CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Categorías del escalafón / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Los nombramiento requieren cumplir con la exigencia de la alternación / ALTERNACION - Pretende que quienes prestan sus servicios en el exterior no lo hagan en forma indefinida / CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - La provisión de empleos esta sujeta al cumplimento del periodo de alternación

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 1 de la Ley 573 de 2000 expidió el Decreto Ley 274 de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 43.906, por medio del cual reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. En el artículo 10 se señalan las diferentes categorías del escalafón en la Carrera Diplomática y Consular, entre las que encontramos: a) Embajador, b) Ministro Plenipotenciario, c) Ministro Consejero, d) Consejero, e) Primer Secretario, f) Segundo Secretario y g) Tercer Secretario. La Carrera Diplomática y Consular es la forma especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a la misma, teniendo en cuenta el mérito. Las normas mencionadas, establecen de manera rigurosa 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 Decreto Ley 274 de 2000). En el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos requieren necesariamente, dentro de su sistema de carrera Diplomática y Consular, cumplir con la exigencia de la alternación, 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. Las reseñadas disposiciones enseñan que los funcionarios con categoría Diplomática y Consular deben cumplir los lapsos de alternación tanto en planta externa como en planta interna, en aplicación de los principios rectores de eficiencia y especialidad. Establece a la vez la frecuencia de los periodos de alternación en cada uno de los eventos, esto es, cuando el tiempo de servicio se presta en el exterior o cuando la actividad se cumple en la planta interna. Prescribe además la prohibición que tienen los mencionados funcionarios de ser designados en otro cargo cuando se encuentren prestando su servicio en el exterior, salvo las circunstancias excepcionales contenidas en el parágrafo del artículo 37, calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país. De igual forma el artículo 12 del Decreto Ley 274 de 2000 impone la obligación a los funcionarios pertenecientes a la carrera Diplomática y Consular de prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado, deber que a la vez constituye condición necesaria para ser luego nombrado en el exterior, en aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La renuencia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la Carrera Diplomática y Consular, sino del servicio, efecto que se extiende a las circunstancias previstas en el parágrafo del artículo 38. Se ocupa así mismo de definir, la forma en que se aplicará la alternación, la época en que se realizarán los desplazamientos y las situaciones administrativas que de ella se deriven. La hermenéutica de las normas transcritas supone entonces que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en planta interna como externa, está sujeta al cumplimiento de un requisito muy especial, como es el periodo de alternación. Es decir 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 poder ser nombrado.

CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Ministro plenipotenciario / MINISTRO PLENIPOTENCIARIO - Pertenece al régimen de Carrera Diplomática y Consular / CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Excepcionalmente se autoriza la designación en provisionalidad de funcionarios no escalafonados para ejercer cargos

Respecto a una de las variantes de las carreras propias de la Administración, como es la Diplomática y Consular, fenómeno que se estudia en el caso bajo examen, el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, consagra la provisionalidad en la cual, la administración puede temporalmente llenar un empleo vacante con personas que no se encuentran inscritas en ella, por fuera de los parámetros del mérito de la carrera administrativa, para solventar temporalmente circunstancias de emergencia del servicio. A su vez, el artículo 61 del mismo estatuto establece las condiciones básicas y especiales en las cuales personas ajenas a la carrera, puedan acceder a los cargos del Ministerio de Relaciones Exteriores que están en principio cobijados por el mérito en su acceso, permanencia y ascenso. La Sala precisa que si bien la manera general para acceder a los cargos regidos por la Carrera Diplomática y Consular se funda en el mérito, también la norma reconoce que excepcionalmente dichos empleos pueden ser ocupados por personas que no pertenezcan a la Carrera, de acuerdo con las disposiciones transcritas, siempre que cumplan con algunos requisitos propios para el servicio exterior, que si bien los releva de su pertenencia a la carrera administrativa, sí les exige conocimiento y experiencia en las relaciones internacionales. De conformidad con la literalidad normativa antes transcrita y de acuerdo con el artículo 8 del Decreto Ley 274 de 2000, el cargo de Ministro Plenipotenciario, pertenece al régimen de Carrera Diplomática y Consular y como tal, debe ser provisto con funcionarios escalafonados; pero excepcionalmente según lo establece el artículo 60 ibidem, se autoriza la designación en provisionalidad de funcionarios no escalafonados para ejercer cargos de 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”. Así las cosas, el Ministerio de Relaciones Exteriores puede de manera excepcional acudir al nombramiento en provisionalidad, no solo porque en la categoría no exista personal escalafonado, sino porque aún existiendo, no se presente su disponibilidad por estar en curso el periodo de alternación del funcionario de carrera, tal como ocurrió en este evento. El nombramiento en provisionalidad de la demandada en el cargo de Ministro Plenipotenciario se encuentra entonces permitido por el sistema laboral oficial de la Carrera Diplomática y Consular consagrado en el Decreto Ley 274 de 2000. La Sala encuentra que en el material probatorio aportado por la demandante obra el listado de los funcionarios que pertenecen a la Carrera Diplomática y Consular con su respectivo escalafón y el cargo desempeñado hasta agosto de 2012, fecha en la cual se expidió la documentación a solicitud de la parte actora, pero sin establecer los períodos de alternación de los funcionarios, dato imprescindible para determinar su disponibilidad para ser designados en los cargos de carrera que resulten vacantes en el momento en que se profirió el acto acusado. Por lo dicho, para la prosperidad de los cargos es menester que la parte actora acredite no solo que se realizó un nombramiento de un empleo de carrera de manera provisional con una persona que era ajena a ella, sino que además, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado debe probar que para el momento del nombramiento existía un empleado inscrito en carrera diplomática y consular que efectivamente podía ser nombrado en el cargo, no solo en razón de su inscripción sino de acuerdo con la alternación. Entonces, al no resultar probadas las acusaciones de la demanda y al no lograrse desvirtuar la presunción de legalidad que ampara la resolución de nombramiento de la demandada, la misma debe permanecer incólume. De acuerdo con lo discurrido, la Sala encuentra conforme a Derecho la decisión adoptada por el Tribunal a-quo, y por lo mismo la confirmará.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00227 01

Actor: NANCY BENITEZ PAEZ

Demandado: MINISTRO PLENIPOTENCIARIO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó la parte demandante, contra la sentencia de 18 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda de nulidad del acto de nombramiento de Alejandra Valencia Gartner como Ministro Plenipotenciario.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

- Las pretensiones

Nancy Benítez Páez, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó:

“1º. Que se declare la nulidad del acto administrativo de nombramiento de Alejandra Valencia Gartner, identificada con C.C. No. 52.885.577 en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2º. Que se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores, proveer el mencionado cargo, con alguno de los funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Ministros Plenipotenciarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, que se relacionan a continuación:

JOSE ANTONIO SOLARTE, quien ostenta la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón de la Carrera Diplomática y esta posesionado como Ministro Consejero.

EDGAR RODRIGO ROJAS GARAVITO, quien ostenta la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón de la Carrera Diplomática y esta posesionando como Ministro Consejero.

ADRIANA DEL ROSARIO MENDOZA AGUDELO, quien ostenta la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón de la Carrera Diplomática y esta posesionando como Ministro Consejero.

ALVARO ENRIQUE AYALA MELENDEZ, quien ostenta la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón de la Carrera Diplomática y esta posesionando como Ministro Consejero.

YOMAR NANCY GONZALEZ ULLOA, quien ostenta la categoría de Ministro

Plenipotenciario en el escalafón de la Carrera Diplomática y esta posesionando como Ministro Consejero.

ALFONSO DE JESUS VELEZ RIVAS, quien ostenta la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón de la Carrera Diplomática y esta posesionando como Primer Secretario.

SARA JUDITH GAMBA FUENTES, quien ostenta la categoría de Ministro Plenipotenciario en el escalafón de la Carrera Diplomática y esta posesionando como Segundo Secretario.

3º. Que se declare que la designación de funcionarios de carrera en cargos de inferior categoría, para crear vacantes ficticias, constituye una desmejora laboral para los funcionarios de carrera que ascendieron a la categoría de Ministro Plenipotenciario, después de haber hecho la solicitud, cumplido el tiempo de servicio de cuatro (4) años en la categoría de Ministro Consejero, aprobado los exámenes de idoneidad y obteniendo una calificación satisfactoria del año calendario común a aquel en que se produce el ascenso.

4º. Que se declare que la práctica de utilizar la comisión especial de servicio para posesionar a los funcionarios de carrera en cargos de inferior categoría ocasiona un detrimento patrimonial para el Estado".

1.2.- Soporte fáctico

La demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos, que la Sala sintetiza así:

La Ley 41 de 1905, fue la primera norma que reglamentó el servicio diplomático y consular, sin embargo aunque los distintos Gobiernos han reconocido la necesidad de fortalecer este servicio nunca se ha logrado satisfacer plenamente dicho objetivo. La Ley 62 de 1967 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para organizar el servicio Diplomático y Consular, con base en las cuales expidió el Decreto 2016 de 1968.

Posteriormente el Decreto 10 de 1992 estableció que, en un lapso de 10 años el 50% de los embajadores debía ser ejercido por funcionarios de carrera. En el año 2000 la Ley 573 facultó para regular de nuevo la Carrera Diplomática y Consular y determinó que los embajadores de carrera podrían tener un cupo del 20% de la totalidad de los cargos de embajador. La Corte Constitucional al declarar la constitucionalidad del artículo 60 de la Ley 573 señaló que en cargos de Carrera Diplomática y Consular se permite el nombramiento en provisionalidad por la urgencia en la prestación de servicio hasta tanto se realicen los procedimientos para el nombramiento en propiedad.

La actora afirmó que en el caso concreto no hay situación de urgencia pues la demandada se desempeñaba como Coordinadora del Area de Tratados y hay siete (7) funcionarios inscritos en el escalafón como Ministros Plenipotenciarios que pueden ocupar el cargo para el que fue nombrada en provisionalidad.

La Resolución número 0387 del 22 de enero de 2013 expedida por el Gobierno Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores mediante la cual se nombró como Ministro Plenipotenciario con carácter provisional a la señora Alejandra Valencia Gartner viola el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Existe personal vinculado a la carrera Diplomática y Consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario para nombrar en propiedad.

De acuerdo con los Decretos 3358 de 2009, 1441 de 2011 y 047 de 2013, el total de la planta de personal del Ministerio está conformada por 1308 cargos de los cuales 726 son de Carrera Diplomática y Consular. El memorando DITH No. 55208 del 16 de agosto emitido por la Dirección de Talento Humano informa que hay 246 funcionarios inscritos en la carrera y de ellos 127 ocupan cargos por debajo de su categoría.

El acto de nombramiento demandado violó los artículos 13, 25, 83, 123 y 125 de la Constitución Política y 4º y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 pues en la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra persona inscrito en la categoría de Ministro Plenipotenciario que en la actualidad se encuentra ejerciendo cargos inferiores a su rango.

Nombrar funcionarios de carrera en cargos inferiores en categoría, implica un detrimento patrimonial para el Estado sin existir necesidad del servicio que la justifique, por cuanto el Estado paga dos veces el salario del Ministro Plenipotenciario, de una parte a quien tiene el derecho Constitucional y de la otra a quien lo devenga sin justa causa.

Las implicaciones jurídicas de la planta global determinan que la asignación de cargos sea flexible para su provisión, tal cual lo ha reseñado el Consejo de Estado en concepto 2030 del 29 de octubre de 2010.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

La demandante señaló como violados los artículos: i) 6º, 13, 25, 83, 123 y 125 de la Constitución Política; y ii) 4º y 60 del Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular.

i) Indicó que se infringen los artículos 6º, 13, 25, 83, 123 y 125 Superiores al aceptarse el nombramiento en provisionalidad de la demandada en un puesto que pertenece a la Carrera Diplomática y Consular; que existe personal para asignar en propiedad y que la provisionalidad es la excepción, aplicable sólo cuando no existe personal de carrera que pueda ocupar el cargo.

