

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 está sujeta al cumplimiento del periodo de alternación

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, por medio del cual reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. En el artículo 10º ibídem se señalan las diferentes categorías del escalafón en la Carrera Diplomática y Consular, entre las que se encuentran: 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. 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. El Decreto Ley 274 de 2000, 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, es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y 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, esto es, que se haya terminado su periodo de alternancia para poder ser nombrado.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 274 DE 2000

**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 aun 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 del demandado 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 el Ministerio de Relaciones Exteriores obran los decretos mediante los cuales los señores Sara Judith Gamba Fuentes, Howell Ricardo Quimbaya Morales y Alfonso de Jesús Vélez Rivas en virtud del principio de alternación fueron trasladados o comisionados a la planta interna y externa del Ministerio. Pues bien, lo cierto es que se encuentra plenamente probado que para el 20 de noviembre de 2013, fecha en la que se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global de Alvaro Gutiérrez Botero, no existían funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles ya que se encontraban cumpliendo el período de alternación; en otras palabras, aquellos que ocupaban cargos de inferior jerarquía al de su ranking no podían ser

nombrados hasta tanto no terminaran los tiempos ordenados en los artículos 36 y 37 del decreto ley tantas veces mencionado. No existe en el proceso prueba de que haya sido vulnerado el principio de especialidad con el nombramiento del doctor Alvaro Gutiérrez Botero, 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, por el contrario, 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.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 274 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E)

Bogotá, dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00013-01

Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURAN

Demandado: MINISTRO PLENIPOTENCIARIO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó la parte demandante, contra la sentencia de 5 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El señor Enrique Antonio Celis Durán, en nombre propio, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó:

"1°. Que se declare la nulidad del Decreto 2638 del 20 de noviembre de 2013, por medio del cual el señor Presidente de la República y la señora Ministra de Relaciones Exteriores, María Angela Holguín Cuellar, nombraron con CARACTER PROVISIONAL a ALVARO GUTIERREZ BOTERO, identificado con cédula de ciudadanía número

79.597.457, como Ministro Plenipotenciario de Relaciones Exteriores, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Países Bajos.

2°. Que, en consecuencia, se disponga dar traslado a los organismos de control para que examinen el detrimento patrimonial al Estado en que se incurre por el ejercicio ilegal de la facultad reglada de la provisionalidad del artículo 60 del Decreto 274 de 2000.”

1.2. Hechos y Argumentos

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes:

1.2.1. El Gobierno Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Decreto 2638 del 20 de noviembre de 2013 nombró con carácter provisional al señor Alvaro Gutiérrez Botero como Ministro Plenipotenciario de Relaciones Exteriores, Código 0074, Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Países Bajos.

1.2.2. El demandado no es funcionario de carrera diplomática y consular, y el cargo en el que fue nombrado pertenece a dicha carrera en el rango de Ministro Plenipotenciario.

1.2.3. Para la fecha de expedición del acto acusado existía personal vinculado a la carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario para ser nombrado en propiedad. Dichos funcionarios estaban ocupando en comisión cargos de inferior jerarquía y dignidad a la que legalmente les correspondía.

1.2.4. 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 otra a quien lo devenga sin justa causa.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

El demandante sostuvo que el acto de elección enjuiciado contravino los artículos 6º, 13, 25, 83, 123 y 125 de la Constitución Política; y, 4º, 53 y 60 del Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular¹.

Indicó que se infringe dicha normativa al nombrarse en provisionalidad al demandado en un cargo que pertenece a la carrera diplomática y consular; además, a su juicio, los nombramientos en provisionalidad constituyen la excepción a la regla, y es aplicable sólo cuando no existe personal de carrera que pueda ocupar el cargo.

Manifestó que no se pueden desconocer los derechos laborales de funcionarios de carrera con más de 17 años de experiencia, que cumplen con los requisitos y han aprobado los exámenes de ascenso para ocupar el cargo del escalafón; además, existen 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.

Afirmó el actor, que el decreto acusado 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, integralidad 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 una persona que no pertenece a la carrera.

En cuanto a los artículos 53 y 60 del mismo decreto, destacó que fueron vulnerados 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 funcionarios inscritos en el rango de Ministro Plenipotenciario que pueden ocupar dicho cargo. Señaló que no existe criterio objetivo en el nombramiento demandado y que se viola el sistema de carrera de meritos constitucional y legalmente protegido.

