alternación, pueden ocupar cargos en el exterior según las necesidades urgentes del servicio, como sería en el evento de una vacante como lo estaba el cargo demandado, o de una situación de provisionalidad, por ejemplo.

d) Si la señora Clara Leticia Rojas Gonzales tiene o no experiencia en el sector de relaciones exteriores y, en particular, si acredita o no los

conocimientos básicos que se exigen a un Consejero de relaciones exteriores en el manual de funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2. Excepciones propuestas

Como se puso de presente en el desarrollo de la audiencia inicial (archivos 31 y 32 expediente electrónico), por auto de 27 de septiembre de 2021, se decidió no reponer el auto de 27 de julio de 2021 que declaró no probada la excepción previa denominada “*inepta demanda por indebida escogencia de la acción*”, invocada por la parte demandada Clara Leticia Rojas González (archivos 22 y 26 expediente electrónico).

3. Marco jurídico del régimen de carrera diplomática y consular establecido en el Decreto ley 274 de 2000

Para resolver la cuestión planteada la Sala abordará el estudio de lo siguiente: a) principios y estructura del régimen de carrera diplomática y consular establecido en el Decreto ley 274 de 2000 para los Consejeros de Relaciones Exteriores, b) la procedencia de la provisionalidad de forma excepcional y c) el alcance de la alternación como exigencia legal y la disponibilidad de los funcionarios de la carrera diplomática y consular.

3.1 Principios y estructura del régimen de carrera diplomática y consular establecido en el Decreto Ley 274 de 2000 para los Consejeros de Relaciones Exteriores

1) La Constitución Política, en el artículo 125, preceptúa 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.

2) Con fundamento en la citada disposición constitucional, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral sexto del artículo 1 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 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.

3) Concretamente, para la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, el artículo 10 del Decreto 274 de 2000 determina que hace parte del escalafón de la carrera diplomática y consular, equivalente a un Cónsul General en el servicio consular (artículo 11) y en la planta interna a Consejero (artículo 12).

4) Según el artículo 13 *ibidem*, 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).

5) Además, 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.

3.2 La procedencia excepcional de nombramientos en provisionalidad

1) 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 (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” (se destaca).

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.

2) Ahora bien, como se indicó previamente, su carácter es excepcional y, en esa medida, 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 en cuestión, solo así se podrá determinar que en efecto la única alternativa es acudir a nombramientos provisionales de personas externas a la carrera.

3) La Sala debe precisar que la Corte Constitucional, 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 nominaciones². (resalta 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.

Lo anterior en la medida en que el régimen de carrera diplomática y consular tiene definidos una serie de requisitos y presupuestos para poder ingresar y acceder a los categorías correspondientes, en este caso, a la de primer secretario de relaciones exteriores.

4) 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.

5) Adicionalmente, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos en propiedad requieren que dentro de su sistema de carrera diplomática y consular los funcionarios cumplan con la exigencia de

² Sentencia C-292 de 2001.

alternación como lo dispone el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000, por lo que lo cierto es 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.

6) En consecuencia, como bien 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.”³.

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 Consejero de Relaciones Exteriores, al ser el nombramiento impugnado en este caso.

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

1) El requisito de alternación en el servicio está previsto en los artículos 35 a 40 del Decreto-Ley 274 de 2000 y, particularmente, se ha dispuesto lo siguiente:

“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.*

³ 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 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.

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).

Como se observa, la alternación como exigencia especial 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 de la posesión del funcionario en el cargo o asume sus funciones en el exterior.

2) Asimismo, el legislador 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.

3) Esta exigencia de la alternación fue analizada por la Corte Constitucional cuando declaró exequible el artículo 35 mediante la sentencia C-808-2001⁴ 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*”⁵.

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***”⁶ (se destaca).

⁴Corte Constitucional, sentencia C-808 de 2001 MP Manuel José Cepeda Espinosa, 1 de agosto de 2001.

⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, expediente 2013-0227-01, CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁶ 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-

Por lo tanto, de conformidad con este criterio jurisprudencial reiterado, 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.

4) No obstante lo anterior, en sentencia reciente del Consejo de Estado⁷ se 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.” (se resalta).

Además, se precisó 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**

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.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de noviembre de 2015, CP Alberto Yepes Barreiro, expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01.

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.”⁸ (negrillas adicionales).

La anterior posición fue reiterada por el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento⁹ en donde se expuso lo siguiente:

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

(...)