Manifestó que no puede desconocerse a los funcionarios de carrera con más de 20 años de experiencia, que cumplen con los requisitos y han aprobado los exámenes de ascenso para ocupar el cargo del escalafón; que existen siete funcionarios que tienen el derecho a ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y que la Cancillería sin justificación alguna los mantiene en cargos inferiores violando las disposiciones que rigen el ascenso y provisión de los mismos con personal de carrera.

ii) Afirmó la actora que la Resolución de nombramiento en provisionalidad demandada violó el artículo 4º del Decreto Ley 274 de 2000 porque, no obedeció los principios de moralidad, eficiencia, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad y confidencialidad. Hizo énfasis en que al existir un listado de empleados en carrera para el puesto de Ministro Plenipotenciario se debió haber nombrado en propiedad a alguno de ellos y no a un extraño en provisionalidad.

Por último, en cuanto al artículo 60 del mismo Decreto Ley destacó que fue vulnerado debido a que la provisionalidad solo se aplica cuando hay imposibilidad de nombrar funcionarios de carrera de acuerdo a las leyes vigentes, situación que en este caso particular no se presenta por cuanto hay siete funcionarios inscritos en el rango de Ministro Plenipotenciario que pueden ocupar dicho carg. Señaló que no existe criterio objetivo en el nombramiento demandado y que se viola el sistema de carrera de meritos constitucional y legalmente protegido.

II.- CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

1.- Ministerio de Relaciones Exteriores: Por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda y expuso los hechos y razones de la defensa. Solicitó que se desestimaran las pretensiones debido a que el acto administrativo demandado fue expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes.

Frente a los hechos de la demanda incoada destacó que no se violó el ordenamiento jurídico alegado como tal por el actor. Indicó que no es cierto que el Ministerio esté ocasionando un detrimento patrimonial ya que cada uno de los nombramientos se hace en virtud del buen servicio.

Respecto al cargo propuesto por el demandante manifestó que el nombramiento cuestionado no ha transgredido la estabilidad laboral de ninguno de los funcionarios mencionados en el libelo introductorio, y que éstos ostentan las garantías propias de un cargo de Carrera Diplomática y Consular, sin desconocimiento de ningún tipo de derecho laboral.

Agregó que la demandada cumple a cabalidad con todos y cada uno de los requisitos que exige la norma para ocupar el cargo para el cual fue nombrada en provisionalidad, que el nombramiento es ajustado a derecho por encontrarse en concordancia con las disposiciones jurídicas que regulan la materia y que los defectos aducidos por la demandante tienen su origen en la inconformidad con el ordenamiento jurídico, en el sentido de nombrar un funcionario en provisionalidad cuando existen funcionarios inscritos en el escalafón para dicho cargo en un abierto desconocimiento de las normas jurídicas aplicables a la Carrera Diplomática y Consular; y que contrario sensu el Ministerio de Relaciones Exteriores ha implementado unas políticas públicas que garantizan los principios que orientan la función administrativa.

Fundó su defensa además en los siguientes argumentos que tituló así; i) la facultad discrecional, ii) la presunción de validez del acto administrativo demandado y iii) indebida escogencia de la acción.

i) Determinó que el nombramiento cuestionado se ajustó a lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 que autoriza a la administración del servicio exterior para hacer nombramientos en provisionalidad, sin menoscabar derechos laborales adquiridos por los funcionarios inscritos en el escalafón.

ii) Indicó que el acto administrativo demandado se presume válido y expedido de conformidad con la Constitución Política, la ley y el reglamento; que el principio de legalidad es la regla que gobierna la Administración y que el Ministerio cumplió con las exigencias legales para dictar el acto de nombramiento en cuestión.

iii) Señaló que el actor, al tenor de sus pretensiones debió acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no a la acción de simple nulidad electoral. Lo anterior, por cuanto la demanda no busca el mantenimiento del interés general, sino que tiene como objetivo favorecer los intereses de un grupo de determinados particulares.

2.- La demandada Alejandra Valencia Gartner: Actuando en nombre propio, contestó la demanda y en relación con los hechos y pretensiones coadyuvó los argumentos y pronunciamientos de defensa formulados en el escrito presentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Formuló la excepción previa de falta de legitimación por activa teniendo en cuenta que la

demanda fue presentada por la actora como representante de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular sin haber sido revestida de un mandato expreso para tal efecto.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante sentencia de 18 de julio de 2013, declaró no probada la excepción propuesta por la demandada, se abstuvo de pronunciarse sobre el cargo propuesto en el alegato de conclusión relacionado con el incumplimiento del requisito de experiencia previsto en el Decreto No. 3117 de 2005 y negó las pretensiones de la demanda.

El fallador de primera instancia desestimó la excepción de falta de legitimación por activa al considerar que el medio de control de nulidad electoral es de carácter público y cualquier ciudadano puede ejercerlo.

Respecto al fondo del asunto consideró el a quo que:

“Las manifestaciones hechas por el director de talento humano del Ministerio de relaciones exteriores permiten concluir que no había funcionarios disponibles de carrera para el nombramiento en el cargo de ministro plenipotenciario, lo cual respalda la validez de la designación provisional de la funcionaria demandada en cumplimiento de la excepción prevista en el artículo 60 del decreto No, 274 de 2000.

(…)

Adicionalmente, es importante destacar que la parte actora no acompaño prueba que desvirtúe las manifestaciones del director de talento humano de la cancillería, al punto que después de la audiencia de pruebas no hizo ningún pronunciamiento sobre dicho informe a pesar que tenía la posibilidad de controvertirla luego de su recaudo.

(…)

En el alegato de conclusión tampoco incluyó consideraciones concretas sobre el curso actual de los períodos de alternación del servicio por parte de los funcionarios a que hacer referencia la demanda, por lo cual no aparece desvirtuado el incumplimiento del requisito de su culminación para el acceso al cargo de ministro plenipotenciario.

