

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se declara la nulidad del acto de elección en provisionalidad de Ministra Plenipotenciaria adscrita a la Embajada de Colombia / EXHORTO – Trámite de aclaración o salvamento

Consiste en determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de nombramiento en provisionalidad de la Ministra Plenipotenciaria adscrita a la embajada de Colombia ante la República de Azerbaiyán. (...) En razón de lo anterior y ante el incumplimiento de lo preceptuado en los incisos segundo y tercero del artículo 129 de la Ley 1437 de 2011, se exhortará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que en adelante cuando se deba tramitar una aclaración o salvamento de voto se atiendan las formalidades previstas que de manera expresa prevé el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (...) Al respecto considera la Sala que en virtud de lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 125 y 243 ibidem le corresponde a la Sala decidir la solicitud de la terminación del proceso que solicita la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores.

EMPLEADO PÚBLICO CON FUNCIONES PARA EL SERVICIO EN EL EXTERIOR / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD – Legalidad en cargo perteneciente a carrera diplomática y consular

Las normas por medio de las cuales se regula el Servicio Exterior de la República de Colombia y la Carrera Diplomática y Consular aplicables a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia y pertenezcan o no a este sistema de carrera se encuentran contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000. (...) Sin embargo, para poder proceder a efectuar un nombramiento provisional, el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 establece unas condiciones básicas entre las cuales se encuentran: i) ser nacional Colombiano, ii) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o iii) acreditar experiencia según exija el reglamento, hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas y, iv) que el servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años, entre otras. (...) Esta Corporación inicialmente había sostenido la tesis que para controvertir la legalidad de los nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, la parte actora debía cumplir con la carga procesal de demostrar que para la fecha de la designación existían funcionarios del mismo rango inscritos en el escalafón de carrera y que estos empleados no se encontraban en cumplimiento del período de alternación (...) La Sala de manera consecuente con los antecedentes jurisprudenciales antes citados, debe insistir en que es al demandante al que le compete probar, vía actas de posesión, la fecha de iniciación de los periodos de alternancia de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en apariencia tenía mejor derecho para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y así poder determinar si hay lugar o no a dar aplicación al parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 (...) Al acreditarse que existía dentro de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores un funcionario que podía ser nombrado en el cargo que fue provisto de forma provisional, pues el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón se encontraba en situación de elegibilidad, es dable concluir que se logra desvirtuar la legalidad del acto de nombramiento provisional impugnado y por tal razón la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada. (...) Ni La Nación – Ministerio de

Relaciones Exteriores ni la señora Marta Inés Galindo Peña desvirtuaron los argumentos plasmados por el fallador de primera instancia que sustentaron su decisión de acceder las pretensiones de la demanda, razón por la cual se confirmara la sentencia impugnada.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 274 DE 200 – ARTÍCULO 37

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00108-02

Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN

Demandado: MARTA INÉS GALINDO PEÑA – MINISTRA PLENIPOTENCIARIA ADSCRITA A LA EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE AZERBAIYÁN.

Asunto: Nulidad Electoral – Sentencia de segunda instancia. Recurso de apelación contra sentencia que accedió pretensiones.

Procede la Sala en cumplimiento del fallo de tutela proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 26 de julio de 2018¹, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2018-01855-00, a dictar la sentencia de reemplazo y en razón de ello decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y la demandada, contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones dirigidas a declarar la nulidad del acto de nombramiento provisional de la señora Marta Inés Galindo Peña como Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 18 de enero de 2016 el señor Enrique Antonio Celis Durán, presentó demanda² en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en contra del acto de

¹ Notificado a esta Sección el 1 de agosto de 2018.

² Folios 1 a 7 del cuaderno No. 1

nombramiento provisional de la señora Marta Inés Galindo Peña como Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán, elevando la siguiente

1.1 Pretensión

Se declare la nulidad del Decreto 2403 de 11 de diciembre de 2015, por medio del cual el señor Presidente de la República y la señora Ministra de Relaciones Exteriores, María Ángela Holguín Cuéllar, nombraron con carácter provisional a la señora Marta Inés Galindo Peña como Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán.

1.2 Hechos

1.2.1 Manifestó el accionante que en ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000, el Presidente de la República nombró con carácter provisional a la señora Marta Inés Galindo Peña en el cargo de Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán.

1.2.2 Adujo que la señora Marta Inés Galindo Peña no es funcionaria de carrera diplomática y consular.

1.2.3 Recordó que el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074 Grado 22 del Ministerio de Relaciones Exteriores pertenece a la carrera diplomática y consular. En razón de ello señaló, que conforme se lo informó el Ministerio de Relaciones Exteriores el 11 de noviembre de 2016, tan solo existían 35 Ministros Plenipotenciarios de carrera para 80 cargos de la planta global.

1.2.4 Mencionó que para la fecha de expedición del acto demandado existían funcionarios de carrera inscritos como Ministros Plenipotenciarios que tenían derecho para ocupar la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán, dado que algunos de ellos contaban con más de 12 meses de estar ejerciendo un cargo de inferior categoría.

1.2.5 Sostuvo que en el acto demandado no se expresó razonamiento alguno tendiente a demostrar la imposibilidad de designar a uno de los 11 ministros plenipotenciarios de carrera, única situación que justificaba, en su criterio, el ejercicio de la facultad excepcional consagrada en el artículo 60 del Decreto 274 de 2000.

1.2.6 Para finalizar señaló que el nombramiento provisional acusado, lesiona el patrimonio público en razón a que se paga doble la prima especial prevista en el artículo 1 del Decreto 1117 de 27 de mayo de 2015 sin contabilizar los valores adicionales pagados como prestaciones sociales.

2. Actuaciones Procesales

2.1 Admisión de la demanda

Mediante auto del 19 de febrero de 2016³, el Magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, admitió la demanda y ordenó las notificaciones de rigor.

2.2 Contestación de la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores–

En escrito del 17 de mayo de 2016⁴ la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a los argumentos planteados y expuso que no se configuró la causal de nulidad alegada, en razón a que se respetaron las previsiones legales existentes sobre la materia.

Explicó que no era posible designar en el cargo de 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 la República de Azerbaiyán, a ninguno de los servidores públicos inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular pues la situación particular y concreta de cada uno de ellos así lo impedía.

En tal virtud se dio aplicación a la institución de la provisionalidad como una excepción de la carrera diplomática y consular a efectos de garantizar la prestación del servicio y cumplir con los fines de la administración.

2.3 Contestación de la demanda por parte de la señora Marta Inés Galindo Peña

Por memorial del 30 de junio de 2016⁵ la demandada, recorrió el término para contestar la demanda solicitando que se desestime la pretensión de nulidad de su acto de nombramiento, al considerar que éste fue proferido conforme al contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

Expuso que acreditó todos y cada uno de los requisitos exigidos normativamente para el desempeño del cargo de Ministro Plenipotenciario, Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores y que su nombramiento en provisionalidad se dio en aplicación del régimen de carrera diplomática y consular autorizado por la Dirección de Talento Humano del ministerio como administrador del mismo.

³ Folios 30 y 31 del cuaderno No. 1.

⁴ Folios 49 a 62 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 1 al 23 del Cuaderno No. 2

2.4 Audiencia Inicial⁶

En la audiencia inicial⁷ celebrada el 12 de agosto de 2016 el Magistrado conductor del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalidare lo actuado, razón por la cual procedió a: i) decidir las excepciones previas; ii) la fijación del litigio y, iii) el decreto de pruebas.