En contera, contrario a los argumentos de defensa expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, está probado que al menos seis (6) de sus funcionarios, los antes mencionados, estaban inscritos en Carrera Diplomática y Consular, en el rango de Ministros Plenipotenciarios y, si bien estaban en periodo de alternación, los mismos ya habían superado el término de doce meses que exige el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 para poder “ser designados en otro cargo en el exterior”.

Todo lo dicho lleva a esta Sala a concluir que sí existían funcionarios de carrera que podían ser nombrados en el lugar de la doctora CRISTINA PASTRANA ARANGO, situación que desconoce la exigencia del artículo 60 del Decreto Ley 274, para realizar nombramientos en provisionalidad, según la cual, hay lugar a nombrar a alguien que no sea de carrera, cuando “...no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos...”.

5) En otros términos, 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, como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014¹⁰. De no cumplirse este presupuesto, entonces deberá, en segundo lugar, acudir a quienes se

⁸ Ibidem.

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de octubre de 2017, CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez expediente 25000-23-41-000-2017-00041-01.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014, expediente 2013-

encuentren prestando el 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 2017¹¹. Ahora, si ninguno de estos dos presupuestos se consolida, es decir, 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.

6) Así las cosas, ambos postulados normativos contenidos tanto en el artículo 37 como en el párrafo 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.

7) Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el párrafo del artículo 37 precitado 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, se concluye que 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.

0227-01, CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 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, CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 25000-23-41-000-2017-00041-01.

8) En suma, para que proceda un nombramiento provisional, se debe tener en cuenta lo siguiente: a) que no existan funcionarios de carrera diplomática y consular (artículo 60); b) que si existen, no 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 que acoge ahora esta Sala de Decisión, a partir de los recientes pronunciamientos judiciales de la Sección Quinta del Consejo de Estado antes comentados.

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 Clara Leticia Rojas González en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, con sede en Paris, República Francesa.

4. Análisis de los cargos de nulidad

4.1 y 4.2 Primer y segundo cargo de nulidad: *“infracción de norma superior” y “desconocimiento del principio de especialidad – artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000”*

En razón de que los cargos primero y segundo de nulidad denominados *“Infracción de norma superior”* y *“desconocimiento del principio de especialidad – artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000”* formulados por la parte actora tienen una similar base fáctica y conceptual, la Sala procede a resolverlos de manera conjunta.

En los citados cargos de nulidad la parte actora explicitó lo siguiente:

- 1) Se vulneró el artículo 125 de la Constitución Política ya que la provisionalidad ignora el sistema de carrera.
- 2) Existe suficiente personal de carrera disponible para ocupar el cargo demandado y, en caso de que la administración no lo considere así, debería

incrementar el número de cupos a proveer anualmente por concurso. Por lo tanto, no es justificada la aplicación de la provisionalidad en la entidad, puesto que va en contravía del principio constitucional de carrera.

3) 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 Consejeros, que se encontraban disponibles para ser nombrados en el cargo ahora impugnado, además existían otros funcionarios de carrera que en aplicación de las previsiones de los artículos 37 a 40 y 53 del Decreto 274 de 2000 también podían ser nombrados o comisionados en ese cargo.

4) Lo anterior encuentra sustento en la interpretación que del Decreto 274 de 2000 hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que no considera la alternancia consagrada en el artículo 36 de dicho decreto (haciendo referencia tanto a los periodos al interior del territorio como a los periodos que se sirven en el exterior) como una condición que deba cumplir el servidor público para poder considerarse como disponible para ocupar un cargo.

5) No obstante, aún si el Tribunal evaluara como un requisito ineludible para ser designado en un cargo vacante, haber cumplido con el período de alternancia, también existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de primero, segundo o tercer secretario que lo habían cumplido y tendrían derecho a ser nombrados en comisión en dicho cargo de Consejero adscrito a la misión permanente de Colombia ante la UNESCO, sede Paris, República Francesa.