Al no estar probada la terminación de los correspondientes lapsos de alternación del servicio como requisito para la disponibilidad del cargo, la Sala no encuentra que haya desconocido el alegado mejor derecho de los funcionarios señalados en la demanda.

(…)

Ante la ausencia de funcionarios habilitados para ocupar el cargo por estar en curso sus periodos de alternación, la aplicación del régimen excepcional de la provisionalidad tenía fundamento legal y está ajustado al criterio objetivo invocado por la actora a partir de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Por consiguiente, la Sala negará las pretensiones de la demanda al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado, ni haberse demostrado el desconocimiento de la regulación prevista en el artículo 60 del decreto No. 274 de 2000 ni del régimen de carrera aplicable al servicio exterior de la república”.

IV.- RECURSO DE APELACION

La parte actora impugnó dentro del término legal la providencia de primera instancia con argumentos que la Sala se permite resumir así:

a) Indicó que en el proceso electoral número 11001032800020090004300 adelantado en el Consejo de Estado en esta misma Sección se declaró la nulidad del acto demandado mediante sentencia de 3 de junio de 2010, por falta de motivación del acto e incumplimiento del requisito de experiencia del nombrado, circunstancias que también cobran vigencia para el caso en particular que se somete a consideración y que no fueron tenidos en cuenta por el fallador de primera instancia.

Respecto al régimen de alternación esgrimido como argumento en la sentencia apelada, recalcó que no tiene asidero legal de acuerdo con el Decreto 3358 de 2009 (adicionado por los Decretos 1444 de 2011 y 47 de 2013) pues el cargo de Ministro Plenipotenciario hace parte de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores en la que se integraron los cargos de planta interna y externa.

Agregó que la Ley 489 de 1998 en su artículo 115 autorizó al Gobierno Nacional, para que mediante decreto apruebe la planta global en cada uno de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiv.

b) Alegó el actor que la Resolución número 387 del 22 de enero de 2013 desconoció los límites legales pues sólo se puede nombrar motivadamente en provisionalidad si no fuere posible designar a un funcionario escalafonado en el rango equivalente al respectivo empleo, lo que para el cargo de Ministro Plenipotenciario no ocurrió pues siete (7) funcionarios del Ministerio se encontraban en condiciones para asumir el cargo.

Frente al argumento del Tribunal de que el demandante debía demostrar que cualquiera de los funcionarios de carrera aspirantes al cargo hubiesen cumplido con la alternación, el apelante afirmó que tal carga carece de fundamento jurídico por cuanto la vacante pertenece a la planta global de la entidad y no a una misión u oficina consular o despacho del Ministerio en el país.

c) Acusó el actor que la Resolución demandada no fue motivada y por lo tanto transgredió el orden jurídico general con la actuación irregular de la administración públic.

Precisó que el sistema de administración de personal se encuentra fundado en el mérito y que tiene un carácter piramidal o de ascensos que se identifica con un proyecto de vida en la función pública y que el nombramiento de la demandada como Ministro Plenipotenciario no se encuentra ajustado a ninguna de estas premisas.

Agregó que el Consejo de Estado ha examinado la realidad de los nombramientos en provisionalidad que, como en el caso en estudio, constituyen ascensos disfrazados con desconocimiento del principio del mérito para quienes no pertenecen a la Carrera Diplomática y Consular.

d) Destacó el demandante que de acuerdo al artículo 3º del Decreto 3117 de 2005, se requiere una experiencia de ocho (8) años para ocupar en provisionalidad el cargo de Ministro Plenipotenciario y que la demandada se graduó en agosto del 2005, lo cual quiere decir que a la fecha de la designación no contaba con el requisito señalado, maxime si se tiene en cuenta que en la actualización de la hoja de vida del SIGEP, aparece con una experiencia de 5 años y 9 meses.

Por último, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda.

V.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

1.- Ministerio de Relaciones Exteriores: Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resolvió negar las pretensiones de la demanda pues fue dictada de acuerdo con el ordenamiento jurídico y los parámetros jurisprudenciales de esta misma jurisdicción.

Añadió que:

"De tal modo que la aplicación del precedente jurisprudencial por parte de la primera instancia estuvo acertado, cuando se refiere a los nombramientos en provisionalidad cuando no es posible hacerlo con los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular, de acuerdo a las previsiones del artículo 60 del Decreto 274 de 2000, ya que debía analizarse la situación administrativa de cada uno, pues, esta simple circunstancia en sí no bastaba, sino que resulta necesario estar legalmente disponible según la alternación o ascenso, pero en todo caso dependiendo de la situación administrativa de cada uno".

Concluyó que no se violaron, por omisión o extralimitación, las disposiciones que alega la demandante, ya que está probado que en ningún momento la actuación administrativa infringió normas de carácter constitucional o legal.

Ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en especial los aducidos sobre la presunción de validez del acto administrativo demandado y que la Corporación de segunda instancia sólo debía estudiar los argumentos que cierran el litigio de acuerdo a lo expuesto por el actor en la demanda y a lo señalado en la fijación del litigio en la audiencia inicial.

2.- Nancy Benítez Páez: Distinguió la interpretación jurisprudencial de la sentencia C-292 de 2001 proferida por la Corte Constitucional, sobre la exequibilidad del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 y la racionalización de la duración de los nombramientos en provisionalidad. Adujo que estas nominaciones desconocen el régimen de carrera e instauran la excepción como regla general, lo cual genera una discrecionalidad mayor en detrimento del principio del mérito.

La accionante agregó:

"En el orden de ideas propuesto, el fallo impugnado tiene incongruencias al decidir entre lo pedido, lo anotado en el litigio y lo consignado al decidir de fondo señalando que es un cargo que no resolverá la Sala. Igualmente, se basa en una certificación jurada no expedida por el único funcionario que podía declarar bajo juramento en forma escrita; y le concede pleno valor al contenido de los oficios de la Dirección de Talento Humano sin el análisis que correspondía a la circunstancia de omisión de información precisa acerca de las novedades laborales de los ministros plenipotenciarios potencialmente elegibles. En todo caso, de los mismos documentos expedidos por la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, puede inferirse sin ninguna duda que si habían funcionarios diplomáticos inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular, potencialmente elegibles especialmente los Ministros Consejeros que tenían desempeño en la planta interna que vinieron a ascender posteriormente a Ministros Plenipotenciarios, al tenor de los certificados en mención y bien pudieron ser designados en comisión en el cargo de Ministro Plenipotenciario realizado en la Resolución 0387 del 22 de

enero de 2013”.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

EN SEGUNDA INSTANCIA

El Procurador Delegado solicitó a la Sala confirmar la decisión de primera instancia objeto de la presente alzada, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda.

Consideró que el análisis de fondo del presente asunto debe circunscribirse únicamente a establecer si el nombramiento en provisionalidad de la demandada, se encuentra viciado de nulidad por cuanto existían funcionarios de la carrera diplomática y consular para ocupar dicho cargo.

Añadió que el cargo de Ministro Plenipotenciario es de Carrera Diplomática y Consular, por lo que debe someterse a las normas que rigen este sistema especial que se hallan contempladas en el Decreto 274 del 2000.

Y concluyó:

“En el caso en estudio observa esta agencia del Ministerio Público que existen algunos funcionarios pertenecientes o inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentran escalafonados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, pero que ocupan cargos de categoría inferior tal como se advierte en certificados de folios 17 y siguientes del expediente.

No obstante dicha demostración, no existe prueba que permita establecer que el nombramiento de la demandada en provisionalidad como Ministro Plenipotenciario es irregular, como quiera que no hay si quiera evidencia de que el personal de carrera señalado, además de estar inscrito en la carrera diplomática y consular no estuvieren cumpliendo el plazo de alternación de que tratan los artículos 35 y siguientes del decreto 274 de 2000.

Por lo anterior, y con ocasión a que le correspondía a la parte accionante la carga de demostrar la existencia de personal inscrito en esa Carrera, pero además, que ellos eran aptos para ocupar esa dignidad, esto es, que estaban disponibles según la alternación prevista en la normativa correspondiente, lo cual no fue demostrado, los cargos de la demanda deben ser desestimados.”

VII.- TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de 25 de noviembre de 2013, se ordenó correr traslado por el término común de 3 días a las partes para alegar de conclusión para lo cual el proceso permaneció en la secretaría de la Sección por el tiempo pertinente, luego de lo cual se entregó el expediente al agente del Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 293 del CPACA.

Realizado todo lo anterior ingresó el proceso al Despacho para emitir sentencia de segundo grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Sección para conocer de la apelación formulada por la parte demandante

contra el fallo proferido el 18 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, está fijada por lo dispuesto en el artículo 150 del C.P.A.C.A., y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado

El nombramiento de la señora Alejandra Valencia Gartner como Ministro Plenipotenciario, se acreditó con copia de la Resolución Número 0387 de 22 de enero de 2013, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriore.

En la demanda y con posterioridad, en la audiencia inicial, quedó establecido que el litigio se centraba en establecer "la legalidad del nombramiento en provisionalidad de la señora Alejandra Valencia Gartner en el cargo de Ministro Plenipotenciario de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la resolución número 0387 de enero 22 de 2013 pese a que había personal perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular que cumplía con los requisitos para ocupar dicho cargo.

3.- Cuestión Previa

El apelante en su recurso de alzada añade nuevos cargos a la demanda como son los expuestos en los textos nombrados por él mismo como: i) argumentos del Consejo de Estado en el caso radicado 11001032800020090004300; ii) falta de motivación del acto de nombramiento y la violación del principio del mérito y iii) incumplimiento del requisito de la experiencia exigida en el Decreto 3117 de 200.

Si bien es cierto que la competencia del fallador de segunda instancia se encuentra restringida a las motivaciones del escrito de apelación, esto no quiere decir que se pueda desbordar los límites del litigio que se encausaron en las instancias procesales de la primera instancia, es decir no pueden presentarse argumentos adicionales a los precisados en la demanda y en la fijación del litigio.

Para la Sala, esta actuación procesal además de una conducta anómala por no decir que desleal por parte del demandante, constituye una flagrante violación al principio de congruencia de la sentencia y al derecho de defensa del demandado, porque se pretende agregar nuevas causales de nulidad al acto cuestionado sin el conocimiento previo de la contraparte y en una etapa procesal impertinente, desconociendo el mínimo de los derechos propios del juicio modern.

Así las cosas, el fallo desestimatorio emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se estudiará sobre el cargo propuesto por la demandante en el libelo (fls. 7 a 9) y acordado en la audiencia inicial (fl.125), en concordancia con lo expuesto en la apelación (fls. 251 a 256), es decir, aquel que hizo alusión a que el nombramiento de la demandada fue irregular por cuanto existían funcionarios en el escalafón de la Carrera pendientes para ocupar dicho cargo.

4.- Asunto de Fondo

Se demandó la nulidad del nombramiento en provisionalidad de la señora Alejandra Valencia Gartner como Ministro Plenipotenciario, con fundamento en la supuesta violación de i) los artículos 6º, 13, 25, 83, 123 y 125 de la Constitución Política y ii) los artículos 4º y 60 del Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular.

4.1.- Análisis de los cargos

Revisados los argumentos propuestos por ambas partes y tras calificar el mérito probatorio de las pruebas allegadas al expediente, la Sala concluye que no hay lugar a declarar la nulidad pretendida.

En primer lugar, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 1º de la Ley 573 de 2000 expidió el Decreto Ley 274 de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 43.906, por medio del cual reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. En el artículo 10º se señalan las diferentes categorías del escalafón en la Carrera Diplomática y Consular, entre las que encontramos: a) Embajador, b) Ministro Plenipotenciario, c) Ministro Consejero, d) Consejero, e) Primer Secretario, f) Segundo Secretario y g) Tercer Secretario.

La Carrera Diplomática y Consular es la forma especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a la misma, teniendo en cuenta el mérit

.

Las normas mencionadas, establecen de manera rigurosa 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 Decreto Ley 274 de 2000).

En el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos requieren necesariamente, dentro de su sistema de carrera Diplomática y Consular, cumplir con la exigencia de la alternación, 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. Sobre el particular merece la pena transcribir in extenso las siguientes disposiciones del Decreto Ley 274 de 2000:

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

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

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

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

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúanse de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieren el rango de Tercer

Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.

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

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

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

ARTICULO 38. OBLIGATORIEDAD. Es deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular prestar su servicio en Planta Interna de conformidad con lo estipulado en el 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.

PARAGRAFO. Igual efecto se producirá cuando la renuencia ocurriere respecto de la designación en el exterior o respecto de un destino específico o en relación con el cumplimiento de una comisión para situaciones especiales.

ARTICULO 39. APLICACION. La alternación se aplicará de la siguiente forma:

a. La Dirección del Talento Humano o la dependencia que en cualquier tiempo hiciere sus veces, mantendrá un registro de los lapsos de alternación de cada funcionario.

b. Cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso la Dirección del Talento Humano o la dependencia que hiciere sus veces, coordinará las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma.

c. Los desplazamientos para los Funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que sean resultado de la alternación, se harán efectivos en los siguientes meses:

1) Durante el mes de Julio, los causados durante los meses de Enero a Junio anteriores a dicho mes de Julio.

2) Durante el mes de Enero, los causados durante los meses de Julio a Diciembre anteriores a dicho mes de Enero.

PARAGRAFO PRIMERO. Para los efectos relacionados con lo previsto en este artículo, el Decreto o los Decretos respectivos deberán ser expedidos y comunicados durante el mes de Mayo para los desplazamientos que se produzcan en el mes de Julio y, durante el mes de

Noviembre cuando el desplazamiento se realizare en el mes de Enero. En todo caso, a partir de la comunicación del decreto respectivo, el funcionario tendrá derecho a dos meses de plazo para iniciar sus labores en el nuevo destino, además de los 5 días de permiso remunerado necesarios para el desplazamiento.

El término de dos meses a que hace referencia este parágrafo podrá ser prorrogado mediante resolución suscrita por el Secretario General, a solicitud del interesado y previo acuerdo con el funcionario a reemplazar en Planta Externa, cuando a ello hubiere lugar.

PARAGRAFO SEGUNDO. Cuando para aplicar la alternación se designare el funcionario en un cargo correspondiente a la categoría en la cual estuviere escalafonado o su equivalente en planta interna, se realizará un traslado. En los demás casos la designación tendrá lugar mediante comisión para situaciones especiales." (Negrillas fuera de texto)

Las reseñadas disposiciones enseñan que los funcionarios con categoría Diplomática y Consular deben cumplir los lapsos de alternación tanto en planta externa como en planta interna, en aplicación de los principios rectores de eficiencia y especialidad. Establece a la vez la frecuencia de los periodos de alternación en cada uno de los eventos, esto es, cuando el tiempo de servicio se presta en el exterior o cuando la actividad se cumple en la planta interna. Prescribe además la prohibición que tienen los mencionados funcionarios de ser designados en otro cargo cuando se encuentren prestando su servicio en el exterior, salvo las circunstancias excepcionales contenidas en el parágrafo del artículo 37, calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país.

De igual forma el artículo 12 del Decreto Ley 274 de 2000 impone la obligación a los funcionarios pertenecientes a la carrera Diplomática y Consular de prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado, deber que a la vez constituye condición necesaria para ser luego nombrado en el exterior, en aplicación de la alternación establecida en beneficio del servicio exterior. La renuencia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la Carrera Diplomática y Consular, sino del servicio, efecto que se extiende a las circunstancias previstas en el parágrafo del artículo 38.

Se ocupa así mismo de definir, la forma en que se aplicará la alternación, la época en que se realizarán los desplazamientos y las situaciones administrativas que de ella se deriven.

La hermenéutica de las normas transcritas supone entonces que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en planta interna como externa, está sujeta al cumplimiento de un requisito muy especial, como es el periodo de alternación. Es decir 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 poder ser nombrado.

Por otra parte, en cuanto al régimen general de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos, la Constitución Política establece como parámetro general el mérito o aptitud de los aspirantes a ocuparlos, procedimiento que se encausa a través de las correspondientes carreras administrativas. Sin embargo la propia Norma Superior en algunas circunstancias especiales, excepciona de tal situación defiriendo a la ley los casos particulares en que la administración pueda apartarse de ella. El artículo 125 de la Carta Política establece:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(…)”

A su turno, 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, consagra de manera específica una de estas excepciones para ocupar empleos públicos al margen de la situación de carrera administrativa. El artículo 25 de la norma citada indica:

“PROVISION DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos **serán provistos en forma provisional** solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

Respecto a una de las variantes de las carreras propias de la Administración, como es la Diplomática y Consular, fenómeno que se estudia en el caso bajo examen, el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, consagra la provisionalidad en la cual, la administración puede temporalmente llenar un empleo vacante con personas que no se encuentran inscritas en ella, por fuera de los parámetros del mérito de la carrera administrativa, para solventar temporalmente circunstancias de emergencia del servicio. La norma indica:

“ARTICULO 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.”

A su vez, el artículo 61 del mismo estatuto establece las condiciones básicas y especiales en las cuales personas ajenas a la carrera, puedan acceder a los cargos del Ministerio de Relaciones Exteriores que están en principio cobijados por el mérito en su acceso, permanencia y ascenso. El artículo dispone:

“CONDICIONES BASICAS. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

a. Para ser designado en provisionalidad, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.) Ser nacional Colombiano

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

3.) 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.

b. El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años.

c. En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado contenidos en el artículo 62 y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales a las que aluden los artículos 63 a 68 de este Estatuto.

d. 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.

PARAGRAFO. Las condiciones básicas contenidas en este artículo se sustentan en la Especialidad del servicio exterior. Por lo tanto, no confieren derechos de Carrera".

La Sala precisa que si bien la manera general para acceder a los cargos regidos por la Carrera Diplomática y Consular se funda en el mérito, también la norma reconoce que excepcionalmente dichos empleos pueden ser ocupados por personas que no pertenezcan a la Carrera, de acuerdo con las disposiciones transcritas, siempre que cumplan con algunos requisitos propios para el servicio exterior, que si bien los releva de su pertenencia a la carrera administrativa, sí les exige conocimiento y experiencia en las relaciones internacionales.

De conformidad con la literalidad normativa antes transcrita y de acuerdo con el artículo 8 del Decreto Ley 274 de 2000, el cargo de Ministro Plenipotenciario, pertenece al régimen de Carrera Diplomática y Consular y como tal, debe ser provisto con funcionarios escalafonados; pero excepcionalmente según lo establece el artículo 60 ibidem, se autoriza la designación en provisionalidad de funcionarios no escalafonados para ejercer cargos de 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".

Así las cosas, el Ministerio de Relaciones Exteriores puede de manera excepcional acudir al nombramiento en provisionalidad, no solo porque en la categoría no exista personal escalafonado, sino porque aún existiendo, NO SE PRESENTE SU DISPONIBILIDAD por estar en curso el periodo de alternación del funcionario de carrera, tal como ocurrió en este evento.

El nombramiento en provisionalidad de la demandada en el cargo de Ministro Plenipotenciario se encuentra entonces permitido por el sistema laboral oficial de la Carrera Diplomática y Consular consagrado en el Decreto Ley 274 de 2000.

Ahora bien, el sistema de alternación está a cargo del Director de Talento Humano, quien planifica el servicio externo e interno del Ministerio de Relaciones Exteriores empleando un sistema de rotación de personal, certificando la disponibilidad o no del personal escalafonado en la categoría para ser nombrado en provisionalidad. Así lo establece el artículo 78 del Decreto Ley 274 del 2000 al disponer:

"DIRECCION DEL TALENTO HUMANO. Sin perjuicio de las funciones generales que le correspondieren de acuerdo con las normas reguladoras de la estructura orgánica del Ministerio, son funciones especiales de la Dirección del Talento Humano o de la dependencia que hiciere sus veces, como órgano de apoyo de la Carrera Diplomática y Consular, las siguientes:

a. Orientar y coordinar la política de desplazamientos de los funcionarios, especialmente los que se derivan de la alternación.

b. Adelantar las actividades necesarias para permitir el cumplimiento de lo previsto en el parágrafo primero del artículo 39 de este Estatuto.

c. Elaborar y mantener un registro con la frecuencia de los lapsos de alternación de cada funcionario.

(…)”

La Sala encuentra que en el material probatorio aportado por la demandante obra el listado de los funcionarios que pertenecen a la Carrera Diplomática y Consular con su respectivo escalafón y el cargo desempeñado hasta agosto de 2012, fecha en la cual se expidió la documentación a solicitud de la parte actora (fls. 18 a 26), pero sin establecer los períodos de alternación de los funcionarios, dato imprescindible para determinar su disponibilidad para ser designados en los cargos de carrera que resulten vacantes en el momento en que se profirió el acto acusado.

Sin embargo, la Corporación encuentra que dentro del proceso obra certificación; expedida a solicitud de la demandante, por el Director de Talento Humano de conformidad con las funciones anotadas anteriormente (folios 137 a 140), en la que manifestó:

“(…)

Con sujeción a lo anterior, y habiendo cumplido la doctora Valencia Gartner, con las condiciones básicas establecidas en el artículo 61 ibídem, incluso muy por encima de lo exigido en dicha norma, **y teniendo en cuenta que no era posible designar en dicho cargo, funcionarios de Carrera Diplomática y Consular, quienes se encontraban en cumplimiento de los principios de eficiencia y especialidad, alternando su servicio entre planta interna y planta externa**, fue nombrada la Doctora Valencia Gartner (…)” **(negrillas y subrayas fuera de texto)**

Documento público expedido por el funcionario idóneo del Ministerio de Relaciones Exteriores, según el cual es palmario y contundente que para el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global para el 22 de enero de 2013, en el que fue designada Alejandra Valencia Gartner no existían funcionarios de carrera diplomática y consular DISPONIBLES ya que se encontraban cumpliendo el período de alternación; en otras palabras no podían ser nombrados hasta tanto no terminaran los tiempos ordenados en los artículos 36 y 37 del decreto ley tantas veces mencionado.

Igualmente en el plenario obra como prueba el oficio de fecha 28 de mayo de 2013 dirigido al Magistrado ponente de primera instancia (folios 196 a 201) en el que se informó:

“Con ese fin, me permito acompañar el listado de los funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular de Ministro Plenipotenciario a la fecha, junto con certificación de los cargos ocupados en la actualidad, por dichos funcionarios.

En el listado anexo, están contenidos los funcionarios que actualmente se encuentran escalafonados en el rango de Ministro

Plenipotenciario, muchos de los cuales se encontraban escalafonados en otra categoría para la fecha en la que fue nombrada la funcionaria Alejandra Valencia Gartner.

Así mismo, y con sujeción al artículo 37 del Decreto 274 de 2000, según el cual el personal de Carrera Diplomática y Consular, debe prestar su servicio en planta externa durante cuatro años continuos, prorrogables hasta por dos años más, por necesidades del servicio, y en planta interna durante tres años prorrogables a solicitud del funcionario, los funcionarios de carrera diplomática relacionados atrás, fueron comisionados o trasladados para el desempeño del cargo que

actualmente ocupan, en épocas anteriores o posteriores al nombramiento materia de análisis.

El (sic) nombramiento en los casos citados, fueron efectuados al tenor de lo dispuesto en los artículos 1, 12, 39 parágrafo 2 y 53 y 56 Lit. a) y siguientes del Decreto Ley 274 de 2000, que prevén la designación de funcionarios escalafonados en la Carrera Diplomática y Consular para el cumplimiento de los lapsos de alternación, y de prestación de servicio en planta interna y en planta externa, en un cargo correspondiente a la categoría de su escalafón o en un cargo superior o inferior en el mismo, previéndose que en tal evento el funcionario tendrá derecho a que se le reconozca la diferencia que hay entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeña en comisión, durante el tiempo que desempeñe la misma y señalando que en caso que 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 pertenece."

Conforme con la anterior información, no controvertida por la demandante, los funcionarios que fueron citados por la actora en la demanda como llamados a ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario no estaban habilitados para ello, por no estar disponibles, en concepto del Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, para hacerlo en razón de la alternación en la que se encontraban.

De acuerdo con la comunicación legalmente aportada por Elías Ancízar Silva Robayo Director de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular citados por la demandante se encontraban ejerciendo cargos en el exterior así (fls. 198 a 201):

- JOSE ANTONIO SOLARTE, Ministro Consejero adscrito a la embajada de Colombia en Francia,

- EDGAR RODRIGO ROJAS GARAVITO, Ministro Consejero adscrito a la embajada en Estados Unidos de América,

- ADRIANA DEL ROSARIO MENDOZA AGUDELO, Ministro Plenipotenciario adscrito a la embajada en Ecuador,

- ALVARO ENRIQUE AYALA MELENDEZ, Ministro Plenipotenciario asignado al Despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores,

-YOMAR NANCY GONZALEZ ULLUA, Ministro Plenipotenciario adscrito a la embajada en Uruguay,

-ALFONSO DE JESUS VELEZ RIVAS, Primer Secretario de Relaciones Exteriores adscrito al Consulado de Colombia en Willemstah, Curazao y

-SARA JUDITH GAMBA FUENTES, Segundo Secretario de Relaciones Exteriores adscrita a la embajada en Portugal.

Los mencionados funcionarios y los demás que aparecen en el listado obrante a folios 198 a 201, si bien estaban escalafonados dentro de la Carrera Diplomática y Consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrada la ahora demandada, no estaban disponibles para ocupar el cargo por estar en período de alternación, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad de la Resolución número 0387 de 2013; por consiguiente el acto acusado no

transgrede entonces lo dispuesto en el Decreto Ley 274 de 2000, ya que se cumplen los requisitos para designar a la funcionaria en provisionalidad al no existir funcionarios de carrera que hayan cumplido con la alternación en el tiempo que surgió la vacante.

Por lo dicho, para la prosperidad de los cargos es menester que la parte actora acredite no solo que se realizó un nombramiento de un empleo de carrera de manera provisional con una persona que era ajena a ella, sino que además, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado debe probar que para el momento del nombramiento existía un empleado inscrito en carrera diplomática y consular que efectivamente podía ser nombrado en el cargo, no solo en razón de su inscripción sino de acuerdo con la alternación.

Así ha sido reconocido por esta Secció:

“Las normas transcritas (D.L. 274/2000 artículos 35 a 38) avalan la conclusión, entre otras, de que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en Planta Interna como Externa, está sujeta a los períodos de alternación, es decir que no solamente será necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, como se exigía como condición única bajo el régimen del Decreto 10 de 1992, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a uno de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación, no se encuentre en curso, es decir, que no haya terminado”.

En el caso bajo examen se probó que efectivamente: i) el nombramiento cuestionado fue sobre un cargo perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular y ii) que existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, pero que NO ESTABAN DISPONIBLES en ese momento por estar cumpliendo los periodos de alternación.

Es claro para la Sala que no se encuentra proscrito de la normativa perteneciente a la singular Carrera Diplomática y Consular, el nombramiento en provisionalidad de personas ajenas o extrañas a la Carrera y que por el contrario se presenta, con anuencia de la misma Ley, como un mecanismo alternativo de vinculación cuando no es posible designar funcionarios de carrera.

No existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con el nombramiento de la doctora Alejandra Valencia Gartner, en primer lugar, porque los nombramientos en provisionalidad están legalmente autorizados precisamente en desarrollo del mencionado principio para atender situaciones de urgencia y llevar al servicio personas versadas en las funciones del cargo, pero sí se encuentra acreditado que se proveyó el cargo en provisionalidad en fecha en que no se contaba con funcionario de carrera en disponibilidad de ser designado.

A su turno, la Corte Constituciona

 mediante sentencia C-292 de 2001 declaró ajustado a la norma Superior el Decreto Ley 274 de 2000, por considerar que se desarrolló con base en el principio de la especialidad y para satisfacer necesidades de urgencia en la prestación del servicio, razones que evidencian que la vulneración de los principios invocados por la demandante no son de recibo, pues como lo dijo la Corte Constitucional en el fallo citado, el principio de especialidad se aviene a la necesidad de surtir nombramientos dentro de dicha carrera con personal ajeno, cuando exista la imposibilidad de hacerlo con personal escalafonado.

Por último, frente al presunto detrimento patrimonial endilgado por la demandante por el pago a los funcionarios de carrera en cargos inferiores en categoría, sin existir necesidad del servicio que la justifique, la Sala advierte que esa mera afirmación, no genera violación de norma alguna ni configura causal de nulidad de las previstas en el C.P.A.C.A. Esta Sección ha sostenido que:

“ (…) los juicios de reproche, relacionados con la inconveniencia del nombramiento en provisionalidad … por factores de índole económico, no son de recibo, la administración, en ese preciso ámbito y teniendo la seguridad de que puede acudir a ese tipo de nombramiento, puede hacerlo sin sujeción a la conveniencia del ahorro que generaría vincular en ese cargo temporalmente vacante a un funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, dado que en esa esfera no puede interferir la jurisdicción, amén de que las altas calidades de una persona para ocupar un cargo pueden justificar obviar esos motivos, factores de índole cualitativo se imponen a meras consideraciones cuantitativas.

Entonces, al no resultar probadas las acusaciones de la demanda y al no lograrse desvirtuar la presunción de legalidad que ampara la resolución de nombramiento de la demandada, la misma debe permanecer incólume.

De acuerdo con lo discurrido, la Sala encuentra conforme a Derecho la decisión adoptada por el Tribunal a-quo, y por lo mismo la confirmará.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia dictada el 18 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el Proceso Electoral No. 25000234100020130022 7-00.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores
ISSN 2256-1633
Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

El futuro es de todos

Cancillería de Colombia