En esta instancia procesal la demandada presentó como excepción previa la falta de legitimación en la causa por activa argumentando que el actor persigue la protección de los derechos de los funcionarios de carrera diplomática, pretensión propia de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, frente a la cual el accionante no estaría legitimado para demandar. Dicha excepción fue denegada en el transcurso de la audiencia, decisión que fue apelada oportunamente por la señora Marta Inés Galindo Peña. Este recurso que fue desatado por esta Corporación en auto de 19 de septiembre de 2016⁸ en el que se confirmó la decisión recurrida.

En lo referente al litigio, éste se fijó en “...examinar la legalidad del Decreto No. 2403 del 11 de diciembre de 2015, atinente al nombramiento en provisionalidad de Marta Inés Galindo Peña, en el cargo de 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 la República de Azerbaiyán”.

En cuanto a las pruebas decidió decretar las documentales allegadas con el escrito de demanda y la contestación de la demanda. Adicionalmente, denegó las documentales relativas a los antecedentes administrativos del acto atacado y a la certificación de la existencia de los cargos de inferior jerarquía que eran ocupados por funcionarios de carrera, por cuanto estos medios probatorios ya habían sido ordenados.

2.5 Audiencia de pruebas

En la audiencia de pruebas celebrada el 30 de septiembre de 2016⁹ el Magistrado conductor del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, procedió a incorporar la prueba decretada en la audiencia inicial.

Finalmente y en aplicación a lo previsto en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, prescindió de la audiencia de alegaciones y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión por el término común de 10 días.

2.6 Alegatos de conclusión

⁶ Mediante auto de 19 de julio de 2016, el Magistrado Ponente convocó a las partes, con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 12 de agosto del 2016 a las 10:00 am. Folio 114 del cuaderno No. 1.

⁷ Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Folios 121 a 136 cuaderno No.1.

⁸ Folios 56 al 61 del cuaderno No. 1 de apelación del auto.

⁹ Folios 175 al 177 del cuaderno No. 1

En esta etapa procesal la apoderada de la señora Marta Inés Galindo Peña, recorrió el término para alegar mediante memorial de 10 de octubre de 2016¹⁰, en el que expuso que el acto demandado no se encuentra viciado de nulidad pues fue expedido con competencia y respetando las disposiciones propias del régimen de carrera diplomática y consular. Adicionalmente se acreditó que la demandada cumplía con los requisitos establecidos por el artículo 61 del Decreto 274 de 2000, para ser sujeto del nombramiento realizado con el Decreto 2403 de 2015.

Por otra parte, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores allegó memorial de fecha 14 de octubre de 2016¹¹ en el que insistió en la legalidad del acto acusado, en razón a que el nombramiento provisional se realizó conforme a las normas que regulan la carrera diplomática y consular, sin que en el proceso se afecte los derechos laborales de los funcionarios inscritos en el escalafón.

2.7 Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público en escrito radicado el 18 de octubre de 2016¹² ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó denegar las pretensiones de la demanda al considerar que el artículo 60 del Decreto 274 de 2000 permite el nombramiento provisional en cargos de carrera diplomática y consular sin que con ello se irrespete el sistema jurídico y los derechos laborales de las personas que están inscritas en el escalafón de carrera. En razón a que el nombramiento de la demandada se surtió con las formalidades legales, sin que se encuentren acreditados los vicios de nulidad invocados en el libelo introductorio, concluyó que las pretensiones planteadas por el accionante no tienen vocación de prosperidad.

2.8 Sentencia recurrida

Mediante sentencia de 2 de marzo de 2017¹³ el *a quo* resolvió acceder a las pretensiones de la demanda al considerar que el cargo de Ministro Plenipotenciario pertenece a los empleos de carrera diplomática y consular y se demostró que existía un funcionario inscrito en esa categoría que se encontraba desempeñando cargos inferiores, que ya había cumplido el período de alternancia y se encontraba en capacidad de ser designado en ese puesto – señor Jairo Abadía Mondragón-.

De lo anterior es dable concluir que al momento de proferirse el nombramiento en provisionalidad de la señora Marta Inés Galindo Peña en el cargo de Ministra Plenipotenciaria Código 0074 Grado 22 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán existía por lo menos un funcionario disponible inscrito en el escalafón de carrera diplomática, de forma tal que no era posible

¹⁰ Folios 179 al 181 del Cuaderno No. 1

¹¹ Folio 185 al 191 del Cuaderno No. 1

¹² Folios 192 al 196 del Cuaderno No.1

¹³ Folios 198 al 237 del Cuaderno No.1

acudir a la figura de la provisionalidad para surtir dicha vacante, razón por la cual se desvirtuó la legalidad del acto.

2.9 De los recursos de apelación

2.9.1 El interpuesto por la señora Marta Inés Galindo Peña

En memorial de 16 de marzo de 2017¹⁴ la señora Marta Inés Galindo Peña, presentó recurso de apelación en el que solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y denegar las pretensiones al considerar que el decreto de nombramiento se profirió dentro de las normas legales y constitucionales que regulan la institución de la provisionalidad y el régimen de la carrera diplomática y consular. Insistió que la demandada cumplía las condiciones para ejercer el cargo además de que el Ministerio de Relaciones Exteriores certificó que para la fecha de la designación no existían funcionarios de carrera que pudieran ser nombrados en su lugar.

Con relación al funcionario que se encontraba inscrito en carrera administrativa en el cargo de ministro plenipotenciario pero ejercía un empleo de inferior jerarquía, expuso que éste debió postular su aspiración para ser nombrado y acreditar el cumplimiento de los requisitos académicos y laborales para su desempeño, sin que así se encuentre acreditado en la actuación administrativa. Adicionalmente debía demostrar que no estaba obligado a regresar al país a cumplir el lapso de alternación interna al que estaba obligado conforme al Decreto 274 de 2000.

2.9.2 El interpuesto por la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores

Por medio de escrito radicado el 16 de marzo de 2017¹⁵ ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia en el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia.

Explicó que no es cierto que el acto de elección violara los lineamientos constitucionales y legales, pues el fallador de primera instancia realizó una errada interpretación del parágrafo del artículo 37 y del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Lo anterior, por cuanto estas normas no disponen que superado el término de 12 meses en el servicio exterior automáticamente se habilite la posibilidad de ser designado en otro cargo, por el contrario, lo que prevé es una excepción a la regla general que requiere la voluntad del funcionario y la autorización por parte de la comisión de personal.

Argumentó que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón, se encuentra inscrito en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario y regresó al país en noviembre de 2015 y por Resolución No. 0460 de 2 de febrero de 2016 fue

¹⁴ Folios 242 al 249 del Cuaderno No. 1

¹⁵ Folios 255 al 268 del Cuaderno No. 1.

asignado al Grupo Interno de Trabajo de África, Medio Oriente y Asia Central y por tal razón no podía ser designado en el cargo controvertido.

Concluyó manifestando que al momento de proferir el acto de elección no se había vencido la fecha para el cambio de cargo de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular y por tanto no podían ser considerados para esa designación; además que tampoco obra prueba de que alguno de ellos haya pedido la designación en otro cargo.