6) Sí existía personal inscrito en la carrera diplomática y consular que estaba disponible para ocupar el cargo impugnado y existían varias alternativas para proveer dicho cargo con personas pertenecientes a la carrera puesto que estaban disponibles como: a) los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios de carrera diplomática y consular que, a 21 de diciembre de 2020, cumplían el tiempo de alternación en la planta interna para ser comisionados como Consejeros para prestar sus servicios en la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, sede Paris,

República Francesa, u otras sedes externas de la planta global del Ministerio establecida por el Decreto 3358 de 2009 (artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000); b) los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios de carrera diplomática y consular que, antes del 21 de diciembre de 2020, se encontraban cumpliendo su alternación en las sedes internas de la planta global del Ministerio y que, por necesidades del servicio, podían haber alternado anticipadamente, comisionados como Consejeros, en aplicación a las excepciones al cumplimiento de dichos lapsos (la prevista en el artículo 37 literal b concordante con el inciso segundo del artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000 10 y la prevista en el literal b. del artículo 53 del Decreto 274 de 2000); c) los Primeros Secretarios, Segundos Secretarios y Terceros Secretarios de carrera diplomática y consular que, a 21 de diciembre de 2020, se encontraban comisionados en cargos inferiores a su escalafón, (artículos 12, 53 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000, sentencia C-808 de 2001 de la Corte Constitucional y sentencia de 22 de abril de 2015 proferida por el Consejo de Estado en el proceso 4732-13); d) los funcionarios de carrera diplomática y consular, de superior o inferior categoría en el escalafón a la de Consejero, que pudieran haber sido designados para desempeñar comisión para situaciones especiales como Primeros Secretarios adscritos a la misión permanente de Colombia ante la UNESCO, sede Paris, República Francesa, en atención a la facultad establecida en el literal a del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 y que, en virtud de la misma norma, no estaban obligados a cumplir el lapso de alternación correspondiente (literal a. del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000); e) los funcionarios de carrera diplomática y consular que se encontraban cumpliendo su alternación en planta externa y, a 21 de diciembre de 2020, ya llevaban más de 12 meses asignados a su respectiva sede, razón por la cual podían ser designados para ejercer otro cargo en el exterior, según lo permite el parágrafo único del artículo 37 *ibidem*; y f) los funcionarios de carrera diplomática y consular que podían ser encargados como Consejeros en virtud de lo previsto por el numeral 2 del artículo 3, y los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, aplicable también al régimen especial de carrera diplomática y consular, y lo previsto en los artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015.

7) La existencia de las alternativas enunciadas demuestra que la administración desconoció la condición impuesta por el Decreto 274 de 2000 y la jurisprudencia para poder hacer un nombramiento en provisionalidad (que no exista personal de Carrera Diplomática disponible para ocupar el cargo) y, por ende, considera el demandante, debe anularse el acto acusado.

Para la Sala, los citados cargos de nulidad no están llamado a prosperar las siguientes razones:

1) Es relevante resaltar en que en el expediente se encuentran acreditados, entre otros, los siguientes hechos:

a) El 21 de diciembre de 2020 fue expedido el Decreto 1719 por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del cual se nombró provisionalmente a la señora Clara Leticia Rojas González en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, con sede en Paris, República Francesa (archivo 01 expediente electrónico).

b) En el archivo 14 del expediente electrónico obra copia de la hoja de vida de la demandada Clara Leticia Rojas González.

c) En los archivos 46 y 54 del expediente electrónico obran los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto administrativo demandado.

d) El Ministerio de Relaciones Exteriores allegó la certificación I-GCDA-20-014068 de 11 de diciembre de 2020 emitida por el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores en donde se puso de presente lo siguiente:

“I-GCDA-20-014068

***EL DIRECTOR DE TALENTO HUMANO DEL MINISTERIO DE
RELACIONES EXTERIORES***

CERTIFICA:

Que revisado el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, y teniendo en cuenta los artículos 10, 13, 26 y 53 del Decreto-Ley 274 de 2000, se constata que para la categoría de Consejero no existen funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, que a la fecha estén ubicados en cargos por debajo de esa categoría.

Que revisado el registro de los lapsos de alternación para el segundo semestre del año en curso, para la categoría de Consejero, se constató que a todos los funcionarios en dicha categoría les fue comunicado el acto administrativo de alternación para el segundo semestre del año, de acuerdo con lo establecido en los artículos 36, 37 y 39 del Decreto-Ley 274 de 2000.

La presente certificación se expide el once (11) de diciembre de 2020.” (fl. 62 archivo 14, fls. 7 y 13 archivo 476 y fls. 7 y 11 archivo 54 expediente electrónico).