¹ Decreto 274 de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.”*

1.4. Contestación de la demanda

1.4.1. El Ministerio de Relaciones Exteriores, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se desestimaran las pretensiones debido a que el acto administrativo demandado fue expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes.

Indicó que no es cierto que ese Ministerio esté ocasionando un detrimento patrimonial ya que cada uno de los nombramientos que esa Entidad realiza se hacen en virtud del buen servicio.

Manifestó que el nombramiento cuestionado no ha transgredido la estabilidad laboral de ninguno de los funcionarios que laboran en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, afirmó que al revisar los requisitos y condiciones para nombramientos en provisionalidad del cargo de Ministro Plenipotenciario, consagrados expresamente en la ley, se observa que no existe ninguna exigencia en el sentido que el funcionario designado deba pertenecer a la carrera diplomática y consular, cuando en el presente caso se hizo amparado en la provisionalidad que faculta a la Administración de conformidad con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

Expresó que de la revisión de la hoja de vida del demandado se evidencia que cumple a cabalidad con los requisitos de estudio y experiencia que exige la norma para desempeñar el cargo para el cual fue nombrado en provisionalidad.

Afirmó que al momento de nombrar al accionado, no existía un funcionario escalafonado que pudiera ejercer el cargo de Ministro Plenipotenciario de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Adujo que en desarrollo del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 ese Ministerio cuenta con habilitación legal para efectuar nombramientos en provisionalidad, como excepción a la regla de la carrera diplomática, siempre y cuando no sea posible designar a funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos.

Argumentó que el demandante se limitó a enunciar *que “existen funcionarios inscritos en el escalafón, que estaban en comisión en cargos de inferior rango al*

de su categoría” y que “estaban disponibles para ser designados en el cargo en el que se nombró al accionado”; pero no estableció de manera objetiva quienes eran esos funcionarios que podían llegar a ocupar esos cargos, los cuales deben cumplir con los requisitos para ser nombrados, toda vez que este tiene la carga probatoria de demostrar tales afirmaciones.

Afirmó que los funcionarios Sara Judith Gamba Fuentes, Howell Ricardo Quimbaya Morales y Alfonso de Jesús Vélez Rivas, para la fecha en que fue expedido el decreto demandado se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en la planta externa o interna, en cada uno de los despachos de destino donde fueron trasladados o comisionados, atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil.

Tal y como lo disponen los artículos 35, 53 y 60 del Decreto 274 de 2000 y en cumplimiento al principio de alternación fueron comisionados o trasladados a planta interna o externa los funcionarios atrás indicados.

Señaló que para la fecha en que fue expedido el decreto acusado, los funcionarios mencionados en precedencia, se encontraban dando cabal cumplimiento a los actos administrativos que ordenaron su alternancia, los cuales fueron expedidos con anterioridad al acto demandado; y, para esa fecha no había vencido la fecha señalada para su siguiente alternación.

Asimismo, precisó que los funcionarios que acababan de alternar habían sido nombrados en cargos de Ministros Plenipotenciarios o en cargo equivalente a este, como es el caso de María Lucía Fernández Cárdenas, Adriana del Rosario Mendoza Agudelo, Miguel Angel Rodríguez Melo entre otros funcionarios.

1.4.2. El demandado guardó silencio.

1.5. Alegatos de Conclusión en Primera Instancia

1.5.1. El Ministerio de Relaciones Exteriores adujo que la especial función que desarrollan los servidores adscritos al Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en el ámbito nacional como internacional, generó la estructuración de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreta que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, entre otras, ninguna de las cuales fue indicada por el demandante, lo que permitió una interpretación errónea de su parte del artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

Manifestó que de acuerdo con el artículo 37 del Decreto 274 de 2000, el personal de carrera diplomática y consular debe prestar su servicio en planta externa durante 4 años continuos prorrogables hasta por 2 años más por necesidad del servicio; y, en planta interna durante 3 años prorrogables a solicitud del funcionario.

Señaló que según la situación administrativa de permanencia, propia de la carrera diplomática y consular, los funcionarios de carrera pueden optar por no solicitar el ascenso, y permanecer por un tiempo de 4 años adicionales al señalado en el artículo 27 del Decreto 274 de 2000, en la categoría en la cual estuvieran inscritos en el escalafón.