2.10 Trámite de instancia

Mediante auto del 14 de diciembre de 2017¹⁶ el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, concedió el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia y en providencia del 1° de febrero de 2018¹⁷ esta Corporación, a través de la consejera ponente, admitió el recurso de apelación y ordenó los traslados de rigor.

El apoderado de la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores en memorial de 1 de febrero de 2018¹⁸, presentó solicitud de terminación del proceso por carencia actual de objeto, argumentando que fue expedido el Decreto 2200 de 26 de diciembre de 2017 por medio del cual se trasladó a la planta externa de ese Ministerio a 26 funcionarios inscritos en carrera administrativa, razón por la cual a esa fecha no existen empleados comisionados por debajo de su escalafón.

2.10.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia

2.10.1.1 Presentados por la señora Marta Inés Galindo Peña

Remitidas las comunicaciones del caso intervino la señora Marta Inés Galindo Peña, quien por oficio radicado en la secretaría de la Sección Quinta de esta Corporación el 14 de febrero de 2018¹⁹, insistió en que se debe revocar la sentencia de primera instancia, por haberse demostrado en el transcurso del proceso que se cumplieron todas las previsiones que rigen los nombramientos provisionales en el régimen de la carrera diplomática y consular. Argumentó que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón, no satisfacía los requisitos para ser nombrado en el cargo de ministro plenipotenciario pues debía regresar al país a cumplir sus servicios en la planta interna a partir de mes de noviembre de 2015.

2.10.1.2 Ministerio de Relaciones Exteriores

Por otra parte, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su apoderado, mediante memorial allegado a la secretaría de esta Corporación el 14 de febrero de 2018²⁰ reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insistió en la legalidad de la actuación del ministerio al limitarse a

¹⁶ Folios 290 y 291 del cuaderno No. 1.

¹⁷ Folios 317 y 318 del cuaderno No. 4

¹⁸ Folios 299 al 304 del Cuaderno No. 4

¹⁹ Folios 328 al 330 del cuaderno No. 4

²⁰ Folios 331 al 348 del cuaderno No. 4.

dar aplicación a las normas relativas a la carrera diplomática y consular. Insiste en que se debe declarar terminado.

2.10.2 Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El 21 de febrero de 2018²¹ la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado para alegar de conclusión, solicitó que se confirme la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, al considerar que fue demostrado en el proceso que existían funcionarios inscritos en la categoría de ministro plenipotenciario que ocupaban cargos de inferior categoría y que ya habían cumplido el período de alternancia y por tanto se encontraban en disponibilidad de ser nombrados en la vacante de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán.

Concluyó que confrontando la fecha del decreto de designación y la situación del señor Jairo Augusto Abadía Mondragón, éste funcionario se encontraba en capacidad para ser nombrado en el cargo de ministro plenipotenciario pues había sido designado por Decreto 2069 del 16 de octubre de 2014 en el Consulado de Sao Paulo (Brasil) con fecha de posesión el 24 de noviembre de 2014, por lo que al 11 de diciembre de 2015 ya había cumplido el período de alternancia.

2.11 Decisión de Segunda instancia

La Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia 8 de marzo de 2018, confirmó la providencia proferida el 2 de marzo de 2017²², por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, al considerar que para la fecha en que se hizo el nombramiento que ahora se impugna -11 de diciembre de 2015 – el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón se encontraba disponible pues había superado el término de doce meses en el exterior que exige el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, el cual venció el 24 de noviembre de 2015, circunstancia que lo ponía en situación de elegibilidad, por tanto, se desvirtúa la legalidad del acto de nombramiento provisional impugnado.

²¹ Folios 350 al 363 del cuaderno No. 4.

²² Contra el fallo de instancia el apoderado de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y la señora Marta Inés Galindo Peña, en calidad de demandada, interpusieron y sustentaron oportunamente los recursos de apelación en escritos radicados ante el Tribunal de primera instancia el 16 de marzo de 2017. Mediante informe secretarial del 16 de marzo de 2017, ingresó el expediente al despacho del magistrado Felipe Antonio Solarte Maya para proferir salvamento de voto, el cual es presentado sólo hasta el 12 de diciembre de 2017. En razón a que los cinco días para impugnar la sentencia finalizaban el 16 de marzo de 2017, día que entró el proceso al despacho para el salvamento de voto, por auto de 14 de diciembre de 2017 se reanudó por un (1) día el término de ejecutoría a fin de garantizar el debido proceso y derecho de defensa de las partes. En esta misma providencia el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia y en providencia del 1° de febrero de 2018 esta Corporación, a través de la consejera ponente, admitió el recurso de apelación y ordenó los traslados de rigor.

2.12 Acción de tutela

El Ministerio de Relaciones Exteriores radicó acción de tutela en contra de la sentencia 8 de marzo de 2018, proceso que fue identificado con el número 11001-03-15-000-2018-01855-00, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia por la configuración de un defecto fáctico por falta de valoración del Decreto No. 2272 de 2015²³ y Resolución No. 460 de 2016²⁴.

En providencia del 26 de julio de 2018, la Sección Primera de esta Corporación al resolver de fondo la acción constitucional decidió amparar los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia y en tal virtud ordenó dictar sentencia de reemplazo en el término de 20 días, mandato que se cumple en esta sentencia.

2.13 Auto de traslado

Por auto del 16 de agosto de 2018, esta Sala de Decisión ordenó incorporar al expediente los documentos allegados por los apoderados de la demandada y Ministerio de Relaciones Exteriores en los recursos de apelación y dar traslado de los citados documentos a los demás sujetos procesales por el término de 3 días hábiles, sin que alguna de las partes hubiese hecho manifestación sobre el particular.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y la señora Marta Inés Galindo Peña contra el fallo del 2 de marzo de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, está fijada en los artículos 150 y 152.9 de la Ley 1437 de 2011; al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

Lo anterior por cuanto en el presente caso se controvierte el nombramiento provisional de la señora Marta Inés Galindo Peña como Ministra Plenipotenciaria adscrita a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán, código 074 Grado 22 empleo perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores en el nivel directivo, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 3356 de 2009, y en tal razón le es aplicable la regla de competencia prevista en el artículo 152.9 ídem,

²³ Por el cual se comisiona al señor Jairo Augusto Abadía en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11 de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁴ Por la cual efectúa un traslado al cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores Grupo Interno de Trabajo de África, Medio Oriente y Asia Central.

esto es, la nulidad de actos de nombramientos de los empleados públicos del nivel directivo efectuado por autoridades del orden nacional, proceso de competencia de los tribunales administrativos de primera instancia y de conocimiento del Consejo de Estado en segunda instancia.

2. Problema jurídico

Consiste en determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de nombramiento en provisionalidad de la Ministra Plenipotenciaria adscrita a la embajada de Colombia ante la República de Azerbaiyán.

Para resolver las razones de inconformidad se consideran los siguientes aspectos: i) normatividad relativa a la carrera diplomática y consular ii) pronunciamiento jurisprudenciales y, iii) análisis de caso en particular.

2.1 Cuestión Previa

2.1.1 Oportunidad para salvar o aclarar voto

En el presente caso se observa que contra el fallo de instancia el apoderado de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y la señora Marta Inés Galindo Peña, en calidad de demandada, interpusieron y sustentaron oportunamente los recursos de apelación en escritos radicados ante el Tribunal de primera instancia el 16 de marzo de 2017.