De la citada certificación se tiene lo siguiente:

- i) Para el 11 de diciembre de 2020 –fecha anterior a la expedición del acto acusado el cual fue emitido el 21 de diciembre de 2020– una vez revisado el escalafón de carrera diplomática y consular, se constató que, para la categoría de Consejero, no existían funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, que a esa fecha estuviesen ubicados en cargos por debajo de esa categoría.
- ii) Revisado el registro de los lapsos de alternación para el segundo semestre del año 2020, para la categoría de Consejero, se constató que a todos los funcionarios en dicha categoría les fue comunicado el acto administrativo de alternación para el segundo semestre de ese año.
- e) Asimismo, cabe manifestar que en la audiencia inicial llevada a cabo el 28 de enero de 2022, se decretó como prueba de oficio, entre otras, que se oficie a la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores para que remita con destino al expediente de la referencia lo siguiente: “(...) b) constancia o certificación si para el momento en que se expidió el acto acusado distinguido con el número 1719, esto es, el 21 de diciembre de 2020 existían o no funcionarios de carrera inscritos en el

escalafón de consejero de relaciones exteriores que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón y cumpliendo los periodos de alternación o con este requisito ya cumplido que pudiera ser designado en el cargo de consejero de relaciones exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la UNESCO, con sede en Paris, República Francesa, en caso de una respuesta afirmativa deberá identificarse a esos funcionarios aportándose además los respectivos actos de nombramiento y posesión para la fecha en que se expió el acto acusado, (...)" (fl. 15 archivo 32 expediente electrónico). Frente a esa precisa prueba, la directora de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó lo siguiente: **“Respuesta: En relación con el presente requerimiento, de manera atenta adjunto la certificación I-GCDA-20-014068 del 11 de diciembre de 2020, que obra en la historia laboral de la señora Clara Leticia Rojas González”**. Es decir, como respuesta a la prueba decretada de oficio, se adjuntó la certificación mencionada en el numeral anterior (fl- 6 archivo 46 y, fl. 4 archivo 54 expediente electrónico).

2) De conformidad con estas pruebas documentales se observa que, para el momento de la expedición del acto demandado, esto es, el 21 de diciembre de 2020, de acuerdo con la certificación emitida por el Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, no existían funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores que a esa fecha estuviesen ubicados en cargos por debajo de esa categoría e, igualmente, que revisado el registro de los lapsos de alternación para el segundo semestre del año 2020, para la categoría de Consejero, se constató que a todos los funcionarios en dicha categoría les fue comunicado el acto administrativo de alternación para el segundo semestre de ese año.

3) Como se expuso al analizar el marco jurídico de la carrera diplomática y consular, para que proceda un nombramiento provisional, se debe tener en cuenta lo siguiente: a) que no existan funcionarios de carrera diplomática y consular (artículo 60); b) que si existen no 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).

4) En consonancia con lo expuesto por el Ministerio Público, en este caso concreto, con las pruebas obrantes en el proceso, se observa que el acto administrativo demandado se ajusta al ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

a) Si bien existían funcionarios inscritos en el respectivo escalafón de la carrera diplomática y consular en la categoría de Consejeros de Relaciones Exteriores, lo cierto es que estos no estaban en disponibilidad de ocupar el cargo vacante, ya que se constató que no ocupaban cargos de menor jerarquía en el escalafón y, además, no habían culminado su periodo de alternación puesto que, como se mencionó en la citada certificación, revisado el registro de los lapsos de alternación para el segundo semestre del año 2020, para la categoría de Consejero, se constató que a todos los funcionarios en dicha categoría les fue comunicado el acto administrativo de alternación para el segundo semestre de ese año.

b) Tampoco se acreditó en este proceso que esos funcionarios inscritos en el escalafón como consejeros de relaciones exteriores se encontraran prestando el servicio en el exterior y, mucho menos, que hubieren superado los doce (12) meses en la respectiva sede para ser designados excepcionalmente.

c) Si bien en los hechos de la demanda el actor afirmó que existían 196 funcionarios de carrera que tenían derecho a ser nombrados en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, lo cierto es que el demandante incumplió con la carga de la prueba para acreditar esos supuestos hechos en este proceso como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual preceptúa lo siguiente: *“ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)”*

Asimismo, cabe manifestar que respecto de la carga de la prueba el Consejo de Estado precisó que *“Debe recordarse que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...).”*¹²

d) Asimismo, cabe anotar que en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 25 de febrero de 2022 (archivo 52 expediente electrónica), ante la falta de respuesta de la parte actora, se tuvo por desistida una prueba, hecho que evidencia aún más que la parte demandante incumplió con la carga de la prueba para acreditar los supuestos de hecho que alega en este proceso.

5) Asimismo, cabe mencionar que en este caso concreto no era necesario ni obligatorio acudir a la figura jurídica del encargo para suplir la vacante como lo alega la parte actora, ya que, como lo expuso la jurisprudencia del Consejo de Estado, 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, como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014¹³. 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, considerando los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado de fecha 12 de noviembre de 2015 y 19 de octubre de 2017¹⁴; presupuestos que en este caso concreto no se encuentran acreditados como se analizó, por lo que el acto acusado que nombró en provisionalidad se ajusta a derecho.

6) En el presente caso, el demandante también argumentó que la entidad

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, Providencia de 13 de mayo de 2021, expediente 11001-03-15-000-2021-01444-00(AC), Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹³ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014, expediente 2013-0227-01, CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 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, CP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 25000-23-41-000-2017-

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.

Frente a este aspecto se precisa lo siguiente:

a) 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.

b) Dentro de la comisión se prevén 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 privadas¹⁵.

c) 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 pertenezca 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

00041-01.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 12 de agosto de 2010, Exp. 0280-08. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

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 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).

d) 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.

e) 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, la Sala advierte 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; y 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 al 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.

f) 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 parágrafo 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 parágrafo dispone la excepción para el *exterior*. Esto es, si el funcionario se encuentra fuera del país, puede 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.

g) En consecuencia, este reproche de nulidad tampoco tiene vocación de prosperidad, dado que no 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.

7) Por lo anotado, los cargos de nulidad elevados por la parte actora denominados "*infracción de norma superior*" y "*desconocimiento del principio de especialidad – artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000*" no tienen vocación de prosperidad.

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

1) El acto acusado se expidió haciendo uso de una facultad no discrecional, por lo que debía ser motivado como lo ha sostenido el Consejo de Estado. La correcta motivación del acto demandado hubiera exigido que se demostraran los supuestos de hecho que la norma invocada como sustento establece para que proceda su aplicación. Sin embargo, como estos supuestos claramente no se configuraban, el acto se sustentó en el uso de una facultad que no se tenía y, por ende, está incurso en falsa motivación.

2) Quien expidió 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 en el momento de expedir el acto. Como esto no era posible pues sí existía personal de carrera disponible, el nombramiento provisional de la demandada se torna ilegal, pues, además, desconoce el principio de publicidad.

Respecto de este motivo de ilegalidad debe precisarse lo siguiente:

1) En primer lugar, debe manifestarse que el numeral 3 del artículo 3 del CPACA 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.

2) 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 del CPACA, 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. (negritas 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.

3) En este caso concreto, el acto demandado fue publicado en el Diario Oficial no. 51.536 de 22 de diciembre de 2020¹⁶, por lo que no es cierto que se haya vulnerado el principio de publicidad.

4) Debe resaltarse que la parte actora confunde la falta de motivación y la falsa motivación del acto demandado con el principio de publicidad, figuras jurídicas que son totalmente distintas. La falta de motivación se refiere a la

¹⁶ El Diario Oficial puede ser consultado en el link: ["http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/index.xhtml"](http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/index.xhtml)

carencia de motivos o consideraciones para adoptar la decisión. 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. Por su parte, el principio de publicidad se refiere a la divulgación que debe darse al acto acusado, esto es, darlo a conocer tanto al público como a los interesados. Por lo tanto, las figuras de falta de motivación y la falsa motivación no puede ser el fundamento para alegar la vulneración al principio de publicidad, ya cada una de estas figuras jurídicas regulan temas sustancialmente diferentes.

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

4.4. Cuarto cargo: “falsa motivación del acto administrativo”

1) 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 esa 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 en las categorías de Primer Secretario y Segundo Secretario que están comisionados por debajo de esas categorías de la carrera y que podían ser comisionados en la categoría de Consejero.

2) Hay funcionarios que estaban desde antes del nombramiento en cuestión, en situación de alternación, de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Además, el estatuto del servicio exterior y la carrera diplomática y consular prevén comisiones para situaciones especiales para los funcionarios de carrera que se encuentran en Bogotá (planta interna) y sin estar dentro del lapso de alternación pueden ocupar cargos en el exterior según las necesidades urgentes del servicio, como sería en el evento de una

vacante, como lo estaba el cargo demandado o de una situación de provisionalidad, por ejemplo.

