

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB-SECCIÓN “A”

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

Expediente No.: 25000-2341-000-2022-00122-00
Acumulado
25000-2341-000-2022-00127-00
Demandante: MILDRED TATIANA RAMOS SÁNCHEZ
Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Medio de Control: NULIDAD ELECTORAL

SISTEMA ORAL

ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia en la demanda promovida por la señora Mildred Tatiana Ramos Sánchez, cuya pretensión era obtener la nulidad del Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022, mediante el cual se nombró en provisionalidad a la señora Ximena María Restrepo en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, Código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda formuló la siguiente pretensión:

*“Que se declare la **nulidad del acto de nombramiento contenido en el decreto 015 del 12 de enero de 2022**, expedido por el señor presidente de la República y por la Ministra de Relaciones Exteriores, por medio del cual se designó, con carácter provisional, a la Doctor **XIMENA MARÍA RESTREPO LÓPEZ**, como Consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú.”*

1.2. HECHOS:

La anterior pretensión se fundamenta en los hechos relevantes, resumidos de la siguiente manera:

Mediante el Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022 se designó con carácter provisional, a la Doctora Ximena María Restrepo López como Consejera de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrita al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú.

La señora Ximena María Restrepo López no pertenecía a la carrera diplomática y consular de Colombia cuando fue nombrada para ocupar el cargo de Consejera de Relaciones Exteriores.

Con la debida antelación a la fecha de la designación en el citado cargo, en la Cancillería no se hicieron en forma adecuada las gestiones para comprobar si había personas pertenecientes a la carrera diplomática y consular de Colombia, disponibles para ocupar el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrita al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó que, la actividad del Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo la naturaleza del servicio, los principios del Estado que se encuentran involucrados y los medios que son utilizados en la facultad nominadora, justifican que el acto administrativo 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 certificación I-GCDA-21-015548 del 21 de diciembre de 2021 de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, está probado que, no existen funcionarios ejerciendo cargos por debajo de la categoría a la que pertenecen - Consejero de Relaciones Exteriores- de modo que, en cumplimiento de sus lapsos de alternación están prestando sus servicios tanto en exterior como en el país, respectivamente.

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 con relación a las reglas perentorias del Sistema de Carrera Diplomática y Consular, 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-.

Los argumentos de la 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 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, respectivamente, como quiera que, por el contrario, está probado que, no se podían designar en este cargo.

Considera que las disposiciones que rigen de manera particular y concreta la Carrera Diplomática y Consular - decreto ley 274 de 2000- así como las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, indican 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 o externa, no era posible designarlos en este cargo.

Por lo tanto, 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 la anulación de éste, pues, la actuación está sometida íntegramente al bloque de legalidad -artículo 60 del decreto ley 274 de 2000.

De esta forma, cumpliendo con el principio de legalidad que orienta y gobierna a la administración pública, cuando se optó por efectuar el nombramiento en provisionalidad en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, como en muchas ocasiones 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 Ximena María Restrepo López en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú.

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 Consejero de Relaciones Exteriores de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

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

La posición jurisprudencial 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.

Cada decisión administrativa fundada en lo que conviene o perjudica al interés general es una decisión jurídica, es decir, una decisión cuya validez depende de su concordancia con el ordenamiento jurídico. Por eso una decisión administrativa, incluso cuando la ley la configura como «discrecional» no puede conllevar arbitrariedades, por cuanto debe ser jurídica y dotada de racionalidad, esto es, de conexidad entre el acto y su objeto.

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

En el ordenamiento jurídico Colombiano la presunción de legalidad consiste en que todo acto administrativo se presume expedido de acuerdo con la Constitución Política, la Ley o el reglamento.

Entonces, el acto administrativo por principio general tiene a su favor el derecho y tanto la Constitución Política, la ley y los reglamentos se inclinan a favor de su presunción de legalidad que se extiende a todos los actos que componen la actuación administrativa.

De modo que, como el Ministerio cumplió con las exigencias legales para dictar el acto de nombramiento demandado, gozando éste de presunción de legalidad, es que no puede ser objeto de anulación por parte de la jurisdicción contenciosa.

Debido a la naturaleza del acto administrativo demandando, la motivación está expresa en la finalidad de la manifestación de la voluntad, esto es, con el fin de cumplir con sus funciones y salvaguardar el interés general, es decir, hacer un nombramiento en provisionalidad.

Conforme a los dos presupuestos del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la regla y medida de la discrecionalidad de una institución jurídica como la facultad nominadora es la razonabilidad, porque hace referencia a lo proporcionado e idóneo y al uso del poder dentro de límites justos y ponderados, sometidos al sistema jurídico, en este caso específico en el nombramiento de los agentes diplomáticos y consulares, que va en concordancia con la dirección de las relaciones internacionales.

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 concreto, con lo que cumple con el requisito material para su validez y legalidad.

2.2. XIMENA MARÍA RESTREPO LÓPEZ

La señora Ximena María Restrepo López no presentó contestación de la demanda.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Previo reparto, por auto del veintiuno (21) de febrero de 2022, se inadmitió la demanda con el fin que se allegara copia de las constancias de publicación, comunicación, notificación o ejecución, según sea el caso, del acto administrativo demandado; siendo debidamente subsanada mediante escrito remitido vía correo electrónico el día dos (2) de marzo de 2022.

Mediante providencia del nueve (9) de marzo de 2022, se admitió la demanda y se dispuso su notificación personal a la nombrada Ximena María Restrepo López, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa del Estado.

El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores presentó contestación de la demanda mediante correo electrónico remitido el día ocho (8) de abril de 2022 (Ver anexo 14 del expediente digital).

El Despacho del H. Magistrado Doctor Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón dentro del medio de control de nulidad electoral con radicado No. 25000-2341-000-2022-00127-00, a través de auto del dieciséis (16) de mayo de 2022, decretó la acumulación de procesos y ordenó fijar el respectivo aviso de conformidad con lo señalado en el artículo 282 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, por lo que una vez realizado el sorteo el día ocho (8) de junio de 2022, le correspondió al Despacho de la Magistrada Sustanciadora el conocimiento del presente medio de control de nulidad electoral.

El Despacho Sustanciador mediante auto del veintidós (22) de junio de 2022 (Ver anexo 20 *Ibidem.*), en aplicación a lo señalado en el artículo 182A de la

Ley 1437 de 2011 CPACA (Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021), resolvió sobre las pruebas solicitadas, fijó el litigio y corrió traslado para alegar de conclusión.

Contra la anterior decisión, la señora Mildred Tatiana Ramos Sánchez mediante memorial radicado el día primero (1º) de julio de 2022, presentó incidente de nulidad, el cual fue resuelto por el Despacho de la Magistrada Ponente a través de la providencia del veintiuno (21) de julio de 2022, en el sentido de negar la solicitud de nulidad procesal presentada.

La señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá presentó recurso de súplica contra la providencia del veintidós (22) de junio de 2022, mismo que fue resuelto por la Sala Dual de la Subsección "A" conformada por los H. Magistrados Doctores Felipe Alirio Solarte Maya y Luis Manuel Lasso Lozano, mediante auto del doce (12) de septiembre de 2022, en el sentido de confirmar la decisión adoptada por el Despacho de la Magistrada Sustanciadora.

3.1. Del auto de sentencia anticipada - Artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011 CPACA (Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021).

De conformidad con lo señalado en el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011 CPACA (Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021), el Despacho de la Magistrada Ponente mediante auto del veintidós (22) de junio de 2022 (Ver anexo 20 del expediente digital), resolvió sobre las solicitudes probatorias, fijó el litigio y corrió traslado para alegar de conclusión en aplicación a los artículos 181, 182 A y 283 de la Ley 1437 de 2011 CPACA (Adicionada por la Ley 2080 de 2021).

3.2. Alegatos de Conclusión

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

3.2.1. DEMANDANTE RADICADO 25000-2341-000-2022-00127-00 (ADRIANA MARCELA SÁNCHEZ YOPASÁ): La señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá reiteró los argumentos expuestos en el curso de la demanda y solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda (Ver anexo 25 del expediente digital).

3.2.2. DEMANDANTE 25000-2341-000-2022-00122-00 (MILDRED TATIANA RAMOS SÁNCHEZ): La señora Mildred Tatiana Ramos Sánchez reiteró los argumentos expuestos en el curso de la demanda y solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda (Ver anexo 26 *Ibídem.*).

3.2.3. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES: El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores reiteró los argumentos expuestos en el curso de la demanda y solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda (Ver anexo 24 *Ibíd.*).

3.2.4. XIMENA MARÍA RESTREPO LÓPEZ: No presentó alegatos de conclusión.

3.3. Concepto del Ministerio Público:

La Agente Especial del Ministerio Público delegada ante el Despacho de la Magistrada Ponente no rindió concepto en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

En los términos del literal c) del numeral 6º del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 3356 de 2009 y, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 18 del Decreto 2288 de 1989, la Sala es competente para conocer en única instancia el presente medio de control de nulidad electoral.

2. Problema Jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si conforme a las causales de nulidad expuestas en la demanda, debe declararse nulo el Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022, por medio del cual se nombró en provisionalidad a la señora Ximena María Restrepo López en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú.

Por lo anterior, procede la Sala a proferir la sentencia que en derecho corresponde, basado en el principio de la justicia rogada, estudiando los cargos formulados por la parte demandante, la contestación de la parte demandada y otorgándole el valor probatorio que corresponde a los medios de prueba presentados.

3. CARGOS DE LA DEMANDA

3.1. Mildred Tatiana Ramos Sánchez (25000-2341-000-2022-00122-00)

La parte demandante propuso como cargo de nulidad el siguiente:

A. INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR.

Sostiene que el acto administrativo demandado se expidió con infracción en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, ignorando el sistema de carrera.

Manifiesta que para acatar la regla general de pertenencia a la carrera, es necesario en este caso, que el nombrado esté escalafonado en la denominada carrera diplomática y consular, salvo que quien sea designado para el cargo diplomático se encuentre en una condición de excepción.

El sistema de carrera diplomática y consular está regulado por el Decreto Ley 274 de 2000 donde en su artículo 10 establece que la categoría de Consejero pertenece a la carrera diplomática y consular, es evidente que en ese cargo sólo podía ser nombrada una persona escalafonada en esa categoría. En el acto acusado se designó para tal cargo a la señora Ximena María Restrepo López que en ese día no estaba escalafonada en la mencionada carrera diplomática y consular.

Esta circunstancia precisamente constituye causal de nulidad del acto administrativo expedido por la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y comoquiera que la anulación de ese nombramiento afecta a la señora Ximena María Restrepo López, es el motivo por el cual se le convoca como persona interesada en este proceso.

Citando el artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000 manifiesta que, al expedirse el Decreto No. 015 de 2022 también se violó dicha normatividad, porque el Ministerio de Relaciones Exteriores omitió ejercer en debida forma sus funciones de vigilancia de la carrera diplomática y consular, para que esta tenga cumplido efecto en todos los casos de nombramientos en cargos pertenecientes a ese escalafón dentro de la planta global de la Cancillería.

Los artículos subsiguientes rigen concretamente las calidades que se deben cumplir para pertenecer a dicha carrera, como el ingreso y los ascensos, el proceso de selección, la inscripción al concurso, los requisitos mínimos, las pruebas de los concursos, la evaluación de conocimiento en la academia Diplomática y el periodo de prueba.

Como se evidencia, son múltiples los requisitos y calidades especiales que debe cumplir un funcionario para pertenecer y mantenerse en la carrera y por eso, estos nombramientos prevalentes en el ordenamiento jurídico.

Citando el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 sostuvo que, sí era posible designar a un funcionario de carrera en el cargo para el cual se nombró a la señora Ximena María Restrepo López, acatamiento legal que debe cumplirse

antes de acudir al nombramiento de una persona que no pertenece a la carrera diplomática y consular.

El artículo 209 Constitución Política de Colombia, dispuso que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones.

Con el cuestionado nombramiento se desconocen estos principios, porque la señora Ximena María Restrepo López no pertenece a la aludida Carrera. Se debió otorgar este cargo a una persona de carrera, idónea, que se ha preparado y se prepara constante y estrictamente para el servicio diplomático de forma permanente, mediante méritos.

Denota que los funcionarios que pertenecen a la carrera ostentan una condición especial, que son un grupo de personas que se vienen preparando de manera idónea, exclusivamente para desempeñar cargos diplomáticos, que revisten al funcionario de una investidura que resalta su preparación intelectual, mediante los cursos de ascenso y la experiencia, en los distintos cargos rotatorios y escalafonados, que la administración está llamada a reconocer y a disponer del personal preparado para tal servicio.

Solicita tener en cuenta lo decidido en varios procesos por esta Corporación al declararse la nulidad de un acto de la misma naturaleza que el aquí demandado.

3.2. Adriana Marcela Sánchez Yopasá (25000-2341-000-2022-00127-00)

La parte demandante propuso como cargos de nulidad los siguientes:

A. INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR.

Sostiene que el acto administrativo demandado se expidió con infracción en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, ignorando el sistema de carrera.

La provisionalidad no es una condición para ingresar a los cargos de carrera, considerando que 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 dónde 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.

B. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, ARTÍCULO 60 DEL DECRETO LEY 274 DE 2000.

Manifestó que, el nombramiento de personas no inscritas en la carrera diplomática y consular en cargos que pertenecen a la mencionada carrera está condicionado a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes (C-292 de 2001), es decir, que el nombramiento se hace en provisionalidad porque no hay ningún funcionario inscrito y escalafonado en la carrera diplomática y consular que se encuentre en disponibilidad para ocupar el cargo cuya vacancia habrá de llenarse con el nombramiento provisional.

Sin embargo, el nombramiento demandado se realiza cuando existen no sólo varios Consejeros de carrera disponibles para ser nombrados sino cuando, por lo menos uno de ellos, está nombrado en un cargo inferior al de su

categoría, en contra de la jurisprudencia constitucional que ha señalado que las comisiones por debajo de los funcionarios de carrera diplomática y consular sólo deben perdurar mientras no exista la disponibilidad del cargo que corresponde a la categoría del escalafón en la que se encuentra el funcionario (C-808 de 2001).

Los artículos 4 numeral 7º y 60 del Decreto 274 de 2000 fueron desconocidos con la expedición del Decreto demandado porque para la fecha del nombramiento de la señora Ximena María Restrepo López, sí existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de Consejero y en otros grados que se encontraban disponibles para ser nombrados en el mismo cargo. Además, existían otros funcionarios de carrera que, en aplicación de las previsiones de los artículos 37 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000, también podían ser nombrados o comisionados en ese cargo.

Lo anterior teniendo en cuenta un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde no se considera que la alternancia tanto al interior del territorio como a los que sirven en el exterior, como una condición que deba cumplir el servidor público para poder considerarse como disponible para ocupar un cargo.

No obstante, aún si se evaluara como un requisito ineludible para ser designado en un cargo vacante, haber cumplido con el periodo de alternancia, también existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de Consejero que lo habían cumplido y tendrían derecho a ser nombrados en dicho cargo adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República de Perú.

Entonces, 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, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado.

Pero según los hechos de la demanda, sí existía personal inscrito en la carrera diplomática y consular que estaba disponible para ocupar el cargo de Consejero, Código 1012, grado 11, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República de Perú y, de hecho, existían varias alternativas para proveer dicho cargo con personas pertenecientes a la carrera puesto que estaban disponibles, todas aquellas que se enmarcan en los casos señalados en la demanda.

C. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, ARTÍCULO 3º NUMERAL 3º DE LA LEY 1437 DE 2011.

Argumenta que, el acto administrativo demandado se expide haciendo uso de una facultad no discrecional por lo que debe ser motivado tal como lo ha establecido el H. Consejo de Estado.

La correcta motivación del Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022 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 de falsa motivación.

Que quién profirió el acto administrativo demandado debía demostrar al menos, que la condición que permite el nombramiento provisional se cumplía en el momento del expedir el Decreto. Como esto no era posible pues sí existían personal de carrear disponible, el nombramiento se torna ilegal pues además desconoce el principio de publicidad en el sentido expuesto por la jurisprudencia.

D. FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Manifestó que el acto administrativo demandado se motivó basado en la facultad que confiere al nominador el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000,

para proveer cargos de carrera diplomática y consular, pero esta norma condiciona tal facultad a la imposibilidad de designar en ellos a funcionarios inscritos en esa carrera.

La demostración de que sí era posible designar en dichos cargos a funcionarios de carrera deja el acto incurso en la causal de nulidad por falsa motivación comoquiera que, existen funcionarios de carrera en el exterior que ascendieron a la categoría de Consejero que están comisionados por debajo de esa categoría de la carrera.

También hay funcionarios que estaban desde antes del nombramiento en cuestión, en situación de alternación, de conformidad con el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Además, 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.

Finalmente sostiene que 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 consecuencia con estos hechos, no se habría producido tal decisión incurso en ostensible nulidad.

4. Caso concreto.

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

La Sala de la Sección Primera – Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sustentará la decisión que en derecho corresponda, conforme a las siguientes consideraciones:

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

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

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

Con relación a la carrera administrativa, son también concordantes: i) el numeral 13 del artículo 189 Superior, que estableció que al señor Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, es a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley, determinando que en todo caso, al Gobierno le asiste la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes; y ii) en el artículo 209 que dispuso que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,

mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones, con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal¹.

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

“(…)”

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

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

3.3. La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró su jurisprudencia sobre el punto y recordó que “la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 01 de marzo de 2012, Radicado N° 15001-23-31-000-2001-01612-01(0768-11), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es un “un criterio fundamental ‘...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública’.

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

En criterio de la H. Corte Constitucional³ el Régimen de Carrera Administrativa funge como un postulado estructural de la función pública y un elemento definitorio de la Carta Política, cuyo criterio fundamental es el mérito, para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública.

Se reitera entonces, que el artículo 125 de la Constitución Política dispuso como regla general que los empleos estatales son de carrera, salvo aquellos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, por consiguiente, en principio, los cargos de los órganos y entidades del Estado deberán proveerse conforme a lo estipulado por la Ley 909 de 2004, mediante “(...) *la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia*

² GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2010. Referencia: expediente D-7916.

³ *Ibíd.*

pública y se dictan otras disposiciones”, norma que define la Carrera Administrativa, como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público, cuyo ingreso y permanencia se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

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

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

“Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de

*las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general*⁴.

ii) Del Servicio Exterior y la Carrera Diplomática y Consular

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

Así, no interesa en qué territorio sean prestadas las funciones del servicio público, puesto que la actividad de servicio exterior se encuentra regida por los mismos principios y normas que regulan la función pública, y de allí que entre los diferentes empleos se hayan establecido equivalencias, que intentan proteger a empleados públicos y evitar que su situación sea desmejorada cuando el lugar donde desempeñan sus funciones cambia, mediante el amparo del trabajador y la prevención del deterioro de su situación laboral, tanto en términos del cargo que ocupa como en términos salariales⁵.

El referido Decreto regula entonces la carrera diplomática y consular, con una serie de particularidades que se derivan de su propia naturaleza, pues el servicio público de las personas que a ella pertenecen, es requerido dentro y fuera del territorio nacional, y por tanto se han rodeado de los varios beneficios que se corresponden con las cargas que deben soportar por traslados a que pueden verse expuestos, entre los que se encuentra un salario mayor cuando prestan sus servicios en el exterior⁶.

⁴ CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C- 175 de 2006. Referencia: expediente D-5925.

⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Corte Constitucional, Sentencia C- 173 de 2004, Referencia: expedientes D-4725 y D-4735 (acumulados).

⁶ *Ibíd.*

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

Así, la *Carrera Diplomática y Consular* constituye un sistema específico, y una Carrera especial jerarquizada, que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, fundada en el mérito. Así, las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como el régimen de alternación, de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales, cuya administración y vigilancia, por virtud del principio de Especialidad, están a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que el mismo Estatuto indica⁷.

Las categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, en orden ascendente, conforme al artículo 13 del Decreto 274 de 2000 son: a) Tercer Secretario, b) Segundo Secretario, c) Primer Secretario, d) Consejero, e) Ministro Consejero, f) Ministro Plenipotenciario, y g) Embajador.

La norma en su artículo 12 establece las equivalencias entre las categorías en el escalafón de carrera diplomática y cargos en planta interna, para efectos relacionados con la alternación, precisando que: a) los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción no pierden tal naturaleza, cuando por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, y b) en cuanto a la remuneración de los funcionarios de la Carrera, se mantiene el nivel de asignación que le corresponde en la categoría del escalafón, con excepción de la categoría de Embajador, en cuyo caso se toma la asignación básica correspondiente al cargo de Secretario General.

⁷ Decreto 274 de 2000, art. 13.

Las equivalencias están determinadas de la siguiente manera:

“CATEGORÍAS EN EL ESCALAFÓN CARGOS EQUIVALENTES EN LA PLANTA INTERNA DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA CONSULAR

| | |
|---|---|
| <i>Embajador</i> | <i>Viceministro</i> |
| <i>Secretario General</i> | |
| <i>Directores</i> | |
| <i>Jefe de Oficina Asesora</i> | |
| <i>Asesor Grado 13 o superiores</i> | |
| <i>Subsecretarios</i> | |
| <i>Ministro Plenipotenciario</i> | <i>Ministro Plenipotenciario</i> |
| <i>Jefe de Oficina Asesora</i> | |
| <i>Asesor Grados 10,11 y 12</i> | |
| <i>Subsecretarios</i> | |
| <i>Ministro Consejero y Cónsul General</i> | <i>Ministro Consejero</i> |
| <i>Asesor Grados 7, 8 y 9</i> | |
| <i>Consejero</i> | <i>Consejero</i> |
| <i>Asesor Grado 6</i> | |
| <i>Primer Secretario y Cónsul de Primera</i> | <i>Primer Secretario en Planta Interna</i> |
| <i>Asesor Grados 4 y 5</i> | |
| <i>Segundo Secretario y Cónsul de Segunda</i> | <i>Segundo Secretario en Planta Interna</i> |
| <i>Asesor Grados 2 y 3</i> | |
| <i>Tercer Secretario y Vicecónsul</i> | <i>Tercer Secretario en Planta Interna</i> |
| <i>Asesor Grado 1”⁸.</i> | |

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

⁸ *Ibíd.* art. 12.

experiencia y la capacidad, en las condiciones señaladas en el Decreto 274 de 2000, procedente únicamente de categoría en categoría⁹.

El proceso de selección de aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular, se realiza mediante procedimientos que permiten la participación, en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para ingresar, a fin de garantizar el ingreso de personal idóneo a la misma, con base en el mérito, el cual comprende 6 etapas: 1) la convocatoria, 2) La inscripción para el concurso, 3) la aplicación de pruebas de ingreso a la Academia Diplomática, incluida la entrevista personal, 4) Conformación de la lista de elegibles de acuerdo con los resultados del concurso, 5) la evaluación y calificación del rendimiento en la Academia, y 6) el nombramiento en período de prueba¹⁰.

El ascenso dentro de la Carrera Diplomática y Consular es la promoción a la categoría superior inmediatamente siguiente dentro de la estructura jerárquica o escalafón de ella, frente a lo cual el funcionario de la Carrera Diplomática y Consular podrá optar por este, o por permanecer en la categoría del escalafón en la cual se encontrare, en los términos previstos del referido Decreto¹¹.

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

- ✓ Tercer Secretario: Tres años, después de aprobado el período de prueba.
- ✓ Segundo Secretario: Cuatro años.
- ✓ Primer Secretario: Cuatro años.
- ✓ Consejero: Cuatro años.
- ✓ Ministro Consejero: Cuatro años.
- ✓ Ministro Plenipotenciario: Cinco años.

⁹ Ibíd. art. 14.

¹⁰ Ibíd. arts. 15 y 16.

¹¹ Ibíd. art. 25.

El tiempo de servicio en permanencia no es computable como tiempo de servicio para el ascenso a la categoría inmediatamente superior en el escalafón, excepto en los casos en que el ascenso se retrase por causas imputables a la administración, pues el tiempo excedente se computará como parte del tiempo de servicio en la categoría inmediatamente superior¹², y para ascender en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, el funcionario escalafonado debe cumplir los siguientes requisitos¹³:

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

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

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

¹² Ibíd. art. 27.

¹³ Ibíd. art. 26.

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

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

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

Igualmente, el estatuto de la Carrera Diplomática y Consular, prescribe las condiciones laborales especiales de los funcionarios pertenecientes a la

carrera diplomática¹⁴, las causales de retiro de los mismos¹⁵, los órganos de administración, coordinación, orientación y funcionamiento del sistema de carrera diplomática y Consular¹⁶, como también el régimen disciplinario¹⁷ y demás aspectos concernientes a su regulación¹⁸, constituyendo así una normativa especial que la distingue de la carrera general o de cualquier otra especial.

Caso concreto.

Descendiendo al caso concreto la Sala, de conformidad con la jurisprudencia y normatividad antes señalada procederá a estudiar los cargos de nulidad presentados por la parte demandante (Radicados 25000-2341-000-2022-00122-00 y 25000-2341-000-2022-00127-00) contra el acto administrativo de nombramiento contenido en el Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022.

Respecto a los cargos de nulidad planteados por la parte demandante esta Corporación considera importante traer a colación lo establecido en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, que dispone:

“PROVISIONALIDAD

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

De conformidad con la norma antes citada se observa que, podrán designarse en cargos de carrera diplomática y consular a personas que no pertenezcan

¹⁴ Ibíd. arts. 62 a 69.

¹⁵ Ibíd. art. 70.

¹⁶ Ibíd. arts. 71 a 78.

¹⁷ Ibíd. arts. 79 a 82.

¹⁸ Ibíd. arts. 83 a 95.

a ella, cuando no fuera posible designar funcionarios de carrera para proveer dichos cargos.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, sostuvo:

“La Corte advierte que en el artículo 60 la invocación del principio de especialidad se hace para permitir el nombramiento en cargos de la carrera diplomática y consular de personas que no pertenecen a ella y que a ello se remite la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad. En cuanto a esto hay que indicar que la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad. Si ello es así, no se advierten motivos para declarar inexecutable una norma que se ha limitado a permitir tales nombramientos previendo una solución precisamente para ese tipo de situaciones.

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

“(...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Tal como lo indicó el apartado jurisprudencial antes citado la Sala observa que, el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 no advierte contrariedad con norma alguna de la Constitución Política de Colombia (Artículo 125), ya que la determinación de los nombramientos en provisionalidad se liga a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes.

Descendiendo al caso concreto y teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, así como la naturaleza de la alternancia (Artículo 35), lapsos (Artículo 36), frecuencia (Artículo 37) y, la obligatoriedad (Artículo 38), procede esta Corporación a analizar si al momento de proferirse el Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022

por medio del cual se designó a la señora Ximena María Restrepo López en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, Código 1012, Grado 11, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú, existía o no, personal en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores en situación de ocupar el empleo actualmente desempeñado por el demandado.

Como el desempeño del cargo se realiza en el exterior, la vacante debe suplirse con funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles para prestar sus servicios en el exterior, es decir, aquellos que: **(i)** hayan cumplido con el tiempo de la alternancia en la planta interna (tres (3) años), y, **(ii)** que no hayan sido promovidos para prestar su servicio en el exterior.

En el expediente obran los siguientes medios probatorios que permiten inferir que, al momento de la expedición del acto administrativo demandado, no se contaba con personal de carrera disponible para desempeñar el empleo demandado:

(i) Certificación I-GCDA-21-015548 expedida por la Directora de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde señala:

*“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 de 2021, de acuerdo con lo establecido en los artículos 36, 37 y 39 del Decreto-Ley 274 de 2000.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

(ii) Oficio No. S-GCDA-22-005769 del ocho (8) de marzo de 2022, mediante el cual, la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, le suministró a la señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá

respuesta a los múltiples derechos de petición presentados por la demandante, donde para el presente asunto es importante tener en cuenta, lo siguiente:

Sostuvo que, tanto para el doce (12) como para el veinte (20) de enero de 2022, treinta y tres (33) funcionarios de carrera diplomática y consular se encontraban escalafonados en la categoría de Consejero; Asimismo, todos se encontraban ocupando el cargo correspondiente al de su categoría.

Precisa que de los funcionarios antes indicados, veintisiete (27) se desempeñaban en la planta externa y los seis (6) restantes en planta interna.

Igualmente se constató que a todos los funcionarios en dicha categoría les fue comunicado el acto administrativo de alternación para el segundo semestre de acuerdo con lo establecido en los artículos 36, 37 y 39 del Decreto Ley 274 de 2000.

Frente al argumento esbozado por la demandante en los alegatos de conclusión en cuanto a que, al momento de la expedición del acto administrativo demandado existían funcionarios de carrera que pudieron haber sido nombrados en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, esta Corporación como en casos similares¹⁹ al aquí estudiado sostiene que, la demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre la parte demandante mediante el aporte del acto de posesión o de otro cualquier otro medio de prueba que permita establecer si el funcionario que debería ser llamado a ocupar el cargo ya había cumplido su periodo de alternancia en planta interna para ser designado en el exterior.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A”, M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano, Demandante: Mildred Tatiana Ramos Sánchez, Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores, Radicado No. 25000-23-41-000-2022-00178-00, sentencia de fecha: trece (13) de agosto de 2022.

Ibid, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, Demandante: Adriana Marcela Sánchez Yopasá, Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores, Radicado No. 25000-23-41-000-2022-00303-00, sentencia de fecha: ocho (8) de septiembre de 2022.

Por lo anterior, esta Corporación no encuentra plenamente demostrado que para la fecha en que se profirió el Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022, existían funcionarios de carrera disponibles para ser designados en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, Código 1012, Grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú.

- De la comisión de los funcionarios de carrera diplomática y consular.

La señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá argumentó que el Ministerio de Relaciones Exteriores no realizó las labores administrativas necesarias para proveer el cargo demandado, a través de la figura del encargo de los funcionarios de carrera diplomática y consular.

Al respecto, el artículo 53 del Decreto Ley 274 del veintidós (22) de febrero de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”*, sostiene:

“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.

c. Para desempeñar cargos en organismos internacionales.

d. Para atender llamados a consulta, cuando se tratara de Jefes de Misión Diplomática.

e. Para desempeñar funciones en calidad de Encargado de Negocios a. i. o Encargado de las Funciones de una Oficina Consular, siempre y cuando el funcionario esté desempeñándose en planta interna.

f. Para facilitar el desplazamiento con el fin de presentar los exámenes de idoneidad de que trata el Artículo 29 de este Decreto, caso en el cual no habrá lugar al pago de viáticos ni de pasajes.

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.

PARÁGRAFO 2. *La Comisión Especial de que trata el literal e. de este Artículo, deberá autorizarse mediante decreto que indique su término, el cual será prorrogable; cuando proceda por vacancia absoluta, el salario del funcionario que la desempeñe será el correspondiente al del cargo objeto de la comisión.” (Subrayado fuera del texto original)*

De conformidad con la norma antes citada la Sala observa que, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar comisión para situaciones especiales, en los casos establecidos en los literales a), b), c), d), e) y f) del artículo 53 *Ibídem*.

Tal y como ha sido el precedente judicial establecido por esta Corporación en casos análogos se colige que, la norma antes referida otorga una facultad a la administración que podrá ejercer de forma discrecional, al decidir si autoriza o designa a un funcionario perteneciente a la carrera diplomática y consular para desempeñar una comisión para situaciones especiales o no, toda vez que, el verbo “*podrá*” otorga una interpretación significativamente diferente (facultad discrecional) de si se hubiese redactado la norma con el verbo “*deberá*” cuya interpretación no le daría la oportunidad a la administración de escoger entre uno u otro, sino que por el contrario, le impondría la obligación de acudir directamente a la figura del encargo para situaciones especiales, escenario que no se presente en este asunto.

Por los anteriores argumentos la Sala considera que, no era obligación del Ministerio de Relaciones Exteriores acudir a la figura de la comisión para servicios especiales, para ocupar el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, Código 1012, Grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Lima, República del Perú, que viene desempeñando la señora Ximena María Restrepo López, en virtud de la designación realizada mediante el Decreto No. 015 del doce (12) de enero de 2022.

- De la aplicación de los artículos 3, 24 y 25 de la Ley 909 de 2004.

La Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, establece tres (3) sistemas de carrera a saber: (i) el general, (ii) el especial y, (iii) el específico; donde en su artículo 3º se señala el ámbito de aplicación de la referida Ley, así:

“ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

“(…)”

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

“(…)”

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

“(…)” (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la norma antes citada se tiene que, la Ley 909 de 2004 se aplicará con carácter supletorio a los servidores públicos de las carreras especiales entre los que se encuentra, el personal regido por la carrera diplomática y consular.

Para dilucidar el presente asunto, debe tenerse en cuenta lo esbozado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-005 de 1996, donde se refirió al carácter de especialidad de las normas, y se indicó que el artículo 5º de la

Ley 57 de 1887 establece que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga el carácter general (criterio de especialidad de la norma).

De conformidad con lo anterior debe señalarse que, no hay lugar a dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, sino únicamente (excepcionalidad) como se indicó en su artículo 3º, cuando se presenten vacíos en la normatividad que en este caso para el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra establecido en el Decreto Ley 274 de 2000.

En este orden de ideas, del análisis del Decreto Ley 274 de 2000 que rige la carrera diplomática y consular se establece que, no existe vacío normativo que justifique la aplicación de la Ley 909 de 2004, máxime cuando del análisis de los artículos 53 y 60 antes citados se observa la facultad del nominador para realizar nombramientos en provisionalidad para proveer la vacancia de los empleos de carrera o la facultad discrecional para decidir si envía en comisión para casos especiales a un funcionario de carrera.

Por lo anterior, y al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, la Sala como en casos similares, negará las pretensiones de la demanda.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: **NIÉGASE** las súplicas de la demanda presentada en el medio de control de nulidad electoral por las señoras Mildred Tatiana Ramos Sánchez y Adriana Marcela Sánchez Yopasá, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: **ARCHÍVESE**, previa ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha.²⁰

(Firmado electrónicamente)
CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

²⁰ *CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la plataforma electrónica SAMAI; en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.*