Mediante informe secretarial del 16 de marzo de 2017²⁵, la secretaria de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ingresa el expediente al despacho del magistrado Felipe Alirio Solarte Maya para proferir salvamento de voto, el cual es presentado sólo hasta el 12 de diciembre de 2017²⁶. En razón a que los cinco días para impugnar la sentencia finalizaban el 16 de marzo de 2017, día que entró el proceso al despacho para el salvamento de voto, por auto de 14 de diciembre de 2017²⁷ se reanudó por un (1) día el término de ejecutoría a fin de garantizar el debido proceso y derecho de defensa de las partes. En esta misma providencia el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia.

En este punto se destaca el contenido del segundo y tercer inciso del artículo 129 de la Ley 1437 de 2011, precepto que dispone la forma como los magistrados discrepantes podrán presentar el escrito contentivo de la aclaración o salvamento de voto en una decisión colegiada. Allí se establece que una vez firmada y notificada la providencia, el expediente permanecerá en secretaría por el término

²⁵ Folio 253

²⁶ Folios 275 al 279

²⁷ Folios 290 al 291

común de cinco (5) días; vencido este plazo, si el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto sin justa causa, perderá ese derecho.

En el presente caso el trámite asumido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció totalmente el contenido normativo, pues el expediente ingresó al despacho del magistrado discrepante, cuando debía permanecer en la secretaria de la sección por cinco (5) días y allí permaneció por un término superior a ocho (8) meses, sin que el magistrado discrepante hubiese hecho manifestación alguna, circunstancia que originó que el trámite del proceso fuera superior al establecido en la ley.

En razón de lo anterior y ante el incumplimiento de lo preceptuado en los incisos segundo y tercero del artículo 129 de la Ley 1437 de 2011, se exhortará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que en adelante cuando se deba tramitar una aclaración o salvamento de voto se atiendan las formalidades previstas que de manera expresa prevé el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.1.2 De la solicitud de terminación del proceso por carencia actual de objeto

El apoderado de la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores en escrito de 1 de febrero de 2018²⁸, presentó solicitud de terminación del proceso por carencia actual de objeto, en el que expuso que el Decreto 2200 de 26 de diciembre de 2017 dispuso el traslado a la planta externa de ese Ministerio a 26 funcionarios inscritos en carrera administrativa, razón por la cual a esa fecha no existen empleados comisionados por debajo de su escalafón. Por lo tanto considera que como todos los funcionarios de carrera se encuentran asignados en el correspondiente escalafón, los derechos preferentes que se reclaman en la demanda se encuentran superados y en tal virtud se debe dar por terminado el proceso.

Al respecto considera la Sala que en virtud de lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 125 y 243 ibidem le corresponde a la Sala decidir la solicitud de la terminación del proceso que solicita la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores.

Inicialmente se enfatiza que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha considerado la procedencia de la figura denominada “*carencia actual de objeto por sustracción de materia*” en el medio de control de nulidad electoral, pues en providencia del 27 de octubre de 2016, expuso:

“Advierte la Sala que por esta razón, el acto acusado en este proceso no produjo efectos jurídicos puesto que es claro que el señor Londoño Guevara no se posesionó como diputado de la Asamblea, ni podría posesionarse por la declaratoria de vacancia de la curul dispuesta por la

²⁸ Folios 299 al 304 del Cuaderno No. 4

resolución 007 de enero siete (7) de 2016 expedida por el presidente de la Asamblea.

Concluye la Sala que en este caso operó la sustracción de materia debido a que el acto demandado no surtió efectos jurídicos, lo cual hace que exista carencia actual de objeto para el estudio de su legalidad” ²⁹

Así mismo, en sentencia del 3 de noviembre de 2017, sobre el mismo tema la Sección Quinta explicó:

*“Así, se pueden presentar situaciones que permiten predicar la existencia de actos pasibles del medio de control de nulidad electoral que, posteriormente, escapan a la necesidad de un control porque no obstante haber nacido a la vida jurídica, nunca irradiaron efectos, como sucede en aquellos casos en que el beneficiario del acto no tomó posesión del cargo”*³⁰

Más recientemente esta Sala de decisión en sentencia de unificación del 24 de mayo de 2018³¹, sobre el particular expuso:

*“...resulta imperativo terminar el proceso en la etapa inicial, cuando se pretenda la nulidad de un acto electoral o administrativo **que ha sido despojado de sus efectos y que por tal circunstancia jamás produjo efectos jurídicos** dado que, la razón de ser del proceso desaparece puesto que no tiene materia que controlar/.../ un acto administrativo retirado del ordenamiento jurídico **que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa**, quien formalmente decidirá si dicho acto excluido fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia y se impone por parte del operador judicial su resolución de fondo en la sentencia”*

Descendiendo al caso en particular se concluye que no procede aplicar la figura denominada “*carencia actual de objeto por sustracción de materia*” pues la señora Martha Inés Galindo Peña si se posesionó en el cargo de Ministra Plenipotenciaria adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán y el acto de nombramiento - Decreto 2403 de 11 de diciembre de 2015- produjo efectos jurídicos, los cuales deben ser analizados a la luz de la normatividad aplicable en el presente medio de control judicial de nulidad electoral. En virtud de lo expuesto, procede denegar la solicitud de terminación del proceso solicitada por la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta sentencia de 27 de octubre de 2016 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Exp. 2015-00483-01 (Acumulado)

³⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta sentencia de 3 de noviembre de 2017. C. P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 200012339000201600591-02

³¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de mayo de 2018, C.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 47001-23-33-000-2017-00191-02, con salvamento de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro.

2.2 Normatividad relativa a la carrera diplomática y consular

Las normas por medio de las cuales se regula el Servicio Exterior de la República de Colombia y la Carrera Diplomática y Consular aplicables a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejerzan funciones para el servicio exterior, dentro o fuera de la República de Colombia y pertenezcan o no a este sistema de carrera se encuentran contenidas en el Decreto Ley 274 de 2000.

En el artículo 5º de este Decreto se dispuso que los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasificarían en libre nombramiento y remoción, carrera diplomática y consular y carrera administrativa, asignándole la categoría del escalafón de Carrera Diplomática y Consular al cargo de Ministro Plenipotenciario, según lo previó el artículo 10 ibídem.

En cuanto a los nombramientos provisionales el artículo 60 de este Decreto Ley dispuso que esta forma de vinculación se aplicaría en virtud del principio de especialidad y se configura cuando se requiere designar en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, siempre y cuando *“... por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos”*.

Sobre el contenido de este precepto normativo la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, explicó:

*“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.**”* (Negrillas fuera del texto primigenio).

Sin embargo, para poder proceder a efectuar un nombramiento provisional, el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 establece unas condiciones básicas entre las cuales se encuentran: i) ser nacional Colombiano, ii) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o iii) acreditar experiencia según exija el reglamento, hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas y, iv) que el servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años, entre otras.

Por otra parte, la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en su escrito de contestación de la demanda como en los argumentos de la apelación insiste en la legalidad del acto demandado en virtud de los plazos de aplicación del principio de alternancia, razón por la cual es procedente realizar el estudio normativo de esta figura.

El artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000 establece la necesidad de que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deban cumplir actividades propias de ese ministerio “... *con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna*”. Estos lapsos de alternación se definen en el artículo 36 de ese mismo compendio normativo como “*los períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna*”.

Sobre este tema esta Corporación³² ha explicado:

*“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 párrafo del artículo 37, calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país.” (Destaca la Sala)

Respecto de la frecuencia de los lapsos de alternación el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, prevé:

“Artículo 37. Frecuencia. La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:

³² Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de fecha 16 de octubre de 2014. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 25000-23-41-000-2014-00013-01

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

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúanse de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieren el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.

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

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

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

2.3 Pronunciamientos jurisprudenciales

Esta Corporación inicialmente había sostenido la tesis que para controvertir la legalidad de los nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, la parte actora debía cumplir con la carga procesal de demostrar que para la fecha de la designación existían funcionarios del mismo rango inscritos en el escalafón de carrera y que estos empleados no se encontraban en cumplimiento del período de alternación³³.

Posteriormente, en las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta de esta Corporación del 12 de marzo de 2015³⁴ y 23 de abril de 2015³⁵ se consideró que si en el plenario existía medio probatorio que permitiría concluir que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular acreditaba al momento

³³ Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia 30 de enero de 2014 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 250002341000201300227 01; sentencia del 16 de octubre de 2014. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 25-000-23-41-000-2014-00013-01, entre otras.

³⁴ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 12 de marzo de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02418-01.

³⁵ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01

de la designación más de doce (12) meses en el período de alternación, éste se constituía como funcionario disponible para el nombramiento, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Sobre el particular la Sala Electoral en sentencias de 31 de marzo de 2016³⁶, 23 de febrero³⁷ y 30 de marzo de 2017³⁸ se precisó que:

“De acuerdo con la anterior línea jurisprudencial es posible extraer las siguientes reglas relacionadas con la designación en provisionalidad en cargos del régimen de carrera diplomática y consular:³⁹

*(i) La designación en provisionalidad de funcionarios en cargos pertenecientes a la carrera diplomática y consular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, se ajusta a la ley cuando se demuestre: (a) el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 61 *Ibídem* por parte de la persona designada en provisionalidad; y, (b) la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular para ocupar el respectivo cargo.*

(ii) El requisito de la disponibilidad no se cumple: (a) cuando los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón en la carrera diplomática y consular que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía están cumpliendo el período de alternación; o, (b) cuando éstos, a pesar de estar cumpliendo el período de alternación en el exterior, no han cumplido el período de 12 meses en la sede respectiva para que puedan ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

(iii) La demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre el demandante. Esta carga probatoria no se puede satisfacer con el simple suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que exige la demostración del cumplimiento del término alternación o del término de 12 meses consagrado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, hecho que debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión. De lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no.

Como se observa a partir del anterior recuento jurisprudencial, y contrariamente a lo sostenido por el apoderado del Ministerio de Relaciones

³⁶ Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de 31 de marzo de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. No. 2015-00443-01

³⁷ Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 23 de febrero de 2017. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00109-01

³⁸ Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 30 de marzo de 2017. C.P. (E). Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00110-01

³⁹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01. Sentencia de 12 de noviembre de 2015. Demandado: Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

Exteriores, la Sala considera que la interpretación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 realizada por el a quo en la sentencia recurrida es correcta y acorde con los precedentes de esta Sección.”

En tal virtud para el estudio y análisis de la impugnación de nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular se deberá atender a las previsiones que la definida línea jurisprudencial de la Sección Quinta ha establecido para resolver este tipo de controversias.

2.4 Análisis del caso particular

2.4.1 Argumenta la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores en su recurso de apelación que se debe revocar la sentencia del 2 de marzo de 2017 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda, dirigidas a declarar la nulidad del acto de nombramiento provisional de la señora Marta Inés Galindo Peña, por cuanto se fundamentó en una errada interpretación del párrafo del artículo 37 y del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, en tanto estas normas no disponen que superado el término de 12 meses en el servicio exterior automáticamente se habilite la posibilidad para los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera, sean designados en otro cargo⁴⁰.

Al respecto, se reitera que esta Sala Electoral para estudiar este tipo de controversias ha asumido la tesis expuesta en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015⁴¹, en la que se explicó:

*“Así las cosas, la Sala puede concluir que los funcionarios de carrera diplomática se encontraban en total disponibilidad para ser nombrados en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores en el que nombraron al señor Fernando Núñez Cocunubo, **porque habían cumplido más de los doce (12) meses prestando sus servicios en el exterior, y por lo tanto, pudieron ser designados en ese cargo, de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 (...).**”* (Se resalta).

En tal virtud, a partir del fallo de 31 de marzo de 2016⁴² esta Sala asumió la postura en la que se debe:

*“...verificar si (...) está acreditado si alguno de los 8 funcionarios, de los cuales se afirma que estaban inscritos en carrera diplomática en el rango de Ministro Plenipotenciario, **a pesar de estar en cumplimiento del periodo de alternancia, se encuentran en la circunstancia descrita en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. (...)***

⁴⁰ Sobre este tema ver: Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de agosto de 2017, C.P. Rocío Araujo Oñate. Rad 25000-23-41-000-2016-00037-01

⁴¹ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01

⁴² Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de 31 de marzo de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. No. 2015-00443-01

La Sala de manera consecuente con los antecedentes jurisprudenciales antes citados, debe insistir en que **es al demandante al que le compete probar, vía actas de posesión**, la fecha de iniciación de los periodos de alternancia de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en apariencia tenía mejor derecho para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y así poder determinar si hay lugar o no a dar aplicación al parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000” (Negrilla fuera de texto primigenio).

Finalmente, esta Corporación en sentencia de 30 de marzo de 2017⁴³, concluyó, entre otras cosas que:

*“(iii) **La demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre el demandante. Esta carga probatoria no se puede satisfacer con el simple suministro del listado de funcionarios inscritos para el respectivo cargo, sino que exige la demostración del cumplimiento del término alternación o del término de 12 meses consagrado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, hecho que debe ser probado mediante la respectiva acta de posesión. De lo contrario, el juzgador se encuentra en la imposibilidad para determinar si dicho término ha sido cumplido o no.**” (Se resalta).*

Así las cosas, no es correcta la interpretación que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores en su escrito de apelación, en lo que respecta al parágrafo del artículo 37 y del artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000, razón por la cual este argumento no tiene vocación de prosperidad.

Adicionalmente se debe considerar que está acreditado en el plenario que por Decreto 2272 de 26 de noviembre de 2015 se comisionó al señor Jairo Augusto Abadía Mondragón a la **planta interna** en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que en el presente caso para el análisis del requisito de disponibilidad esta norma no sería aplicable, pues ésta se refiere al cumplimiento del periodo de alternación **en el exterior**.

2.4.2 Insiste la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y la señora Marta Inés Galindo Peña en sus recursos de apelación que el acto demandado debe conservar su presunción de legalidad pues para la fecha de su expedición no existían funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular que se encontraran disponibles para llenar la vacante en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán.

Sobre el particular la sentencia impugnada afirmó que en el plenario se acreditó que al señor Jairo Augusto Abadía Mondragón le fue concedida una comisión para situaciones especiales por la Resolución No. 2069 del 16 de octubre de 2014, en

⁴³ Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 30 de marzo de 2017. C.P. (E). Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00110-01

el grado de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012 grado 11 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores. En virtud de lo anterior, para la fecha de nombramiento de la demandada - el 11 de diciembre de 2015- ya el citado funcionario se encontraba disponible para ser nombrado.

Revisado el acervo probatorio obrante en el expediente se encuentra el Decreto No. 2069 de 16 octubre de 2014, “*por el cual se concede una Comisión para situaciones especiales a la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores*”⁴⁴ en que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón accede al cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Sao Paulo, Brasil y el acta de posesión No. 451 de **24 de noviembre de 2014**⁴⁵ en el que se acredita la fecha a partir de la cual ejerció dicho cargo.

Posteriormente, dicho funcionario fue **comisionado a la planta interna** en el cargo de **Consejero de Relaciones Exteriores**, código 1012, grado 11, por **Decreto 2272 de 26 de noviembre de 2015**⁴⁶. Se destaca que en dicho acto enfatiza que el señor Jairo Augusto Abadía es funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular en la categoría de **Ministro Plenipotenciario**.

Sobre el particular, el Decreto Ley 274 de 2000 “*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, dispone en su artículo 10 que “*Son categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular las siguientes: a) Embajador. b) Ministro Plenipotenciario. c) Ministro Consejero. d) Consejero. e) Primer Secretario. f) Segundo Secretario. g) Tercer Secretario.*”. De esta norma es dable concluir que **el cargo para el cual fue comisionado el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón es de inferior categoría de aquel para que se encontraba inscrito en carrera diplomática** esto es, el de Ministro Plenipotenciario, pues el cargo de consejero se encuentra ubicado debajo del cargo de ministro consejero, que a su vez es inferior del empleo de Ministro Plenipotenciario.

Adicionalmente se enfatiza que la situación administrativa en la que se encontraba el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón era la de “**Comisión para situaciones especiales**”, según reza el encabezado del Decreto No. 2272 de 26 de noviembre de 2015, figura que es definida por los artículos 46 y 53 del Decreto 274 de 2000, como:

*“ARTICULO 46. DEFINICION. La comisión es la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, **para desempeñar transitoriamente cargos** o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones o en cumplimiento de las tareas*

⁴⁴ Folios 156 del Cuaderno No. 1

⁴⁵ Folios 157 del Cuaderno No. 1

⁴⁶ Folio 269 del Cuaderno No. 1.

propias de la categoría a la que pertenciere dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular.” (...)

*“ARTICULO 53. PROCEDENCIA Y FINES. Los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar **Comisión para situaciones especiales**, en los siguientes casos:*

a. Para desempeñar en Planta externa o en Planta interna cargos de la Carrera Diplomática y Consular, correspondientes a categorías superiores o inferiores a aquella a la cual pertenciere el funcionario dentro del escalafón de la Carrera contenido en el artículo 10o. de este Decreto. (...) (Se destaca)

Entonces la designación hecha por el Decreto No. 2272 de 26 de noviembre de 2015, fue en **comisión para situación especiales** en tanto fue comisionado para realizar **temporalmente** las funciones de **Consejero de Relaciones Exteriores en la planta interna del Ministerio**, cargo que es de inferior jerarquía que el de **Ministro Plenipotenciario** que es al que pertenece el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón.

Esta circunstancia encuentra su justificación en el párrafo del artículo 39 del Decreto 274 de 2000, que la letra reza:

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

*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.**”*

Conforme a lo expuesto se tiene que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón terminó su período de alternancia **en el exterior el 25 de noviembre de 2015** - como consecuencia de su designación en el Consulado General de Colombia en Sao Paulo, Brasil – y posteriormente fue expedido el Decreto No. 2272 de **26 de noviembre de 2015**, mediante el cual se inició el período de alternancia en **planta interna** mediante la figura de la **comisión para situación especiales** al ser designado **Consejero de Relaciones Exteriores**, cargo que es de inferior jerarquía que el de **Ministro Plenipotenciario** del cual es titular en carrera diplomática.

En este punto se debe destacar que, conforme al artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular también podrán ser autorizados o designados, bajo la figura de la comisión para situaciones especiales, **“Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual pertenciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del**

Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

Así las cosas, al momento del nombramiento provisional - **11 de diciembre de 2015**- si existían funcionarios en carrera diplomática disponibles pues, conforme lo afirman y acreditan los apelantes, a través del Decreto 2272 de **26 de noviembre de 2015**, se comisionó al señor Jairo Augusto Abadía Mondragón en el cargo de consejero de Relaciones Exteriores código 1012 Grado 11 de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, cargo que es de inferior jerarquía que el de **Ministro Plenipotenciario**⁴⁷. Adicionalmente dicho funcionario, en virtud de lo previsto en el literal b del artículo 53 del Decreto 274 de 2000, podía ser objeto de comisión para situaciones especiales para desempeñar en el exterior el cargo de **Ministro Plenipotenciario**, por ser este el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular al cual pertenece, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del territorio nacional.

Por otra parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores profirió la Resolución 0460 de **2 de febrero de 2016**, por la cual efectúa un **traslado al cargo de Ministro Plenipotenciario**, código 0074, grado 22 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores Grupo Interno de Trabajo de África, Medio Oriente y Asia Central⁴⁸, designación que fue posterior a la expedición del nombramiento provisional.

En ese orden de ideas, es importante acotar que las pruebas que deben ser tenidas en cuenta en el asunto de marras, son las que daten hasta el momento de la expedición del acto objeto de debate; en esa medida, la **Resolución 0460 de 2 de febrero de 2016** demuestra hechos posteriores al surgimiento de la designación provisional refutada, los cuales no son objeto de controversia en la presente acción de nulidad electoral, máxime cuando ella no subsana de ninguna manera el vicio ocurrido al momento de efectuar el nombramiento atacado.

Conforme a lo expuesto y a pesar de que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón se encontraba desde el **26 de noviembre de 2015** en el territorio nacional prestando sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, esta cartera ministerial podría haber aplicado la figura de la comisión para situaciones especiales a efectos de suplir la vacante existente en el exterior dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual pertenecía- Ministro Plenipotenciario- sin que el lapso de alternación en planta interna le fuera exigible, en virtud de lo previsto en el literal b del artículo 53 del Decreto 274 de 2000

Al acreditarse que existía dentro de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores un funcionario que podía ser nombrado en el cargo que fue provisto de forma provisional, pues el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón se encontraba en situación de elegibilidad, es dable concluir que se logra desvirtuar la legalidad

⁴⁷ Folio 269 del Cuaderno No. 1

⁴⁸ Folio 270 del Cuaderno No. 1

del acto de nombramiento provisional impugnado y por tal razón la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

2.4.3 En relación con el argumento planteado por la señora Marta Inés Galindo Peña respecto de la obligatoriedad del señor Jairo Augusto Abadía Mondragón de prestar servicio en la planta interna de Colombia, se concluye que éste no puede salir avante pues el literal b del artículo 53 de Decreto Ley 274 de 2000 claramente dispuso la posibilidad de que funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular puedan ser autorizados o designados para desempeñar en el exterior cargos dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual pertenecen *“sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular”*

En razón a que dicha norma no torna exigible que quienes se encontraren prestando su servicio en planta interna deberá hacerlo por un periodo mínimo - 3 años-, la condición que expone la impugnante no requería ser cumplida por el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón posibilitando que él accediera al cargo de ministro plenipotenciario, por cuanto la norma así lo permite.

2.4.4 Finalmente y respecto del argumento expuesto por los impugnantes en cuanto a que señor Jairo Augusto Abadía Mondragón debía postularse y acreditar los requisitos académicos ante la administración para poder acceder al cargo de ministro plenipotenciario, se anticipa que éste no tiene vocación de prosperidad.

Lo anterior, por cuanto el artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000, dispone que en *“virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la carrera diplomática y consular **estará a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que en este estatuto se indiquen.**”* (Negrillas fuera del texto original). Así las cosas, le corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores verificar la existencia de funcionarios inscritos en carrera administrativa disponibles antes de resolver sobre la designación mediante nombramientos provisionales, así como constatar que previo a la expedición de un nombramiento se encuentren las condiciones legales para ello, sin que esta función se le pueda atribuir a los propios servidores de dicho ministerio.

3. Conclusión

Ni La Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores ni la señora Marta Inés Galindo Peña desvirtuaron los argumentos plasmados por el fallador de primera instancia que sustentaron su decisión de acceder las pretensiones de la demanda, razón por la cual se confirmara la sentencia impugnada.

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 proferida el 2 de marzo de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda

SEGUNDO.- EXHORTAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que en adelante para tramitar la presentación de los salvamentos y aclaraciones de voto cumpla las previsiones legales establecidas en los incisos segundo y tercero del artículo 129 de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO.- NEGAR la solicitud de terminación del proceso por carencia actual de objeto solicitada por la Nación – Ministerio de Relaciones exteriores.

CUARTO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

QUINTO.- ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – El nombramiento de funcionarios en Comisión para Situaciones Especiales no constituye una obligación legal / PRINCIPIO DE ALTERNANCIA – Se afecta con la interpretación dada en la sentencia a la norma que regula la Comisión para Situaciones Especiales

Mi desacuerdo radica principalmente en la interpretación que la Sala acogió respecto del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 y cuya hermenéutica derivó en que se decidiera confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado. (...). [P]ara la Sala en aplicación del literal b) del artículo 53 de la Ley 274 de 2000 era evidente que el señor Abadía sí se encontraba disponible para ser nombrado en el exterior, porque la Cancillería pudo hacer uso de la potestad consagrada en dicha norma; circunstancia que viciaba de nulidad el acto acusado. No obstante, a mi juicio, la conclusión a la que arribó la Sección es errada, habida cuenta que la citada disposición tan solo consagra una mera posibilidad para el Ministerio de Relaciones Exteriores, pero no contiene una obligación que le imponga el deber de hacer uso siempre y en todos los casos de esta prerrogativa, tal y como parece desprenderse de lo afirmado por la Sala en la sentencia objeto de salvamento. (...). [E]s evidente que el acto acusado no estaba viciado de nulidad, pues no era que el señor Abadía estuviese disponible para ser nombrado en el exterior, lo que sucedió es que el Ministerio pudo autorizarlo para desempeñar ese cargo, pero ello no era una obligación, no solo porque así no lo dispone la ley, sino porque, además, dicho servidor público debía cumplir con su periodo de alternancia en el país. (...). [C]ontrario a lo colegido por la providencia objeto de salvamento, no existía ningún funcionario de carrera que estuviese disponible, pues como se señaló en los párrafos precedentes, lo que estaba demostrado era que el señor Abadía se encontraba cumpliendo su periodo de alternancia en el país, y que la entidad que profirió el acto acusado no estaba en obligación de recurrir a la potestad del literal b) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 para nombrarlo en un cargo en el exterior. (...). [L]a interpretación que de la citada norma se acuñó en la providencia objeto de salvamento va en contravía del principio de alternancia, pues obliga a la Cancillería a nombrar en el exterior a personal que debe permanecer en la planta interna, convirtiendo así una potestad que debe ser utilizada en casos excepcionales y por necesidades del servicio, en la regla general, y por ende, restándole efecto útil. En efecto, no puede perderse de vista que es necesario que los funcionarios de la carrera diplomática tengan contacto con el país y sus realidades en diversos ámbitos, pues solo en esa medida podrán representarlo adecuadamente en el exterior. Por el contrario, si como en la sentencia objeto de salvamento se impone al Ministerio de Relaciones Exteriores en todos los casos y eventos incumplir el periodo de alternancia para nombrar en el exterior a funcionarios que, en principio, deben permanecer en la planta interna, el citado principio perdería su razón de ser.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 274 DE 2000 – ARTÍCULO 53

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 25000-23-41-000-2016-00108-02

Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN

Demandado: MARTA INÉS GALINDO PEÑA – MINISTRA PLENIPOTENCIARIA ADSCRITA A LA EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE AZERBAIYÁN.

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito explicar los motivos por los cuales salvé mi voto en la sentencia del 30 de agosto de 2018, a través de la cual se confirmó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad del acto a través del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores nombró a la señora Galindo Peña como Ministra Plenipotenciaria adscrita a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán.

Mi desacuerdo radica principalmente en la interpretación que la Sala acogió respecto del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 y cuya hermenéutica derivó en que se decidiera confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado.

Lo primero que debo precisar es que en el proceso estaba acreditado que:

- El señor Jairo Augusto Abadía Mondragón funcionario de carrera diplomática que, a criterio del demandante estaba llamado a ocupar el cargo de la demandada, fue nombrado el 16 de octubre de 2014 en una situación de comisiones especiales como Consejero de Relaciones Exteriores en Sao Paulo.
- El 11 de diciembre de 2015 se produjo el acto demandado.
- El 26 de noviembre de 2015 el señor Abadía Mondragón fue trasladado a la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores en el cargo de consejero de relaciones, pese a que se encontraba escalafonado en el cargo de ministro plenipotenciario, es decir, en un cargo de menor jerarquía al que realmente le correspondía. Para el efecto, en el citado acto de nombramiento se estipuló que se hacía uso de la figura de la *“comisión de situaciones especiales”*.
- El 2 de febrero de 2016 el señor Abadía fue nombrado como Ministro Plenipotenciario en la planta interna del ministerio.

Con fundamento en estos medios de convicción, la Sala en la sentencia del 30 de agosto de 2018 sostuvo que:

“Conforme a lo expuesto se tiene que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón terminó su período de alternancia **en el exterior el 25 de noviembre de 2015** - como consecuencia de su designación en el Consulado General de Colombia en Sao Paulo, Brasil – y posteriormente fue expedido el Decreto No. 2272 de **26 de noviembre de 2015**, mediante el cual se inició el período de alternancia en **planta interna** mediante la figura de la **comisión para situación especiales** al ser designado **Consejero de Relaciones Exteriores**, cargo que es de inferior jerarquía que el de **Ministro Plenipotenciario** del cual es titular en carrera diplomática.

En este punto se debe destacar que, conforme al artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000, los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular también podrán ser autorizados o designados, bajo la figura de la comisión para situaciones especiales, **“Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.”**

Así las cosas, al momento del nombramiento provisional - **11 de diciembre de 2015**- sí existían funcionarios en carrera diplomática disponibles pues, conforme lo afirman y acreditan los apelantes, a través del Decreto 2272 de **26 de noviembre de 2015**, se comisionó al señor Jairo Augusto Abadía Mondragón en el cargo de consejero de Relaciones Exteriores código 1012 Grado 11 de la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, cargo que es de inferior jerarquía que el de **Ministro Plenipotenciario**. Adicionalmente dicho funcionario, en virtud de lo previsto en el literal b del artículo 53 del Decreto 274 de 2000, podía ser objeto de comisión para situaciones especiales para desempeñar en el exterior el cargo de **Ministro Plenipotenciario**, por ser este el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular al cual pertenece, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del territorio nacional.”

En este orden de ideas, el fallo objeto de sentencia coligió que:

“a pesar de que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón se encontraba desde el **26 de noviembre de 2015** en el territorio nacional prestando sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, esta cartera ministerial podría haber aplicado la figura de la comisión para situaciones especiales a efectos de suplir la vacante existente en el

exterior dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual pertenecía- Ministro Plenipotenciario- sin que el lapso de alternación en planta interna le fuera exigible, en virtud de lo previsto en el literal b del artículo 53 del Decreto 274 de 2000.”

Es decir, para la Sala en aplicación del literal b) del artículo 53 de la Ley 274 de 2000 era evidente que el señor Abadía sí se encontraba disponible para ser nombrado en el exterior, porque la cancillería pudo hacer uso de la potestad consagrada en dicha norma; circunstancia que viciaba de nulidad el acto acusado.

No obstante, a mi juicio, la conclusión a la que arribó la Sección es errada, habida cuenta que la citada disposición tan solo consagra una mera posibilidad para el Ministerio de Relaciones Exteriores, pero **no contiene** una obligación que le imponga el deber de hacer uso siempre y en todos los casos de esta prerrogativa, tal y como parece desprenderse de lo afirmado por la Sala en la sentencia objeto de salvamento.

En efecto, la norma con fundamento en la cual la Sala encontró que el señor Abadía sí podía, pese a estar cumpliendo su periodo de alternancia⁴⁹ en Colombia, ser designado en el exterior es del siguiente tenor:

“ARTICULO 53. PROCEDENCIA Y FINES. *Los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular **podrán ser autorizados** o designados para desempeñar Comisión para situaciones especiales, en los siguientes casos: (...) b. Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.”*

Nótese como la norma utiliza el verbo “podrán” para evidenciar que el nombramiento en el exterior, de una persona que debe prestar sus servicios en el país en cumplimiento del principio de alternancia es **tan solo una posibilidad**

⁴⁹ Como se precisó en el salvamento de voto al proceso de la referencia expedido antes de la orden del juez de tutela, los servidores vinculados a las carrera diplomática están sujetos al principio de alternancia, según el cual los funcionarios de carrera del Ministerio de Relaciones Exteriores deben prestar sus servicios tanto en el exterior, como en la planta interna, pues lo lógico es que el funcionario diplomático no solo tenga contacto directo con las realidades de país, sino que con fundamento en ellas, pueda adelantar una adecuada gestión en el exterior.

Por ello, según el citado principio el servidor público de la carrera diplomática debe **alternar** en el exterior y en el país, según la frecuencia reglada en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

que está sujeta a una autorización por parte del ministerio y del concepto favorable de la comisión de carrera de esa cartera ministerial.

Es decir, la citada atribución se encuentra a discrecionalidad de la administración, pues es esta la que debe determinar si por necesidades del servicio es menester que un funcionario de carrera que, en principio y en virtud del principio de alternancia, debería permanecer en el país por el tiempo que exige ley, pueda evitar dicha circunstancia y ser nombrado en el exterior.

Si esto es así es evidente que el acto acusado no estaba viciado de nulidad, pues no era que el señor Abadía estuviese disponible para ser nombrado en el exterior, lo que sucedió es que el Ministerio pudo autorizarlo para desempeñar ese cargo, pero ello no era una obligación, no solo porque así no lo dispone la ley, sino porque, además, dicho servidor público debía cumplir con su periodo de alternancia en el país;

Por consiguiente, el hecho de que la Cancillería no haya recurrido a la potestad consagrada en el literal b) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 no significa, como erradamente entiende la sentencia, que el acto acusado este viciado de nulidad, comoquiera que establecer cuando se necesita acudir a las comisiones especiales es una decisión que, en principio, se encuentra a discrecionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En este contexto, es evidente que, contrario a lo colegido por la providencia objeto de salvamento, no existía ningún funcionario de carrera que estuviese disponible, pues como se señaló en los párrafos precedentes, lo que estaba demostrado era que el señor Abadía se encontraba cumpliendo su periodo de alternancia en el país, y que la entidad que profirió el acto acusado no estaba en obligación de recurrir a la potestad del literal b) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 para nombrarlo en un cargo en el exterior.

A lo anterior debe añadirse que, según mi criterio, la interpretación que de la citada norma se acuñó en la providencia objeto de salvamento va en contravía del principio de alternancia, pues obliga a la Cancillería a nombrar en el exterior a personal que debe permanecer en la planta interna, convirtiendo así una potestad que debe ser utilizada en casos excepcionales y por necesidades del servicio, en la regla general, y por ende, restándole efecto útil.

En efecto, no puede perderse de vista que es necesario que los funcionarios de la carrera diplomática tengan contacto con el país y sus realidades en diversos ámbitos, pues solo en esa medida podrán representarlo adecuadamente en el exterior. Por el contrario, si como en la sentencia objeto de salvamento se impone al Ministerio de Relaciones Exteriores en todos los casos y eventos incumplir el

periodo de alternancia para nombrar en el exterior a funcionarios que, en principio, deben permanecer en la planta interna, el citado principio perdería su razón de ser.

Ahora bien, el hecho de que el señor Abadía al momento de la expedición del acto acusado estuviese desempeñando un cargo de menor jerarquía no implica, como sostiene la providencia objeto de salvamento, que la Cancillería debía invocar la potestad del literal b) del artículo 53 ibídem, pues esa misma disposición en su párrafo primero consagra que en esos eventos el servidor de la carrera diplomática tiene derecho a recibir la misma asignación del cargo en el que verdaderamente está inscrito⁵⁰; razón por la que no puede sostenerse una violación de sus derechos de carrera, máxime cuando esta situación es ocasional y temporal.

Así las cosas, estimo que, contrario a lo concluido, en la sentencia del 30 de agosto de 2018, la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado, debió revocarse y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, comoquiera que al momento de la expedición del acto acusado ningún funcionario de carrera estaba disponible para ser nombrado en el cargo de Ministro Plenipotenciario en la Embajada de Colombia ante Azerbaiyán, siendo claro que el único que tenía la potencialidad de ocupar ese cargo – el señor Abadía- se encontraba cumpliendo su periodo de alternancia en el país sin que, conforme a la explicado en los párrafos que preceden, la Cancillería tuviera la obligación de incumplir dicho periodo y designarlo en dicho empleo bajo la modalidad de comisión para situaciones especiales.

En los anteriores términos dejo precisadas las razones que me llevaron a apartarme del criterio mayoritario adoptado por la Sala en la providencia de la referencia, y por consiguiente, a salvar el voto en el fallo en comento.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO

⁵⁰ Párrafo primero Artículo 53 Decreto Ley 274 de 2000 “(...) Si fuere comisionado a un cargo de inferior categoría en el escalafón o en su equivalente en planta interna, tendrá derecho a conservar el nivel de asignación básica correspondiente a la categoría a la cual perteneciere.”

Consejero de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