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, las razones expuestas por la administración al tomar la decisión son 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 adopta. 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 de la señora Clara Leticia Rojas González, sí procedió a invocar las normas que le otorgan competencia para realizar los nombramientos provisionales y motivó el acto acusado en los siguientes términos: *“Que 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», establece que en virtud del principio de especialidad, podrán 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. Que de acuerdo con la certificación 1-GCDA-20-014068 del 11 de diciembre de 2020, expedida por el Director de Talento Humano, revisado el escalafón de Carrera Diplomática y Consular y teniendo en cuenta los literales a) y b) del artículo 37, y el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, se constata que para la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, no existen funcionarios de la planta global de la Carrera Diplomática y Consular que, a la fecha, estén ubicados en cargos por debajo de esa categoría”* (fl. 8 archivo 01 expediente electrónico). Situaciones que se ajustan a la realidad, ya que está demostrado, como se analizó al resolver los cargos primero y

segundo de la demanda, que a la fecha de expedición del acto acusado no existían funcionarios de carrera diplomática en el escalafón de consejero de relaciones exteriores disponibles para ocupar el cargo impugnado. Este hecho desvirtúa el cargo de falsa motivación, pues es claro que la motivación del acto acusado se ajustó a la realidad fáctica y jurídica propia de este caso concreto.

3) Ahora bien, en el presente cargo, el demandante reitera que la entidad demandada 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.

Frente a este argumento de nulidad, la Sala reitera los argumentos expuestos sobre este preciso punto al resolver los cargos primero y segundo de la demanda, en donde se puso de presente, entre otros aspectos, que no es dable acudir de manera regular a la figura de comisiones especiales, 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.

8) En consecuencia, este cuarto cargo de nulidad no tiene vocación de prosperidad, dado que la motivación del acto acusado 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).

5. Otros aspectos

Por otro lado, en los hechos de la demanda, la parte actora manifiesta que la hoja de vida de Clara Leticia Rojas González, según como aparece en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública, indica que la nombrada no tiene experiencia alguna en el sector de relaciones exteriores y que, en particular, no acredita los conocimientos básicos que se

exigen a un Consejero de relaciones exteriores en el manual de funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Resolución 1580 de 16 de marzo de 2015, el cual tiene como principal función: *“asesorar al superior inmediato en el diseño, implementación, control y evaluación de los planes y programas de la Misión Diplomática, y en la realización de estudios, investigaciones e informes necesarios para la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de la política exterior del Estado Colombiano”*. No obstante, no se cuenta con los soportes de dicha hoja de vida para poder determinar si los mismos cumplen con los requisitos exigidos por la ley para ocupar el cargo.

El citado argumento no es de recibo para la Sala por lo siguiente:

1) La parte actora alega que la nombrada no tiene experiencia alguna en el sector de relaciones exteriores y, en particular, no acredita los conocimientos básicos que se exigen a un Consejero de Relaciones Exteriores en el manual de funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2) Ahora bien, 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.

3) Como se tiene de la citada norma, uno de los tres requisitos exigidos para ser nombrado en provisionalidad es: *b) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de educación superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento*. Es decir, se debe acreditar solo uno de los dos citados aspectos, esto es, demostrar que se posee título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de educación superior, o en su defecto acreditar experiencia según exija el reglamento.

5) En este caso concreto, de conformidad con los antecedentes administrativos aportados al proceso, se acreditó que la demandada posee título universitario oficialmente reconocido, en donde se le confirió el título de Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (fl. 40 archivo 14 y fl. 32 archivo 54 - expediente electrónico), especialista en Derecho Tributario de la misma universidad (fl. 42 archivo 14 y fl. 33 archivo 54 – expediente electrónico) y Magistra en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana (fl. 34 archivo 54 - expediente electrónico).

6) Por tanto, es claro que la demandada acreditó poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de educación superior. Es decir, acreditó uno de los dos aspectos antes mencionados, como lo exige la norma, motivo suficiente para que este cargo de nulidad no tenga vocación de prosperidad.

Por otra parte, 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 actora.

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,

F A L L A :

1.º) Deniéganse las pretensiones de la demanda.

2.º) Sin condena en costas a la parte demandante.

3.º) Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 289 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4.º) Ejecutoriada esta providencia **archívese** el expediente, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MOISES RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado
(ausente con permiso)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA.