

## **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se confirma la sentencia que declaró la nulidad del acto de nombramiento de la Ministra Plenipotenciaria ante el Gobierno de la República de Azerbaiyán**

{El 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 (...) Se tiene que para la fecha en que se concedió el nombramiento provisional 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. 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 parágrafo del artículo 37 de Decreto Ley 274 de 2000 claramente dispuso que: “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.” (Se resalta). En razón a que dicha norma dispone que quienes se encontraren prestando su servicio en el exterior podrán ser designados en otro cargo en el exterior, la condición que expone la impugnante no se torna en condición sine qua non para que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón accediera al cargo de ministro plenipotenciario, por cuanto la norma así no lo dispone. 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.” (Negritas 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.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo 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 a 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 demanda<sup>1</sup> en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en contra 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, 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**

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 7 del cuaderno No. 1

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 2016<sup>2</sup>, 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 2016<sup>3</sup> la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a

---

<sup>2</sup> Folios 30 y 31 del cuaderno No. 1.

<sup>3</sup> Folios 49 a 62 del cuaderno No. 1.

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 2016<sup>4</sup> 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.

### **2.4 Audiencia Inicial<sup>5</sup>**

En la audiencia inicial<sup>6</sup> 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

---

<sup>4</sup> Folios 1 al 23 del Cuaderno No. 2

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Folios 121 a 136 cuaderno No.1.

desatado por esta Corporación en auto de 19 de septiembre de 2016<sup>7</sup> 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 2016<sup>8</sup> 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**

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 2016<sup>9</sup>, 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 2016<sup>10</sup> 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**

---

<sup>7</sup> Folios 56 al 61 del cuaderno No. 1 de apelación del auto.

<sup>8</sup> Folios 175 al 177 del cuaderno No. 1

<sup>9</sup> Folios 179 al 181 del Cuaderno No. 1

<sup>10</sup> Folio 185 al 191 del Cuaderno No. 1

El agente del Ministerio Público en escrito radicado el 18 de octubre de 2016<sup>11</sup> 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 2017<sup>12</sup> 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 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 2017<sup>13</sup> 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.

---

<sup>11</sup> Folios 192 al 196 del Cuaderno No.1

<sup>12</sup> Folios 198 al 237 del Cuaderno No.1

<sup>13</sup> Folios 242 al 249 del Cuaderno No. 1

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 2017<sup>14</sup> 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 párrafo 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.

Expuso 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 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 2017<sup>15</sup> 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 2018<sup>16</sup> esta Corporación, a través de la consejera ponente, admitió el recurso de apelación y ordenó los traslados de rigor.

---

<sup>14</sup> Folios 255 al 268 del Cuaderno No. 1.

<sup>15</sup> Folios 290 y 291 del cuaderno No. 1.

<sup>16</sup> Folios 317 y 318 del cuaderno No. 4

El apoderado de la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores en memorial de 1 de febrero de 2018<sup>17</sup>, 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 2018<sup>18</sup>, 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 2018<sup>19</sup> reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insistió en la legalidad de la actuación del ministerio al limitarse a 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 2018<sup>20</sup> 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.

---

<sup>17</sup> Folios 299 al 304 del Cuaderno No. 4

<sup>18</sup> Folios 328 al 330 del cuaderno No. 4

<sup>19</sup> Folios 331 al 348 del cuaderno No. 4.

<sup>20</sup> Folios 350 al 363 del cuaderno No. 4.



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.

## **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, 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 2017<sup>21</sup>, la secretaría 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 2017<sup>22</sup>. 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<sup>23</sup> 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 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 Oportunidades probatorias en segunda instancia**

---

<sup>21</sup> Folio 253

<sup>22</sup> Folios 275 al 279

<sup>23</sup> Folios 290 al 291

En el plenario se observa que los impugnantes<sup>24</sup> allegan con sus recursos de apelación pruebas documentales que pretenden hacer valer en esta instancia.

Al respecto se enfatiza que en el Título VII de la Ley 1437 de 2011 se encuentran las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral, dentro de las cuales no se incluye ninguna norma que regule el aspecto probatorio. En tal virtud, se debe dar aplicación a las normas que en materia probatoria y para el procedimiento general establece la Ley 1437 de 2011 y en los aspectos no regulados por esta ley, en virtud del artículo 296 ibídem se acudirá a las normas del proceso ordinario en tanto sea compatible con la naturaleza del proceso electoral.

Las oportunidades probatorias dispuestas en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011 en el caso en concreto ya se encuentran superadas, pues la solicitud, decreto y practica de las pruebas fue tramitada por el a quo, en razón a que el proceso se encuentra pendiente de resolver el recurso de alzada contra la sentencia.

Se advierte que la parte demandada tenía la posibilidad de postular pruebas en las oportunidades establecidas en el artículos 212 de la Ley 1437 de 2011 y por tanto no puede en la segunda instancia pretender revivir etapas procesales ya culminadas, ni mucho menos allegar documentos que no fueron oportunamente solicitados y procurar con esto la violación del debido proceso y el derecho de contradicción de la parte demandante y demás intervinientes del proceso.

Por lo anterior y en razón a que los impugnantes pretenden que se incorporen y valoren documentos allegados en el recurso de apelación que no fueron ordenados ni decretados en las oportunidades probatorias previstas normativamente, esta sala concluye que dichos medios probatorios no podrán ser considerados en esta instancia procesal.

### **2.1.3 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 2018<sup>25</sup>, 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.

---

<sup>24</sup> La apoderada de la señora Marta Inés Galindo Peña allega documentos visibles en los folios 250 y 251 y el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores en los folios 269 y 270.

<sup>25</sup> Folios 299 al 304 del Cuaderno No. 4

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 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”***<sup>26</sup>

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”*<sup>27</sup>

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.

## **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

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta sentencia de 27 de octubre de 2016 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Exp. 2015-00483-01 (Acumulado)

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta sentencia de 3 de noviembre de 2017. C. P.: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Rad. 200012339000201600591-02

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 Corporación<sup>28</sup> 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 parágrafo 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 parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, prevé:

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

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

---

<sup>28</sup> 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

*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 tuvieran 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 alternación<sup>29</sup>.

Posteriormente, en las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta de esta Corporación del 12 de marzo de 2015<sup>30</sup> y 23 de abril de 2015<sup>31</sup> 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 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 parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 12 de marzo de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02418-01.

<sup>31</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01

Sobre el particular la Sala Electoral en sentencias de 31 de marzo de 2016<sup>32</sup>, 23 de febrero<sup>33</sup> y 30 de marzo de 2017<sup>34</sup> 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:<sup>35</sup>*

*(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 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.”*

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de 31 de marzo de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. No. 2015-00443-01

<sup>33</sup> 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

<sup>34</sup> 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

<sup>35</sup> 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.



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 cargo<sup>36</sup>.

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 2015<sup>37</sup>, 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 2016<sup>38</sup> 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. (...)**”*

---

<sup>36</sup> 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

<sup>37</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01

<sup>38</sup> 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 2017<sup>39</sup>, 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.

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 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.

---

<sup>39</sup> 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

Revisado el acervo probatorio obrante en el expediente se encuentra el Decreto 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*”<sup>40</sup> 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**<sup>41</sup> en el que se acredita la fecha a partir de la cual ejerció dicho cargo.

El Decreto 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.

Por otra parte, se tiene que para la fecha en que se concedió el nombramiento provisional 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.

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 adelante pues el parágrafo del artículo 37 de Decreto Ley 274 de 2000 claramente dispuso que: “*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.*” (Se resalta). En razón a que dicha norma dispone que quienes se encontraren prestando su servicio en el **exterior** podrán ser designados en otro cargo en el **exterior**, la condición que expone la impugnante no se torna en condición *sine qua non* para que el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón accediera al cargo de ministro plenipotenciario, por cuanto la norma así no lo dispone.

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

---

<sup>40</sup> Folios 156 del Cuaderno No. 1

<sup>41</sup> Folios 157 del Cuaderno No. 1

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**

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL –Servidores vinculados a carrera diplomática / NULIDAD ELECTORAL EN SEGUNDA INSTANCIA – Pasible del recurso de súplica / COMPETENCIA DEL MAGISTRADO  
PONENTE**

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 (...) Ahora bien, resulta de especial relevancia para este salvamento de voto la regla contenida en el párrafo de la norma antes transcrita, habida cuenta que con fundamento en ella la Sección Quinta ha entendido que si un funcionario de carrera diplomática lleva más de 12 meses en una misma sede del exterior desempeñando un cargo inferior al que le corresponde por su escalafón y se presenta una vacante fuera del país y en el cargo que le atañe, se entiende que aquel está disponible para ser designado en esa vacante y, por ende, debe ser nombrado en ella (...) Fue la tesis expuesta en precedencia, la que se acuñó en la providencia objeto de salvamento, pues en ella se coligió que de las pruebas obrantes en el expediente se desprendía que el señor Abadía Mondragón llevaba más de 12 meses ejerciendo en el exterior, pero en un cargo de menor jerarquía al que en realidad le correspondía, razón por la que en aplicación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, aquel no solo sí podía ser designado como ministro plenipotenciario en Azerbaiyán, sino que, además, debía ser preferido sobre la demandada, por hacer parte de la carrera diplomática (...) Así pues, como según el numeral 3º del 243 del CPACA la decisión sobre la terminación del proceso sería por su naturaleza

apelable, cuando dicha petición se formule en segunda instancia, como en el caso concreto, es pasible del recurso de súplica, lo que a su vez implica que su resolución correspondía al ponente, so pena de cercenar el citado recurso. Por ello, considero que esta decisión debió ser resuelta por la Ponente en auto aparte, y no por la Sala en la sentencia de segunda instancia.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 274 DE 2000 – ARTÍCULO 37 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 243 NÚMERAL 3

## **SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO**

**Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO**

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 1º de marzo 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 dos razones: (i) la decisión de confirmar el fallo de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado y (ii) la competencia de la Sección para pronunciarse sobre una solicitud de terminación del proceso.

Así las cosas, para exponer de forma ordenada los motivos de mi disenso; en **primer lugar**, me referiré brevemente al principio de alternancia que rige la carrera diplomática y consular; **en segundo lugar**, explicare porque, según mi criterio, en el caso concreto en aplicación de ese principio se debió revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda; y **finalmente**, señalaré porque considero que la Sala no tenía competencia para resolver la solicitud de terminación del proceso.

### **1. El principio de alternancia en la carrera diplomática**

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.

En otros términos, según el citado principio el servidor público de la carrera diplomática debe **alternar** en el exterior y en el país. Por ello, el artículo 38 del Decreto Ley 274 de 2000 dispuso “*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.*”

Respecto al lapso en el que los servidores debe permanecer en una u otra circunstancia, la ley previó que:

**“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 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.*

**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.”*

En este orden de ideas, y conforme a la prescripción antes anotada existen unos términos mínimos en los que el servidor diplomático debe bien permanecer en

Colombia o bien en el exterior, los cuales solo podrán modificarse por situaciones excepcionales.

Ahora bien, resulta de especial relevancia para este salvamento de voto la regla contenida en el párrafo de la norma antes transcrita, habida cuenta que con fundamento en ella la Sección Quinta ha entendido que si un funcionario de carrera diplomática lleva más de 12 meses en una misma sede del exterior desempeñando un cargo inferior al que le corresponde por su escalafón y se presenta una vacante fuera del país y en el cargo que le atañe, se entiende que aquel está disponible para ser designado en esa vacante y, por ende, debe ser nombrado en ella.

## 2. La resolución del caso concreto

Fue la tesis expuesta en precedencia, la que se acuñó en la providencia objeto de salvamento, pues en ella se coligió que de las pruebas obrantes en el expediente se desprendía que el señor Abadía Mondragón llevaba más de 12 meses ejerciendo en el exterior, pero en un cargo de menor jerarquía al que en realidad le correspondía, razón por la que en aplicación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, aquel no solo sí podía ser designado como ministro plenipotenciario en Azerbaiyán, sino que, además, debía ser preferido sobre la demandada, por hacer parte de la carrera diplomática.

Aunque la anterior conclusión se ajusta a los parámetros que ha establecido la Sección Quinta para la interpretación de la norma ibídem, lo cierto es que **no está en consonancia con lo que aconteció en la realidad** pues, contrario a lo concluido en la providencia del 1º de marzo de 2018, está demostrado que el señor Abadía Mondragón no podía ser nombrado como ministro plenipotenciario en Azerbaiyán habida cuenta que, en virtud del principio de alternancia, estaba prestando sus servicios en el país.

En efecto, la sentencia objeto de salvamento pasó por alto la existencia del Decreto 2272 del 26 de noviembre de 2015 del cual se desprende, sin lugar a dudas, que el señor Abadía Mondragón estaba cumpliendo su periodo de alternancia en el país, y por ende, **no** podía ser designado en un cargo en el exterior.

En el citado decreto se lee:

*“Artículo 1º. **COMISIONÁSE a la planta interna** al doctor JAIRO AUGUSTO ABADÍA MONDRAGÓN identificado con cédula de ciudadanía*



No. 14.242.761, al cargo de CONSEJERO DE RELACIONES EXTERIORES Código 1012, grado 11, de la planta global Ministerio de Relaciones Exteriores.

*El doctor JAIRO AUGUSTO ABADÍA MONDRAGÓN es funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario.*

*Artículo 2°. Las erogaciones que ocasione el cumplimiento del presente decreto se pagarán con cargo a los presupuestos del Ministerio de Relaciones Exteriores y su Fondo Rotatorio.*

*Artículo 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.”  
(Negritas fuera de texto)*

Como puede observarse, contrario a lo concluido por la providencia objeto de salvamento, el señor **Abadía Mondragón no estaba disponible para ser nombrado en el cargo de Ministro Plenipotenciario en Azerbaiyán**, toda vez que aquel, en virtud del principio de alternancia, fue designado en la planta interna del ministerio y, por consiguiente, debía permanecer en el país al menos durante el término previsto en el literal b) del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, ya que el principio de alternancia así se lo exigía.

Por supuesto, vale la pena advertir que el hecho de que la designación del señor Abadía Mondragón se haya realizado a través de una “comisión”, porque así lo disponen las normas del decreto ley de la carrera diplomática<sup>42</sup>, no desvirtúa que la anterior conclusión, sino que la refuerza.

Hechas estas precisiones es evidente que, contrario a lo colegido por el fallo objeto de salvamento, el acto acusado no estaría viciado de nulidad, pues al no existir ningún funcionario de carrera que pudiera ser designado como Ministro Plenipotenciario en Azerbaiyán, el Ministerio de Relaciones Exteriores podía

---

<sup>42</sup> Según el parágrafo 2º del artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000, en concordancia con el literal a) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 cuando el funcionario deba, en virtud del principio de alternancia, prestar sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores en un cargo distinto al que le corresponde según su escalafón, esa designación se realiza través de una comisión de situaciones especiales.

Fue precisamente la anterior situación la que acaeció en el caso concreto, toda vez que la designación del señor Abadía en la planta interna se realizó a través de una comisión, debido a que aquel prestaría sus servicios en el país en el cargo de consejero de relaciones, pese a que estaba inscrito en el escalafón de ministro plenipotenciario.

acudir, sin transgredir el ordenamiento jurídico, a la potestad excepcional de realizar designaciones con personal ajeno a la carrera diplomática.

Ahora bien, la sentencia objeto de salvamento señala que se releva de analizar el Decreto 2272 del 26 de noviembre de 2015, porque aquel fue allegado al proceso de manera extemporánea -con el recurso de apelación-. Sin embargo, a mi juicio, **sí** era viable que la Sección examinara el contenido del citado acto, habida cuenta que aquel es un **documento público** que se encontraba disponible en la página web de la Presidencia de la República.

Lo anterior significa, que la información de citado decreto podía ser consultada por cualquier persona incluyendo la Sala Electoral, toda vez que, precisamente, la finalidad de su publicación en el portal electrónico de la Presidencia de la República no solo es garantizar la transparencia en los nombramientos de los servidores de la carrera diplomática, sino también que el mayor número de personas conozca su contenido, sin que se pueda aseverar que el citado objetivo no cobija a la función judicial o no tiene efectos sobre ella.

Si esto es así, y según las normas sobre tecnología y transparencia cuando cierto acto esté disponible en internet se erige como un verdadero documento electrónico de carácter público, es evidente que la Sala podía acceder libremente al contenido del Decreto 2272 del 26 de noviembre de 2015 para valorarlo y analizar con él la legalidad del acto acusado.

En otras palabras, el hecho de que el Decreto 2272 del 26 de noviembre de 2015 solo fuera aportado con el recurso de apelación **no era obstáculo para que aquel no pudiera ser valorado**, habida cuenta que dicho acto es, además, un **documento público electrónico** de acceso libre que podía ser examinado como tal.

Lo anterior postura, adopta más fuerza si se tiene en cuenta que el juez electoral no puede ser ajeno a la "*verdad verdadera*"; por el contrario, su propósito es que velar para que más allá de los rigorismos propios de la ley, los procesos judiciales se decidan con **información veraz y completa**.

Esto se explica, porque cuando se activa el medio de control previsto en el artículo 139 del CPACA se ejerce una acción de defensa directa de la Constitución, lo cual le impone al juez la carga de actuar activamente en el proceso, incluso tratándose de temas probatorios.

La importancia de la búsqueda de la “*verdad verdadera*” en el proceso electoral se hace evidente en el caso concreto, pues pese a que existía una prueba documental que desvirtuaba la tesis acuñada en la providencia objeto de salvamento, aquella no fue tomada en cuenta, de forma que se declaró la nulidad del acto acusado, pese a que, como se indicó con todo detalle en los párrafos que preceden, en realidad aquel no estaba inmerso en los vicios alegados en la demanda.

En este contexto considero que este escenario no es aceptable en los procesos electorales, pues va en contravía del papel del juez como garante de la legalidad del ordenamiento jurídico.

### **3. Respecto a la competencia para decidir sobre la solicitud de terminación del proceso**

Finalmente, me resta precisar que no era posible que la Sala resolviera la solicitud de terminación del proceso elevada por la parte demandada, habida cuenta que de acuerdo con lo reglado en los artículos 243.3 y 246 del CPACA **esa decisión era exclusivamente del ponente.**

En efecto, contrario a lo asegurado en la sentencia objeto de salvamento, la competencia para dictar ese auto no recaía en la Sala de Sección, ya que el artículo 125 del CPACA debía leerse en armonía con el 246 que establece que “*el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto.*”

Así pues, como según el numeral 3º del 243 del CPACA la decisión sobre la terminación del proceso sería por su naturaleza apelable, cuando dicha petición se formule en segunda instancia, como en el caso concreto, es pasible del recurso de súplica, lo que a su vez implica que su resolución correspondía al ponente, so pena de cercenar el citado recurso. Por ello, considero que esta decisión debió ser resuelta por la Ponente en auto aparte, y no por la Sala en la sentencia de segunda instancia.

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**

**Consejero de Estado**