Afirmó que en desarrollo de los principios de transparencia, eficacia y especialidad, orientadores de la función pública en el servicio exterior y en la carrera diplomática y consular, los funcionarios inscritos en el escalafón pueden cumplir con los lapsos de alternación y, por tanto de prestación de servicio en planta interna y 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 tiene derecho a que se reconozca la diferencia que existe entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión durante el tiempo que dure la misma.

Concluyó que en caso que el funcionario fuere comisionado a un cargo de inferior categoría en el escalafón o su equivalente en planta interna, tendrá derecho a

conservar el nivel de asignación básica correspondiente a la categoría a la cual pertenece.

1.6. Concepto del Ministerio Público en Primera Instancia

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

1.7. Fallo de Primera Instancia

En sentencia de 5 de junio de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" denegó las pretensiones de la demanda.

Señaló que, el cargo de Ministro Plenipotenciario pertenece a los cargos de carrera diplomática y consular y de las pruebas que obran en el expediente y lo manifestado por las partes a lo largo del proceso, el señor Gutiérrez Botero no está inscrito en ella.

Argumentó que en el expediente no hay prueba que permita determinar que en el Ministerio de Relaciones Exteriores hubiese personas de carrera diplomática y consular escalafonadas en el cargo de Ministro Plenipotenciario y que a la fecha de expedición del decreto enjuiciado hubieren podido ser nombradas en el mismo.

Determinó que el demandante no logró probar que para la fecha de expedición del acto demandado, el empleo podía ser provisto con personas escalafonadas en el cargo de Ministro Plenipotenciario y que estuviesen ejerciendo el cargo de Ministro Consejero.

El demandante solicitó la adición de la sentencia, la cual le fue denegada mediante auto de 24 de julio de 2014 toda vez que, según lo manifestado por el Tribunal, la sentencia objeto de cuestionamiento no omitió pronunciarse sobre ninguno de los cargos propuestos en la demanda, los cuales fueron analizados según las pruebas aportadas al proceso.

1.8. Recurso de Apelación

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

- **Nulidad de la sentencia por ocurrencia de la causal 6 del artículo 140 del CPC.** Toda vez que en la demanda se pidió la declaración bajo juramento de la Ministra de Relaciones Exteriores sobre los hechos debatidos, pese a lo anterior, el Magistrado Sustanciador omitió, de una parte, brindar la oportunidad para practicar dicha prueba pedida oportunamente con argumentos ilegítimos y arbitrarios; y, de otra parte, omitió señalar el término para alegar, en razón a que la decisión en audiencia no quedó ejecutoriada por la interposición del recurso de “*súplica*” contra la decisión de denegar la prueba solicitada en audiencia.

- **Incongruencia de la sentencia.** Ya que el apoderado de la Entidad accionada al contestar la demanda se refirió a las razones que se tuvieron en cuenta para expedir el acto demandado frente a las exigencias del Decreto 274 de 2000, en particular, del artículo 60. En dicho escrito se admitió como cierto el hecho de que para la fecha de expedición del decreto acusado, existían varios Ministros Plenipotenciarios que desempeñaban cargos inferiores al que le corresponde según la equivalencia del escalafón.

Manifestó que sin razonamiento alguno, el Tribunal omitió la aceptación que se hizo en la contestación de la demanda. Luego es incongruente y errónea la valoración probatoria del fallo al señalar una circunstancia fáctica que no corresponde a la realidad para la fecha de expedición del acto demandado, pues los señores Sara Judith Gamba Fuentes, Howell Ricardo Quimbaya Morales y Alfonso de Jesús Vélez Rivas sí estaban inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario y ocupaban cargos de inferior jerarquía a la que en virtud del mérito les corresponde, pero el fallo no reconoció tal situación.

Adujo que la señora Sara Judith Gamba Fuentes, quien fuere Ministro Plenipotenciario el 20 de noviembre de 2013, ocupaba el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Portugal, según el Decreto 0822 de 26 de mayo de 2011; y, que por esta circunstancia de tener la servidora de carrera más de 12 meses en el ejercicio de funciones en esa sede, la Administración debió designarla a ella en lugar del demandado, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000.

- **Incongruencia del auto que decidió la solicitud de adición de la sentencia en lo relativo a la planta global y a la carga de la prueba.** Toda vez que la existencia de una única planta global no afecta en sentido alguno los plazos de alternación en el exterior y en Colombia.

Asimismo, expresó que la existencia de una única planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, independientemente de si las funciones se cumplen en Colombia o en el exterior en alguna misión diplomática o en oficina consular permite darle solución tanto a la alternación como al derecho que tiene el funcionario de carrera de ser designado en el cargo equivalente al de su categoría.

En síntesis, para la fecha de expedición del acto acusado ya estaba vigente una única planta global y flexible con igual remuneración o asignación salarial mensual, independiente de si las funciones de los cargos del servicio exterior pertenecientes a la carrera diplomática y consular se ejercen en el exterior o en Colombia.

1.9. Alegatos en Segunda Instancia

El **Ministerio de Relaciones Exteriores** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia toda vez que, para la fecha en que fue expedido el acto acusado, los funcionarios María Lucía Fernández Cárdenas, Adriana del Rosario Mendoza Agudelo, Miguel Ángel Rodríguez Melo, entre otros, se encontraban dando cumplimiento a los actos administrativos en donde se disponía su alternación, los cuales fueron expedidos con anterioridad al acto demandado.

Además, adujo que aún no había vencido la fecha señalada para su siguiente alternación, y los que acababan de alternar habían sido nombrados en el cargo de Ministros Plenipotenciarios o en un cargo equivalente a este.

Afirmó que por lo anterior fue que la Administración con el fin de garantizar el buen servicio, previo a la revisión del registro de elegibles y las situaciones administrativas de los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, determinó que no era posible designar a los funcionarios inscritos en el mismo, por lo tanto, era posible nombrar en provisionalidad al accionado.

En consecuencia, consideró que no se violó ninguna de las disposiciones que alega el demandante, ya que no está probado que con la actuación del Ministerio se infringieron normas de carácter constitucional ni legal, ya sea por omisión o extralimitación de funciones, pues el nombramiento acusado cumplió con los requisitos exigidos legalmente para la provisión de estos cargos, respetando el interés público.

Manifestó que el Decreto acusado está ajustado a derecho debido a que al momento en que se dictó no hubo falsa motivación, ni desviación de poder, ni falta de competencia, ni vulneración de la Constitución o de las normas que rigen la carrera diplomática y consular, tampoco se afectaron los derechos laborales de los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular, de modo que no es lesivo de los artículos 60 y parágrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000.

1.10. Concepto del Ministerio Público en Segunda Instancia

El Procurador Séptimo Delegado ante la Sección Quinta del Consejo de Estado solicitó 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 recurso de apelación no es el medio para proponer una nulidad que a todas luces es extemporánea, pues esta se debió solicitar ante el juez de instancia en la primera etapa procesal y haberse tramitado como incidente. Además, dicha solicitud de nulidad puede catalogarse de impertinente, pues se observa la falta de diligencia e intención dilatoria.

Añadió que el artículo 142 del CPC señala que las nulidades procesales solo pueden alegarse hasta antes de que se dicte sentencia a menos que esta haya ocurrido con posterioridad, por lo cual la nulidad deprecada no puede ser estudiada por cuanto en el presente caso ya se profirió la sentencia y ella no tuvo origen en esta última, sino al momento en que se le negó una prueba oportunamente solicitada.

Indicó que el cargo de Ministro Plenipotenciario pertenece a una carrera especial, principio general que rige el ingreso al servicio diplomático y consular, pero que no

opera con carácter absoluto. Por esta razón, consideró que, no se le impone a la autoridad nominadora la obligación de efectuar siempre la designación del funcionario de carrera previo al agotamiento del sistema de meritos.

Argumentó que el sistema de meritos, para efectos del ingreso a la carrera diplomática y consular, establece como excepción a la norma general la provisión de cargos de carrera con carácter provisonal, vinculación que puede recaer en persona que no pertenezca a dicha carrera.

Señaló que esta forma de provisión de cargos se somete al cumplimiento de las reglas del artículo 61 del Estatuto de la carrera consular, que de cumplirse en debida forma hacen presumir que el acto se expide ajustado a la ley y con plena observancia de los principios orientadores de la función pública en el servicio exterior.

Manifestó que, es claro que cuando se presente un caso especial de necesidad del servicio para proveer un cargo de carrera diplomática o consular, y el particular nombrado cumple con los requisitos que exige el Decreto Ley 274 de 2000, dicho nombramiento es válido.

Determinó que, los funcionarios que se encontraban inscritos en carrera en el cargo de Ministro Plenipotenciario y desempeñándose en un cargo de inferior jerarquía se encontraban a la fecha de expedición del acto demandado, cumpliendo con la alternación legal que les impedía ser nombrados en dicho cargo por no estar disponibles.

Adujo que no existe prueba que permita establecer que el nombramiento del demandado en provisonalidad como Ministro Plenipotenciario es irregular, además, no hay si quiera evidencia de que el personal de carrera señalado, además de estar inscrito en carrera diplomática y consular no estuviere cumpliendo la alternación de que tratan los artículos 35 y siguientes del Decreto 274 de 2000.

En ese sentido, consideró que le correspondía a la parte accionante la carga de demostrar la existencia de personal inscrito en esa carrera y que cumplieran con los requisitos para ser aptos para ocupar esa dignidad, esto es, que estuvieran disponibles según la alternación prevista en la normativa correspondiente.

Concluyó que es diferente que los cargos pertenezcan a una planta global del Ministerio a que se deba cumplir con la alternancia, consistente en que se debe ejercer el cargo un tiempo en el exterior y otro dentro del país.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por el accionante contra el fallo de 5 de junio de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", está fijada por lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA., en el numeral 9° del artículo 152 de la misma normativa; y, en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999.

2.2. Caso concreto

En el presente caso el señor Enrique Antonio Celis Durán controvierte el Decreto 2638 de 20 de noviembre de 2013 por medio del cual se nombró provisionalmente al señor Alvaro Gutiérrez Botero como Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Países Bajos.

A juicio del accionante, el decreto enjuiciado se encuentra viciado de nulidad porque: i) se nombró en provisionalidad al demandado en un cargo que pertenece a la carrera diplomática y consular; ii) no se pueden desconocer los funcionarios de carrera que tienen más de 17 años de experiencia, que cumplen con los requisitos y han aprobado los exámenes de ascenso para ocupar el cargo del escalafón; y, iii) existen funcionarios que tienen el derecho a ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y 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.

2.2.1. De la Carrera Diplomática y Consular

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,

por medio del cual reguló el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular.

En el artículo 10º *ibídem* se señalan las diferentes categorías del escalafón en la Carrera Diplomática y Consular, entre las que se encuentran: 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.²

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.³

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.*

² Artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000.

³ Artículos 25 a 34 Decreto Ley 274 de 2000.

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 párrafo del Artículo 12 de este Estatuto. Este deber constituye condición necesaria para la aplicación de la alternación en beneficio del Servicio Exterior. Por lo tanto, el funcionario de Carrera Diplomática y Consular que rehusare cumplir una designación en planta interna, en la forma prevista en dicho párrafo, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.*

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

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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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, es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y 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, esto es, 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 los 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. Lo anterior, desde luego, siempre que no exista personal de carrera disponible para ser nombrado.

De conformidad con la 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 aun existiendo, no se presente su disponibilidad por estar en curso el periodo de alternación del funcionario de carrera, como en efecto ocurrió en este evento, según se evidenciará más adelante.

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 párrafo primero del artículo 39 de este Estatuto.*
- c. Elaborar y mantener un registro con la frecuencia de los lapsos de alternación de cada funcionario.*

(...)”

Así las cosas, se tiene que el nombramiento en provisionalidad del demandado 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 el Ministerio de Relaciones Exteriores obran los decretos mediante los cuales los señores Sara Judith Gamba Fuentes, Howell Ricardo Quimbaya Morales y Alfonso de Jesús Vélez Rivas en virtud del principio de alternación fueron trasladados o comisionados a la planta interna y externa del Ministerio así:

- Decreto 1802 de 26 de mayo de 2011 *“por el cual se hace una designación en Comisión para Situaciones Especiales a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores”* que comisionó a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a Sara Judith Gamba Fuentes en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Portugal.⁴
- Decreto 2396 de 27 de noviembre de 2012 *“Por el cual se hace un traslado a la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores”* que trasladó a la planta interna del Ministerio a Howell Ricardo Quimbaya Morales al cargo de Ministro Consejero, Código 1014, Grado 13, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁵
- Decreto 3947 de 24 de octubre de 2011 *“Por el cual se hace una designación en Comisión para Situaciones Especiales a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores”* que comisionó a Alfonso de Jesús Vélez Rivas al cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2112, Grado 19 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Willemstad – Curazao.⁶
- Decreto 0756 de 17 de abril de 2013 *“Por el cual se hace un traslado dentro de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores”* que trasladó dentro de la planta externa del Ministerio a María Lucía Fernández

⁴ Folio 107.

⁵ Folio 108.

⁶ Folio 109.

Cárdenas al cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Montreal – Canadá.⁷

- Decreto 2591 de 13 de diciembre de 2012 *“Por el cual se hace una designación en Comisión para Situaciones Especiales a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores”* que comisionó a la planta externa del Ministerio a Adriana del Rosario Mendoza Agudelo al cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada ante el Gobierno de Ecuador.⁸
- Decreto 0758 de 17 de abril de 2013 *“Por el cual se concede una Comisión para Situaciones Especiales a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores”* que comisionó a la planta externa del Ministerio a Miguel Angel Rodríguez Melo al cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074, Grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Hong Kong – China.⁹

Ahora bien, se tiene que el actor en su escrito de demanda se limitó a mencionar los nombres de algunos funcionarios que estaban en cargos inferiores al que estaban escalafonados y que pertenecen a la carrera diplomática y consular, pero omitió establecer los períodos de alternación de dichos 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.

Pues bien, lo cierto es que se encuentra plenamente probado que para el 20 de noviembre de 2013, fecha en la que se efectuó el nombramiento en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 074, Grado 22, de la planta global de Alvaro Gutiérrez Botero, **no existían funcionarios de carrera diplomática y consular DISPONIBLES ya que se encontraban cumpliendo el período de alternación;** en otras palabras, aquellos que ocupaban cargos de inferior jerarquía al de su ranking no podían ser nombrados hasta tanto no terminaran los tiempos ordenados en los artículos 36 y 37 del decreto ley tantas veces mencionado.

⁷ Folio 110.

⁸ Folio 111.

⁹ Folio 112.

Ahora bien, los funcionarios que fueron citados por el actor como llamados a ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario no estaban habilitados para ello, por no estar disponibles, de conformidad con los decretos mencionados en precedencia, en razón de la alternación en la que se encontraban.

Los mencionados funcionarios si bien estaban escalafonados dentro de la carrera diplomática y consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrado el ahora demandado, **no estaban disponibles** para ocupar el cargo por estar en período de alternación, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad del Decreto 2638 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 al funcionario 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.¹⁰

Así ha sido reconocido por esta Sección¹¹:

*“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***

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 30 de enero de 2014. Radicado No. 250002341000201300227 01. Demandante: Nancy Benítez Páez. Demandada: Alejandra Valencia Gartner – Ministro Plenipotenciario. Fallo 2ª Instancia.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 4 de marzo de 2004. Radicado: 1100103280002003001201. Actor; Jaime Alberto Duque Casas. Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores. Y también en el mismo sentido fallo de la Sección Quinta dentro del proceso con radicado 11001032800020090004300. Sentencia de 3 de junio de 2010 M.P Dra. María Nohemí Hernández.

servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación, no se encuentre en curso, es decir, que no haya terminado”.

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 del doctor Alvaro Gutiérrez Botero, 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, por el contrario, 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.

La Corte Constitucional¹² 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 el 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.

¹² “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”.

Por último, frente al presunto detrimento patrimonial endilgado por el 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”¹³.

Entonces, al no resultar probadas las acusaciones de la demanda y al no lograrse desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el decreto de nombramiento del demandado, el mismo debe permanecer incólume.

En conclusión, y 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 y en ese sentido, la decisión impugnada se encuentra conforme a derecho y por lo mismo se 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 5 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

¹³ Sentencia del 5 de febrero de 2004, expediente 2003-0013.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO: Declarar que contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA