

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cinco (05) de noviembre de dos mil quince (2015)

Expediente: 250002341000201500541 01
Demandante: **ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN**
Demandado: **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ,**
Ministro Plenipotenciario, ante el Gobierno
de los Estados Unidos de América
Asunto: **Fallo electoral de segunda instancia**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 6 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1.- La pretensión de la demanda

Se dirige a obtener la nulidad del Decreto No. 0116 de 21 de enero de 2015 *“Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”* mediante el cual

se nombró provisionalmente al doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ**, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América.

1.2.- Soporte fáctico

Por medio del Decreto No. 0116 de 21 de enero de 2015 se nombró provisionalmente al doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ**, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América, cargo que pertenece a la Carrera Diplomática y Consular de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Afirma la parte actora que el anterior nombramiento se realizó a pesar de que el doctor **BRITO JIMÉNEZ** no es funcionario de Carrera Diplomática y Consular y sin tener en consideración que para esa fecha -21 de enero de 2015- existían funcionarios de carrera inscritos como Ministros Plenipotenciarios *“quienes tenían mejor derecho a ocupar ese cargo, hecho que se demostrará con la certificación juramentada que para el efecto expida la señora Ministra de Relaciones Exteriores”*

Para tal efecto, manifestó que los señores: José Antonio Solarte Gómez, Hernán Vargas Martín y Hernán Mauricio Cuervo Castellanos ya habían ascendido al escalafón de Ministros Plenipotenciarios, para la fecha de expedición del decreto acusado de ilegalidad pero *“ocupaban cargos de inferior categoría como el de Ministro Consejero o Consejero”*.

De igual manera, sostuvo que los señores: Alberto Bula Bohórquez, Adriana Arias Castiblanco, Nohora María Quintero Correa, Pablo Antonio Rebolledo Schloss, Gustavo Humberto Paredes Rojas, Pilar Vargas Álvarez y Luz Amanda Restrepo Sabogal ascendieron al escalafón de Ministros Consejeros y

tenían mejor derecho a ocupar el cargo en el que se nombró al doctor **BRITO JIMÉNEZ**.

Para el efecto, precisó que *“la comisión para ocupar cargos de inferior jerarquía y dignidad, en el caso de un Ministro Plenipotenciario, termina cuando se da la vacante del cargo equivalente como es el empleo 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 los Estados Unidos de América”*.

Sumado a lo anterior alegó que el doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ** no tiene los méritos ni la preparación para ejercer el cargo para el cual fue nombrado, no demostró el dominio del idioma inglés u otro de uso diplomático distinto al español, como deben acreditarlo quienes deseen ingresar a la carrera diplomática.

Expuso que la trayectoria del doctor **BRITO JIMÉNEZ** no resulta *“comparable”* con las capacidades de un funcionario de carrera diplomática quien para alcanzar el rango de Ministro Plenipotenciario debe acreditar más de 20 años de servicio, formación, experiencia, superar exámenes de conocimientos y evaluaciones anuales de servicios.

La misma comparación la realiza el actor frente a un funcionario de carrera diplomática que llega al rango de Ministro Consejero luego de más de 16 años de servicios y los requisitos antes descritos, con la salvedad de que puede ejercer *“...un cargo equivalente a la categoría inmediatamente superior a la que está inscrito, en virtud de la comisión para situaciones especiales”*.

Alegó que el Ministerio de Relaciones Exteriores, de manera permanente, aplica el literal a) del artículo 53 del Decreto 274 de

2000 –comisión para situaciones especiales- designa funcionario de carrera en empleos de inferior rango o jerarquía y muy *“excepcionalmente la comisión para cargos equivalente a la categoría inmediatamente superior”*.

Finalmente, adujo que no existe fundamento *“serio”* para haber hecho uso de la facultad excepcional conferida por el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y nombrar al doctor **BRITO JIMÉNEZ** en el segundo cargo más alto de la función diplomática.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

El demandante señala que el decreto demandado vulnera la siguiente normativa:

i) Constitución Política: artículos 6, 13, 25, 53, 83, 123 y 125.

En razón de que el Ministerio de Relaciones Exteriores al aplicar el artículo 60¹ del Decreto Ley 274 de 2000² *“omitió tener en cuenta que solo puede utilizar este poder excepcional de designar en provisionalidad cuando no exista personal de carrera con el que se pueda ocupar el cargo. La realidad es que sí debía ser suplido este cargo con los ministros plenipotenciarios que ocupaban cargos de inferior rango e incluso si hipotéticamente no hubiese ninguno de ellos ejerciendo empleos de rango inferior, los Ministros Consejeros que estaban en condiciones laborales injustas de ocupar cargos de inferior rango tienen los méritos para haber sido designados en comisión para situaciones especiales”*.

ii) Artículo 4° del Decreto Ley 274 de 2000. Este precepto contiene los principios de moralidad, imparcialidad, publicidad y transparencia que deben regir en la carrera diplomática y

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

2 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”*

consular; sin embargo, en este asunto fueron desatendidos en razón de que no había fundamento alguno *“...para designar a una persona que no pertenece a la carrera [y tampoco] para ejercer la facultad reglada de la provisionalidad”*.

iii) Artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000. Esta norma prevé la situación especial o excepcional en la cual la Administración puede designar, entre otros casos, a un funcionario de carrera para que ocupen un cargo de inferior jerarquía al de su categoría, así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-292/01; por tanto, *“...no puede mantenerse si las condiciones reales acreditan que existe un cargo dentro de la categoría o de la categoría inmediatamente superior a la que pertenece el funcionario de carrera para nivelar sus condiciones de carrera”*.

Asimismo, afirmó que en la mentada sentencia la Corte Constitucional se limitó a manifestar la *“excepcionalidad de la comisión de cargos de libre nombramiento y remoción, situación que es mucho más estricta frente a los cargos de carrera diplomática y consular como es el presente caso, en donde no se puede mantener a un Ministro Plenipotenciario e incluso a un Ministro Consejero ocupando en comisión un empleo de inferior nivel al que corresponde”*.

iv) Artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Dado que por medio del decreto demandado se nombró al doctor **BRITO JIMÉNEZ** a pesar de que existía personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores lo cual se omitió en el presente caso, situación que incluso tiene la entidad suficiente para afectar los derechos fundamentales que les asisten a los funcionario de carrera de esa Cartera Ministerial

Luego de precisar que esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional *“...lo hizo en el entendido de que se acude a este excepción cuando hay imposibilidad de nombrar funcionarios de carrera en aplicación a las leyes vigentes. En el caso que nos ocupa, existía el*

deber legal de la administración de nombrar a un funcionario de carrera inscrito en el escalafón de carrera en lugar del señor Andrés Felipe Brito Jiménez, ya que existían funcionarios de carrera que estaban ocupando en provisionalidad cargos inferiores a su categoría”.

1.4. Trámite del Proceso

Presentada la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” la admitió mediante auto de 5 de marzo de 2015, en el cual se ordenaron, conforme a la normativa aplicable, las debidas notificaciones.

1.5. Contestaciones

1.5.1 Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Mediante apoderado, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda. Para el efecto, manifestó que las pretensiones de la parte demandante carecen de fundamento pues el decreto demandado se dictó con apego a los parámetros legales y constitucional aplicables al asunto, siembre se actuó con respeto de *“la institución de la provisionalidad en el régimen de carrera diplomática y consular”*, en especial del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 que otorga la facultad de designar funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular.

Luego de pronunciarse respecto de los hechos de la demanda como argumentos de defensa expuso que:

i) Revisadas las normas que se citan como infringidas ninguna de ellas exige que el funcionario nombrado para ocupar el cargo de ministro plenipotenciario deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, por el contrario el nombramiento ahora

cuestionado se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 que faculta a la Administración a llevar a cabo estos nombramientos en provisionalidad.

En desarrollo de lo anterior, explicó que en virtud de la diferencia que existe desde la naturaleza jurídica de cada forma de vinculación –propiedad o provisionalidad–, en este caso no es dable afirmar que el nombramiento del doctor Brito Jiménez amenazó o vulneró la estabilidad laboral de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ii) Analizada la hoja de vida del doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO** resulta evidente que cumple de manera amplia los requisitos de estudio y experiencia exigidos para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, razón adicional para defender la legalidad del acto demandado.

Por lo anterior, concluyó que las normas que se citan como vulneradas en la demanda resultan *“...de contenido general, abstracto, impersonal que jamás pueden servir para edificar un cargo de nulidad por violación de la ley”*. Pues dichos preceptos contienen *“normas y enunciados generales de derechos y principios (...) que jamás pueden ser desconocidos por el acto administrativo acusado, tratándose de normas que no son aplicables directamente, sino a través de disposiciones particulares y concretas que no fueron citadas en este caso”*.

Sumado a lo dicho, sostuvo que carece de claridad el cargo esbozado por la parte actora relacionado con que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían funcionarios inscritos en carrera en el rango de Ministro Plenipotenciario y nombrados en empleos con inferior rango, pues esta situación, por sí sola, no

permite afirmar que estos tengan un mejor derecho que el doctor **BRITO JIMÉNEZ** para ser nombrados.

Así mismo, sostuvo que la proposición jurídica que se presenta en la demanda está incompleta y contiene una errada interpretación de los artículos 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 en virtud de la *“...especial connotación de la labor desarrollada por dichos funcionarios y la trascendencia de la misma en el concierto tanto nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, entre otros”*; sin embargo, en este caso el demandante se limitó a referirse a la primera de las enunciadas sin advertir la existencia de las restantes y en las cuales también se puede fundar la excepción de nombrar a una persona que no pertenezca a la carrera diplomática y consular.

iii) Explicó que de conformidad con el artículo 3° del Decreto Ley 274 de 2000, el personal perteneciente a la carrera diplomática debe: **a)** prestar sus servicios en planta externa por cuatro años continuos, prorrogables por dos más, y en planta interna durante tres años también prorrogables.

El mentado decreto también se encargó de disponer los tiempos de servicios requeridos para los ascensos y los demás requisitos que *“...permiten a cada funcionario ascender a cada una de las categorías del escalafón en tiempos distintos a los señalados por la ley para su alternación en plantas externa e interna, respectivamente”*.

Otra de las situaciones administrativas, es la denominada permanencia propia de la carrera diplomática y consular en la cual los funcionarios inscritos pueden optar por no solicitar el ascenso y permanecer por un término de cuatro años adicionales

al señalado en el artículo 27 del decreto en mención, en la categoría en la que se encuentren.

Lo anterior resulta relevante para el presente caso porque en virtud de lo explicado y de los principios de transparencia, eficacia y especialidad, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular tienen derecho a cumplir con los lapsos de alternación; es decir, a la prestación de sus servicios en la planta interna, en la externa, en un cargo que corresponda con la categoría de su escalafón o incluso en uno superior o inferior, en todo caso tendrá derecho al reconocimiento de la diferencia existente entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión.

La Administración cuenta con la posibilidad, artículo 60 del Decreto Ley 270 de 2000, de designar en encargo a personas que no estén inscritos en la carrera diplomática, cuando no fuera posible cubrir la vacante con funcionarios inscritos en la misma.

Con fundamento en lo expuesto, sostuvo que para la fecha de la expedición del acto administrativo de nombramiento demandando, existía la imposibilidad de nombrar a funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular en el rango de Ministro Plenipotenciario porque en el caso de los señores: Jairo Augusto Abadía Mondragón, Alicia Alejandra Alfaro, Ruth Mary Cano Aguilón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, Francisco Alberto González, Olga Cielo Molina de la Villa, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y Hernán Vargas Martín, estaban cumpliendo su lapso de alternación en planta externa o interna atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil.

Fue por lo anterior que el nombramiento ahora cuestionado se fundó en la excepción del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

iv) Refirió que se opone a la prosperidad del cargo del demandante según el cual se desconocen los derechos laborales de los servidores públicos al permitir que los funcionarios laboren en condiciones inferiores a las adquiridas con base en sus méritos y experiencia, pues como antes se explicó dicha situación se presenta con fundamento legal y debe ser entendida *“...en el contexto de la alternación entre el servicio en planta interna y el servicio en planta externa, alternación que se explica como un desarrollo de los principios de eficiencia y especialidad”*.

De acuerdo con lo anterior, reiteró que es por la necesidad de dar cumplimiento a los lapsos de alternación que se hace imperioso recurrir a designaciones de personal de planta externa en planta interna en un cargo inferior a aquél en que se encuentra inscrito en el escalafón el funcionario con la conservación del nivel de asignación básica correspondiente a su asignación.

La anterior tesis, manifiesta, fue avalada por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los mentados nombramientos y por el Consejo de Estado que al resolver casos similares al presente denegó las súplicas de la demanda³, al considerar que si bien *“...la regla general para acceder a los cargos de carrera diplomática y consular se fundan en el mérito, la norma reconoce que dichos empleos puedan ser ocupados por personas que no pertenezcan a la carrera ‘cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos’, de acuerdo con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000”*.

En este sentido y de conformidad con los argumentos relatados concluyó que no existe la vulneración alegada al artículo 6º de la

³ Para el efecto, citó el proceso No. 250002341000201300227-01 que según su dicho reitera las sentencias de 3 de junio de 2010, exp. No. 2003-0012-01 y de 4 de marzo de 2004 Rad. 2009-00043-00. Posteriormente ratificada en sentencia de 16 de octubre de 2014, Rad. 250002341000201400013-01

Constitución Política, pues el nombramiento acusado de ilegal se profirió con debido acatamiento al ordenamiento jurídico y por el contrario se evidencia el *“...desconocimiento por parte de la demandante en las normas jurídicas aplicables la carrera diplomática y consular, incluso se construye con una total ligereza, acusaciones por el desacato a las normas que establecen la institución de la provisionalidad, pretendiendo adicional que hubo una vulneración a las normas constitucionales, nada más alejado de la realidad, cuando lo cierto es que este Ministerio ha implementado unas políticas públicas para garantizar los principios que orientan la función administrativa”*.

v) Refirió que en este preciso caso no debe obviarse que el acto administrativo demandado fue expedido en virtud de la facultad discrecional pero con plena adecuación a los fines establecidos en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 que autoriza a la Administración, en este caso al presente Ministerio, para adoptar la decisión que considere pertinente; hacer un nombramiento en provisionalidad, lo cual se realizó sin afectar los derechos laborales adquiridos por los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores inscritos en carrera diplomática.

vi) Por último, expuso que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo de nombramiento que solicita declarar nulo, de conformidad con las razones antes expuestas (fls. 53 al 71).

1.5.2. De Andrés Felipe Brito Jiménez

Solicitó denegar las súplicas de la demanda porque el acto demandado goza de presunción de legalidad al haberse dictado de conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y por cumplir con los requisitos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario para el cual fue nombrado.

Respecto de los hechos en los que se funda la demanda que en efecto no es funcionario de carrera diplomática y su nombramiento obedece a necesidades del servicio.

Informó que la Dirección de Talento Humano de la Cancillería verificó y constató el cumplimiento a cabalidad de los requisitos legalmente exigidos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Destacó que no existe prueba que demuestre en qué condición se encontraban los funcionarios que cita la parte actora en su escrito como tampoco si estas personas estaban en servicio en planta externa, ni la intención de ellos de ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Por el contrario la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores verificó que no era posible designar a ningún funcionario escalafonado, ni como Ministro Plenipotenciario ni como Ministro Consejero.

Luego de relatar sus logros académicos y laborales concluyó que fue nombrado mediante el decreto acusado por su *“...gran conocimiento del país, de su cultura, de sus habitantes, de su ámbito económico, político, laboral y académico y de mi impecable dominio del idioma inglés ya que estudié y trabajé en dicho país desde hace más de 5 años”*.

Además afirmó que su formación y experiencia se ajusta a las necesidades misionales de la embajada de los Estados Unidos de América, las que están dirigidas a la coordinación y apoyo a proyectos e iniciativas dentro del planteamiento y eventual ejecución del postconflicto, en lo relacionado con la cooperación bilateral y coordinación de la agenda de ciencia y tecnología en el marco de la agenda bilateral.

Resaltó que no es dable realizar la comparación entre los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores pertenecientes a la carrera diplomática y su experiencia profesional y académica porque *“...precisamente yo fui nombrado en provisionalidad por el principio de especialidad y en razón del servicio, debido a la exigencia que se requería...”*.

En lo demás, manifestó que coadyuva los argumentos de defensa expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores en la contestación de la demanda (fls. 85 al 91).

II. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 11 de mayo de 2015, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 25 del mismo mes y año (fl. 133), la cual se desarrolló en la forma prevista en la Ley 1437 de 2011.

En dicha audiencia que se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades (que no hubo), establecer la competencia de la Sección para fallar, se fijó el litigio de la siguiente manera:

2.1 Fijación del Litigio del *a quo*

Determinar si el acto de nombramiento del doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ** –Decreto 0116 de 21 de enero de 2015– proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es nulo por atentar contra los artículos 4º, 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y 6º, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 de la Constitución Política.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

3.1. El Procurador Décima Judicial II Administrativa, solicitó negar las pretensiones de la demanda y rindió su concepto en los siguientes términos:

3.1.1. “Inexistencia de Violación del Decreto Ley 274 de 2000”.

En lo referente al presunto desconocimiento del artículo 60 del mencionado decreto ya que según el dicho de la parte actora se desatendió la obligación de nombrar a un funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática, el Agente del Ministerio Público luego de transcribir apartes de la sentencia del Consejo de Estado de 16 de octubre de 2014⁴ y de considerar las pruebas allegadas al expediente anunció que era evidente que los funcionarios citados, para el 21 de enero de 2015 –fecha del nombramiento cuestionado- se encontraban en curso de la alternancia; por tanto, “...no existían funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles (...) por lo anterior el cargo no tiene vocación de prosperar”.

Luego de transcribir el artículo 4º del mismo decreto contentivo de los principios rectores de la función pública en el servicio exterior y de la carrera diplomática y consular concluyó que los funcionarios que ocupaban cargos de inferior jerarquía no podían ser nombrados en un cargo superior sin atender los requisitos de los artículos 36 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Así las cosas, los nombramientos en provisionalidad están legalmente autorizados en virtud del principio de especialidad, como ocurrió en el presente caso en el cual está probado que el nombramiento demandado se llevó a cabo para la fecha en la que no existían funcionarios de carrera diplomática “...en disponibilidad de ser designados” (fls. 218 al 231).

⁴ M.P. doctor Alberto Yepes Barreiro, de la cual no manifestó su radicación

3.1.2. La parte actora

Reiteró su petición de que se declare la nulidad del acto de nombramiento del doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO**, en razón de que se infringió el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 por haberlo nombrado sin tener en consideración a los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular.

Sostuvo que de conformidad con la sentencia C-292-01 de manera excepcional es posible nombrar a un funcionario de carrera diplomática que esté inscrito en un cargo de inferior rango a uno superior pero no puede mantenerse una situación de provisionalidad “...si las condiciones reales acreditan que existe un cargo dentro de la categoría e incluso en la categoría inmediatamente superior”. Tesis que según su dicho prohijó el Consejo de Estado, Sección Quinta, en sentencia de 23 de abril de 2015⁵.

Destacó que obra en el expediente, certificación juramentada de la Ministra de Relaciones Exteriores, según la cual “...para la fecha de expedición del acto demandado existían ocho funcionarios de carrera quienes, de conformidad con el Decreto Ley 284 de 2000, tenían la aptitud legal y de méritos para ocupar en propiedad el cargo objeto de la presente demanda por estar inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario”.

En criterio del demandante, dicha certificación demuestra que el nombramiento del doctor **BRITO JIMÉNEZ** vulnera los principios del mérito, del buen servicio y de racionalidad del gasto “...porque se debió designar a uno de esos funcionarios de carrera ya inscrito, para la fecha de expedición del mismo, en la categoría correspondiente a ese cargo y quien ejercía un empleo de inferior rango o jerarquía”.

⁵ Rad. No. 2014-2734-01. Actor. Ministerio de Relaciones Exteriores contra Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”

Además, esa circunstancia genera que esa Cartera Ministerial allegue las pruebas necesarias para demostrar que esos 8 funcionarios no podían ser designados y expresar las razones de dicha imposibilidad.

Al abordar el aspecto del cumplimiento de los requisitos por parte del doctor **BRITO JIMÉNEZ** para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario advirtió que allegó certificados laborales que no contienen las funciones desarrolladas, ni el nombre del cargo que desempeñó. Resaltó que dicho cargo bien podía haber sido ocupado por un Ministerio Consejero o por los 8 Ministros Plenipotenciarios que refirió la Ministra de Relaciones Exteriores en la certificación antes mencionada *“...por cuanto los méritos y experiencia en funciones especialísimas del servicio exterior son superiores a la del designado en provisionalidad”*.

Afirmó que la circunstancia de que algunos funcionarios estaban en periodo de alternación, se soluciona al tener en consideración que el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta con una planta global y flexible con igual remuneración o asignación salarial independiente de que las funciones de los cargos del servicio exterior pertenecientes a la carrera diplomática y consular se ejercen en el exterior o en Colombia.

Asimismo, adujo que el periodo de alternancia, no es requisito para que al funcionario de carrera sea designado *“...sino que es un movimiento del personal que le permite al servicio exterior contra con la sinergia entre la experiencia laboral dentro del país como fuera de él, de quienes han sido llamados y escogidos por méritos para desarrollar la política exterior del país en forma coherente, estable y a largo plazo”* (Fls. 232 al 239).

3.1.3. Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Por intermedio de su apoderado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, pues el acto demandado se profirió sin incurrir en las cuales de los numerales 1° y 5° del artículos 275 del C.P.A.C.A., como tampoco está viciado de falsa motivación, desviación de poder, falta de competencia, no afecta la Constitución Política ni las normas que rigen la carrera diplomática y consular y mucho menos tiene la virtualidad de afectar derechos laborales de los funcionarios del Ministerio inscritos en carrera.

Expresó que las pruebas allegadas demuestran la legalidad del acto de nombramiento acusado porque se dictó luego de verificar el cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo por parte del nombrado, así como la facultad legal y la competencia de la Ministra para expedirlo, la necesidad del servicio y la imposibilidad de designar en el cargo a uno de los funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero.

Resaltó que el acto administrativo demandado cumple con las exigencias legales de existencia, validez y eficacia, por lo cual resulta legal, pues se nombró a una persona que no estaba inscrita en la carrera diplomática ante la imposibilidad de designar a aquellos funcionario que sí estaban inscritos, razón por la cual se acudió al artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 – principio de especialidad- pero adicionalmente se cumplieron los requisitos exigidos para el cargo, por parte del doctor **BRITO JIMÉNEZ**, y el nombramiento cumple con todos los requisitos legales necesarios para su validez y legalidad.

Explicó que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 60 de Decreto Ley 270 de 2000 – sentencia C- 292 de 2001-, en su criterio, precisó “...que existen

dos hipótesis que tiene la Administración para poder realizar nombramientos en provisionalidad en un empleo de la Carrera Diplomática y Consular de la entidad no haya cumplido todos los procedimientos legales para ocupar dicho cargo en propiedad o en periodo de prueba –tercer secretario

Y el otro en virtud del principio de especialidad, basado en las necesidades del servicio, cuando se requiera de conocimientos en un tema determinado”.

De acuerdo con lo expuesto y analizadas las pruebas allegadas al proceso, (verificación del registro de elegibles e informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores), se comprobó que no era posible designar en ese cargo a un funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular, a pesar de que se adelantaron los procedimientos establecidos para cada una de las situaciones administrativas de los servidores registrados. En atención al principio de alternación en el caso de los señores Jairo Augusto Abadía Mondragón, Alicia Alejandra Alfaro, Ruth Mary Cano Aguilón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, Francisco Alberto González, Olga Cielo Molina de la Villa, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y Hernán Vargas Martín.

Por su parte, tampoco podía haberse nombrado a la señora Alicia Alejandra Alfaro porque estaba prestando sus servicios en otra entidad pública.

En los demás reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para fundar su petición de negar las pretensiones de la parte actora (fls. 240 al 248).

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia de 6 de agosto de 2015, decidió:

“1º) **Abstenerse** de pronunciarse sobre el nuevo cargo propuesto por la parte actora en los alegatos de conclusión relacionado en el ordinal 12 de la parte considerativa de la sentencia (fl. 26).

2º) Sin condena en costas a la parte actora.

3º) **Deniéganse** las pretensiones de la demanda”.

Como fundamento de su decisión manifestó el objeto de la controversia, los hechos probados en el expediente y la normativa aplicable al presente asunto.

Acto seguido concluyó que, si bien, existían funcionarios inscritos en carrera diplomática en el escalafón de Ministros Plenipotenciarios, ello no deviene en la ilegalidad del acto de nombramiento demandado porque “...no está demostrado el cumplimiento del requisito adicional exigido por el Decreto No. 274 de 2000 para tener derecho de acceso al cargo referente al régimen de alternación”.

Advirtió, que en casos similares el Consejo de Estado⁶ ha reconocido que para ser nombrado en propiedad en la carrera diplomática el funcionario debe haber cumplido el régimen de alternación en los cargos pertenecientes a la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Luego de transcribir los artículos 35, 36 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000 expuso que el Consejo de Estado en el fallo referenciado

⁶ Sentencia de 3 de junio de 2010. Rad. No. 2009-00043-00, C.P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón, tesis reiterada por fallo de 30 de enero de 2014. Rad. No. 2013-00227, C.P doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

del 3 de junio de 2010 arguyó que *“...las normas trascritas avalan la conclusión, entre otras, de que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en Planta Interna como Externa, está sujeta a los periodos de alternación, es decir que no solamente será necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, como se exigía como condición única bajo el régimen del Decreto 10 de 1992, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a uno de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación, no se encuentre en curso, es decir, que no haya terminado”*.

Por su parte, en la sentencia de 30 de enero de 2014 insistió en que *“...no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir que se haya terminado su periodo de alternancia para ser nombrado”*.

Con fundamento en los anteriores pronunciamientos judiciales **para el Tribunal es evidente que no resulta suficiente con que existan funcionarios inscritos en carrera diplomática, además resulta imperioso el cumplimiento de los periodos de alternación**, requisito obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto mediante el Decreto Ley 274 de 2000.

Adujo que, la parte actora no aportó ninguna prueba que demuestre que las ocho personas inscritas para el cargo de Ministro Plenipotenciario hayan terminado los lapsos de alternación como lo exige los artículos 35 y siguientes del decreto en mención. Pero sí se probó que *“...los funcionarios se encuentran adelantando los respectivos periodos de alteración en diferentes cargos dentro de la carrera diplomática y en la actual planta de la cancillería”*, conclusión a la que arriba luego de analizar el informe bajo

juramento rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores, el cual no fue desvirtuado por la parte demandante, razón por la cual *“...dicho informe comprueba que la exigencia requerida atinente a la alternación no fue cumplida por parte de los ocho funcionarios escalafonados para el cargo de Ministro Plenipotenciario; en otros términos, dicha prueba no fue tachada y menos desvirtuada”*.

De acuerdo con lo expuesto, no existían, para el momento del nombramiento, otros funcionarios de carrera disponibles para la designación de Ministro Plenipotenciario, por estar en cumplimiento de lapsos de alternación, **de los cuales no obra prueba de su terminaron, razones que consideró suficientes para denegar este cargo.**

Por otra parte, la Sala también desvirtuó el cargo según el cual existían funcionarios de carrera inscritos en el cargo de Ministros Plenipotenciarios, pero ocupaban cargos de inferior jerarquía, porque el demandante, quien tenía la carga de la prueba, no demostró su afirmación.

Al analizar la presunta falta de cumplimiento de los requisitos por parte del doctor **BRITO JIMÉNEZ** para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciarios, luego de estudiar el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, nuevamente acudió al informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores⁷ y a los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto demandado se tiene que el doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO** *“...acreditó ser ingeniero industrial de la Universidad de los Andes, con maestría en administración y negocios otorgado por Darmouth College – Estados Unidos, adquirió parte de su experiencia profesional en New York y domina el idioma inglés, lo que evidencia que sí cumplió con los requisitos exigidos por la ley para ser nombrado en provisionalidad...”*.

⁷ Allegado al expediente a filio 173

Destacó el *a quo* que la parte demandante en los alegatos de conclusión aludió a “...una planta externa e interna del servicio exterior es un error por cuanto aquellas fueron derogadas por el Decreto 3358 de 2009 junto con las modificaciones realizadas por los Decretos 1444 de 2011 y 2675 y 47 de 2013, la Sala observa que realmente se trata de un nuevo cargo que no fue planteado en la demanda, lo cual hace que no sea posible abordar su análisis porque, en tales conclusiones, se desconocería el derecho de defensa de la parte demandada al privarla de la oportunidad de pronunciarse y controvertir los argumentos que lo sustentan, por consiguiente la Sala se abstendrá de estudiar ese cargo” (fls. 250 al 277).

V. APELACIÓN

La parte actora presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia en el cual precisó que contrario al dicho del *a quo* la alternación no es requisito, es “*un movimiento de personal*”, que deba cumplir un funcionario para que pueda ser designado pues no existe una norma que lo imponga, como pretende hacerlo ver el Tribunal, pues para ser nombrado basta con acreditar las exigencias legales, constitucionales de mérito, experiencia y capacidad para el ascenso a Ministro Plenipotenciario (Decreto Ley 274 de 2000, artículos 11, 12 y 26).

Sumado a lo anterior, precisó que “...el ascenso en la carrera diplomática y consular es por categorías y no se concursa para cargo alguno. El funcionario incluso puede estar retirado del servicio como es la disponibilidad e interrumpir, él mismo, esa situación para reintegrarse a la entidad. Luego el cargo es una condición de mérito, justicia, igualdad y se debe respetar la equivalencia. Hablar de cargos en propiedad es propio de la carrera administrativa pero no de este sistema específico de personal que es jerarquizado y el ascenso es por estrictas categorías”.

Resaltó que cualquiera de los ocho Ministros Plenipotenciarios inscritos en la carrera diplomática que estaban ocupando cargos

de inferior jerarquía podían haber sido nombrados en el cargo que ocupa el doctor **BRITO JIMÉNEZ**, que pertenece a la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores “...sin que se interrumpa el periodo de alternación bien sea en el país o en el exterior” tal y como lo dispone el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, norma que según el apelante fue aplicada por el Consejo de Estado en la sentencia de 23 de abril de 2015⁸. Fallo que advierte el recurrente fue desconocido por el *a quo*.

De igual forma, cuestiona **la parte actora el hecho de que se le endilgue la falta de prueba que acredite que los ocho funcionarios inscritos para el cargo de Ministros Plenipotenciarios hayan terminado el lapso de alternación porque en su criterio le compete al Ministerio de Relaciones Exteriores**, de conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, “...que no le era posible designar a ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios”, como también debía “...demostrar razonadamente y con prueba documental que ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios tenía menos de un año en la respectiva misión u oficina consular para ser designado en el cargo objeto de la demandado o que le era imposible adscribir ese cargo a cualquiera de las misiones u oficinas consulares en donde se encontraba aquellos, por ser una planta global”.

Finalmente, en lo atinente, al cargo que el Tribunal decidió no analizar, por presentarse hasta la interposición de los alegatos de conclusión afirmó que “no es propiamente un cargo” pero el Juez de lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 103 del C.P.A.C.A., tiene el deber de impartir justicia material, de examinar todo el ordenamiento legal porque “...él es la garantía de la vigencia del estado de derecho. Examinar una realidad jurídica por parte del juez, de la desaparición de las circunstancias de derecho que sustentaban las dos plantas de personal, es un asunto que no conlleva

⁸ Rad. 2014-02734-01. C.P. doctor Alberto Yepes Barreiro

violación alguna del derecho de defensa de la parte demandada. Por el contrario, omitir esta cuestión, bien sea expuesta en la demanda o en el escrito de alegato conllevaría a que la sentencia no sea congrua” (fls. 287 al 290).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. Concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores

Esta Cartera Ministerial manifestó que se debe confirmar la sentencia apelada, para lo cual, reiteró que el acto demandado se expidió con apego a las normas legales aplicables al caso y el doctor **BRITO JIMÉNEZ** cumple con los requisitos exigibles para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario.

Referente a la sentencia apelada anunció que está debidamente sustentada con la jurisprudencia del Consejo de Estado, aplicable al asunto objeto de análisis, se analizó el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Además, quedó acreditado que no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática en el cargo de Ministro Plenipotenciario, como lo certificó la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la declaración juramentada de la jefe de esa Cartera.

Mencionó que por razones de necesidad, de buen servicio y haciendo uso de la provisionalidad expidió el acto administrativo de nombramiento del doctor **BRITO JIMÉNEZ**, razones por las cuales no está viciado de ilegalidad como lo aduce el demandante.

En los demás, reiteró los argumentos ya expuestos en este proceso y solicitó confirmar la sentencia apelada, en consecuencia, denegar las súplicas de la demanda porque “...es

evidente que dicho nombramiento se encuentra ajustado a derecho, se expidió de acuerdo a las normas que facultan a la administración de vincular a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular, siendo expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes, por esta razón, no existe ninguna violación de normas de carácter constitucional o legal, ni desviación de poder, ni se incurrió en las causales establecidas en los numerales 1º y 5º del artículo 275 del C.P.A.C.A., ni es contrario a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sección Quinta y respectivamente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca tanto en la Subsección A como en la B de la Sección Primera, que en casos similares ha decidido que este tipo de nombramientos es legal” (fls. 305 al 314).

6.2. De la parte demandante

Pidió que se revocara la sentencia apelada y, en consecuencia, que se accedan a las pretensiones de la demanda porque para la fecha de expedición del decreto de nombramiento demandado existían ocho funcionarios de carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario ocupando cargos de inferior rango y la alternación no es un requisito legal que les impida, a cualquiera de ellos, ser designados en el cargo a que tienen derecho, tanto por méritos como por el principio de la especialidad.

Previo a abordar el asunto de fondo de la presente controversia, el demandante manifestó que:

“...el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 103, precisa que el objeto de los procesos ante la jurisdicción es el de la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. Esto implica un cambio fundamental para la realización del derecho de acceso a la justicia material porque el examen de legalidad de un acto administrativo va más allá de las causales o razones expuestas en la demanda –las que a mi modo de ver, se extienden a las presentadas en los alegatos y recursos-,

ya que siempre que exista prueba suficiente dentro del expediente de donde emane la verdad –o, si aún esta no es clara, le corresponde al juez decretar prueba de oficio, artículo 213 ibídem, para esclarecer la verdad-, la sentencia debe ser congrua y no puede desatender la verdad ni la justicia material.

En este sentido, considero la existencia de un cambio de paradigma porque el principio de la justicia rogada, bajo el cual el juez se limitaba a examinar las causales de la demanda y dejaba de lado las violaciones a la ley que emanan de las pruebas practicadas –pero que eran presentadas como causales en los escritos de alegatos o de apelación, bajo el argumento de que la administración no tuvo conocimiento previo-, ha quedado atrás y se impone, como garantía de efectividad de los principios de Estado de Derecho, una justicia material, fundada en la verdad y la preservación del orden jurídico”.

Ya en torno al tema objeto de estudio, según la parte demandante, al juez de la segunda instancia le corresponde definir si la alternación es requisito obligatorio para que cualquiera de los ocho Ministros Plenipotenciarios pueda acceder a dicho cargo, así como la forma en que se debe entender el contenido del párrafo⁹ del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Asimismo, debe esclarecer cuántos de esos ocho funcionarios ya tenían más de 12 meses de laborar en el exterior para que la administración hubiese dado aplicación a dicha norma y procurar porque los mismo no ocupen un cargo de inferior rango.

Adjuntó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” de 13 de agosto de 2015¹⁰ “...en el que se examinan los mismos problemas jurídicos del presente proceso y, razonablemente, el Tribunal se aparta del criterio del Consejo de Estado, Sección Quinta, Exp. 2013-00227, demandante Nancy Benítez Páez” en razón de que:

“...en el material probatorio aportado por la demandante obra el listado de los funcionarios que pertenecen a la Carrera Diplomática y Consular con su respectivo escalafón y el cargo desempeñado

⁹ **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.

¹⁰ Rad. 2015-0542-00, M.P. doctor Luis Manuel Lasso Lozano

hasta agosto de 2012, fecha en la cual se expidió la documentación a solicitud de la parte actora, pero sin establecer los periodos de alternación de los funcionarios, dato imprescindible para determinar su disponibilidad para ser designados en los cargos de carrera que resulten vacantes en el momento en que se profirió el acto acusado”.

Destacó que el Tribunal no consideró necesario aportar los periodos de alternación de los funcionarios porque dicha situación no tiene incidencia en esta clase de casos en razón a que los funcionarios que están en el rango de Ministro Plenipotenciario ya cumplieron los periodos de alternación, los empleados de carrera diplomática y consular “...siempre van a permanecer en periodos de alternación porque en virtud del artículo 36 del Decreto Ley 274 de 2000 “...son los lapsos durante los cuales el funcionario cumple su función tanto en planta interna como en planta externa...”.

Por último, afirmó que debe desestimarse la circunstancia según la cual los funcionarios no podían ocupar el cargo en el que se nombró al doctor **BRITO JIMÉNEZ** porque se encontraban en cumplimiento de la alternación de un empleo inferior porque “...justamente, la irregularidad que aquí se advierte es que quien por mérito tiene el derecho no puede ejercerlo en el cargo que le corresponde y esta garantía le es esquilma por una persona que no ha cumplido con las exigencias propias de la carrera diplomática y consular y que no se ha preparado para prestar su servicio en dicho campo” (fls. 315 al 318).

6.3. Concepto del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

Solicitó confirmar la sentencia apelada. Como fundamento de su concepto manifestó:

Respecto de la presunta falta de cumplimiento del requisito del idioma, luego de transcribir el artículo 61¹¹ del Decreto Ley 274 de 2000, afirmó que el actor no probó tal circunstancia ni adelantó actividad alguna para confirmarla y sí obran en el plenario, pruebas que demuestran el cumplimiento de esta exigencia.

Sostuvo que el Consejo de Estado, Sección Quinta, analizó el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, en la sentencia de 5 de febrero de 2004¹², la que transcribió en extenso, para concluir que ante la identidad fáctica puede servir de fundamento para confirmar la decisión recurrida.

Al referirse a los argumentos que soportan la apelación adujo que la alternación es una *“...particular situación administrativa de los servidores que pertenecen al sistema de carrera diplomática y consular que no constituye como lo señala el actor un requisitos para ser designado en cargos de carrera diplomática y consular; conforme a la norma que la consagra y regula es un deber de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular conforme a la cual el servidor alterna sus servicios en la planta externa o en la planta interna con carácter obligatorio conforme lo señala el artículo 38 del Decreto 274 de 2000”*.

Asimismo, expuso que carece de veracidad el planteamiento del actor según el cual el cumplimiento de la alternación no configura impedimento para ser designado por carecer de fundamento legal, pues esta tesis desconoce la normativa que regula la carrera

¹¹ **ARTÍCULO 61. CONDICIONES BASICAS.** La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

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

1.) Ser nacional Colombiano

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

1) <sic, 3.)> Hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

¹² Exp. No. 2003-0013

diplomática en especial los artículos 35 y siguientes del Decreto Ley 270 de 2004.

Destacó que, si bien, la situación de prohibición de nombrar a quien está en situación de alternación no está expresa *“...se infiere del conjunto de normas que regula este régimen de carrera y no puede ser desatendido por el operador pues las normas se han de considerar como un conjunto armónico y no como disposiciones aisladas”*.

Al analizar el cargo de impugnación según la cual le compete a la Administración probar que los funcionarios citados en la demanda no podían ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, sostuvo que el mismo no resulta plausible porque el carácter excepcional del régimen de carrera diplomática no es razón suficiente para invertir la carga de la prueba *“...por lo tanto, la regla general que rige el onus probandi sigue a cargo de quien la afirma”*.

En razón de lo dicho, es al demandante a quien le corresponde probar la certeza de los hechos que fundan su demanda, además, resaltó que incumbe a las partes *“...probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, regla general sentada en el nuevo Código General del Proceso”* (fls. 334 al 350).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 150 del C.P.A.C.A., como también en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 – Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

Sección Primera, Subsección “B” que denegó las pretensiones de la demanda

1. Conviene precisar, que la Sala de Decisión, por auto de 22 de octubre de 2015¹³, aceptó el impedimento manifestado por el Consejero doctor **CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO** y lo separó del conocimiento del proceso en el presente asunto.

2. Acto demandado

Se trata del Decreto No. 0116 de 21 de enero de 2015 *“Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores”* mediante el cual se nombró provisionalmente al doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ**, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América.

3. Problema jurídico

En la audiencia inicial la fijación del litigio fue determinar si el acto de nombramiento del doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ** –Decreto 0116 de 21 de enero de 2015- proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es nulo por atentar contra los artículos 4º, 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y 6º, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 de la Constitución Política.

El *a quo* resolvió que **no resulta suficiente con que existan funcionarios inscritos en carrera diplomática, además, resulta imperioso el cumplimiento de los periodos de alternación**, requisito obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto

¹³ Folios 353 y 354

mediante el Decreto Ley 274 de 2000, tal y como lo ha expuesto el Consejo¹⁴ de Estado en casos, en los cuales ha reconocido que para ser nombrado en propiedad en la carrera diplomática el funcionario debe haber cumplido el régimen de alternación.

Además, sostuvo que la parte actora no aportó ninguna prueba que demuestre que las ocho personas inscritas para el cargo de Ministro Plenipotenciario hayan terminado los lapsos de alternación, pero sí está demostrado que esos mismos funcionarios están “...adelantando los respectivos periodos de alteración en diferentes cargos dentro de la carrera diplomática y en la actual planta de la cancillería”.

Al analizar la presunta falta de cumplimiento de los requisitos por parte del doctor **BRITO JIMÉNEZ** para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario, luego de estudiar el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, de acudir al informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores¹⁵ y a los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto demandado concluyó que contrario al dicho del actor el mencionado doctor **BRITO** cumple con los requisitos legales para el desempeño de dicho cargo.

Por su parte **el demandante**, en el escrito de apelación, en síntesis sostuvo que contrario al dicho del *a quo* la alternación no es requisito, es “*un movimiento de personal*”, que deba cumplir un funcionario para que pueda ser designado, pues no existe una norma que lo imponga porque para ser nombrado basta con acreditar las exigencias legales y constitucionales para el ascenso a Ministro Plenipotenciario.

¹⁴ Sentencia de 3 de junio de 2010. Rad. No. 2009-00043-00, C.P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón, tesis reiterada por fallo de 30 de enero de 2014. Rad. No. 2013-00227, C.P doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹⁵ Allegado al expediente a filio 173

Insistió que los ocho Ministros Plenipotenciarios inscritos en la carrera diplomática, que estaban ocupando cargos de inferior jerarquía, podían haber sido nombrados en el cargo que ocupa el doctor **BRITO JIMÉNEZ**, cargo que pertenece a la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores “...sin que se interrumpa el periodo de alternación bien sea en el país o en el exterior” tal y como lo dispone el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, que según el apelante fue aplicada por el Consejo de Estado en la sentencia de 23 de abril de 2015¹⁶y fue desconocido por el *a quo*.

De igual forma, cuestiona **la parte actora el hecho de que se le endilgue la falta de prueba por no acreditar que los ocho funcionarios inscritos para el cargo de Ministros Plenipotenciarios hayan terminado el lapso de alternación porque en su criterio, es al Ministerio de Relaciones Exteriores al que le compete probar** “...que no le era posible designar a ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios”, como también debía “...demostrar razonadamente y con prueba documental que ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios tenía menos de un año en la respectiva misión u oficina consular para ser designado en el cargo objeto de la demandado o que le era imposible adscribir ese cargo a cualquiera de las misiones u oficinas consulares en donde se encontraba aquellos, por ser una planta global”.

Finalmente, en lo atinente al cargo que el Tribunal decidió no analizar, por presentarse hasta la interposición de los alegatos de conclusión afirmó que, “no es propiamente un cargo” pero el Juez de lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 103 del C.P.A.C.A., tiene el deber de impartir justicia material, de examinar todo el ordenamiento legal porque “...él es la garantía de la vigencia del estado de derecho. Examinar una realidad jurídica por parte del juez, de la desaparición de las circunstancias de derecho que sustentaban las dos plantas de personal, es un asunto que no conlleva

¹⁶ Rad. 2014-02734-01. C.P. doctor Alberto Yepes Barreiro

violación alguna del derecho de defensa de la parte demandada. Por el contrario, omitir esta cuestión, bien sea expuesta en la demanda o en el escrito de alegato conllevaría a que la sentencia no sea congrua” (fls. 287 al 290).

Así las cosas, corresponde a la Sala verificar si el decreto de nombramiento demandado vulnera los postulados del Decreto Ley 274 de 2000, los derechos de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin que resulte posible pronunciarse respecto de si el doctor **BRITO JIMÉNEZ** cumple o no los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Ministro Plenipotenciario para el cual fue nombrado, pues el *a quo* concluyó que contrario al dicho de la parte actora, sí los cumplía a cabalidad, sin que este aspecto haya sido objeto de reparo en el escrito de apelación.

En consecuencia, para resolver la anterior problemática, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: **i)** normativa de la Carrera Diplomática y Consular; **ii)** la alternancia; **iii)** provisionalidad; y **iv)** caso concreto.

i) Normativa de la Carrera Diplomática y Consular

El Decreto Ley 274 de 2000 regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. Según el artículo 5° de dicha normativa los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasifican en **a)** libre nombramiento y remoción; **b)** carrera diplomática y consular y; **c)** carrera administrativa.

Para el caso que nos ocupa, conviene precisar que de conformidad con el artículo 10° del decreto en mención, **el cargo de Ministro Plenipotenciario hace parte del escalafón de la carrera diplomática y consular** la cual según el artículo 13 de la misma normativa “...es la Carrera especial jerarquizada que regula el ingreso,

el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito”.

En los siguientes artículos la mencionada normativa se encarga de regular el ingreso y ascenso a la carrera diplomática y consular, la evaluación y calificación del desempeño, la permanencia, la alternación, la disponibilidad, las comisiones, la provisionalidad, condiciones laborales especiales, el retiro del servicio, los órganos de carrera, el régimen disciplinario y demás aspectos pertinentes a la materia.

ii) La alternancia

Según el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000 *“en desarrollo de los principios rectores de Eficiencia y Especialidad, los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deberán cumplir actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna”.*

El anterior precepto fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-808-2001¹⁷.

En este mismo sentido el Consejo de Estado definió la alternación como la *“...figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que*

¹⁷ Al respecto, adujo la Corte que *“según el demandante el artículo 35, vulnera los artículos 1, 2, 4, 13 y 209 de la Constitución al incluir y privilegiar sólo dos de los principios fundamentales que deben orientar la función pública y excluir otros igualmente importantes. No obstante, el demandante olvida que el artículo 4 del decreto 274 de 2000 establece que además de los principios consagrados en la Constitución Política, son principios orientadores de la función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, los principios de moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad e integralidad y confidencialidad. Por lo tanto, no es cierto que el artículo 35 establezca una prelación entre principios que desconozca otros igualmente importantes, sino que el artículo 35 y el artículo 4 establecen conjuntamente los principios que deben orientar la carrera diplomática y consular. Por ello, el cargo contra el artículo 35 carece de fundamento y la Corte procederá a declarar la constitucionalidad de la norma acusada”.*

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”¹⁸.

Por su parte, el artículo 37 se encarga de fijar la frecuencia de la mentada alternación, 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 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” (Negrillas fuera de texto).

iii) Provisionalidad

El artículo 60 del decreto en análisis prevé que “...por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera

¹⁸ Sentencia de 30 de enero de 2014, Rad. No. 2013-0227-01, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

*Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular **para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo***” (Negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, sostuvo:

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

En el artículo 60 no se advierte contrariedad con norma alguna de la Carta Política pues la determinación de la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad se liga a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes. De ello se sigue que los cuestionamientos de constitucionalidad contra tal norma son infundados en tanto remiten al legislador la determinación de las circunstancias en las cuales se realizarán los nombramientos en provisionalidad. Por manera que los juicios de constitucionalidad procederán, en su momento, contra las normas que detallen los supuestos de hecho que permitan ese tipo de nominaciones”¹⁹.

Por su parte, el artículo 61 señala que para ser designado en provisionalidad se deben atender las siguientes exigencias: **1)** ser nacional Colombiano; **2)** poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y; **3)** hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de

¹⁹ Sentencia C-292/01

los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

El mismo precepto prevé que el nombramiento en el servicio exterior, cuando se nombra en provisionalidad, no podrá exceder de cuatro años.

vi) Caso concreto

Como antes se precisó, compete a la Sala establecer si el decreto de nombramiento del doctor **ANDRÉS FELIPE BRITO JIMÉNEZ**, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad, resulta ilegal en la medida que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían ocho funcionarios, en el rango de Ministro Plenipotenciario, inscritos en carrera diplomática y consular que tenían mejor derecho para ser nombrados.

De conformidad con la declaración rendida, mediante certificación juramentada, por la Ministra de Relaciones Exteriores, los anteriores funcionarios son: **1)** Jairo Augusto Abadía Mondragón, **2)** Alicia Alejandra Alfaro, **3)** Ruth Mary Cano Aguilón, **4)** Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, **5)** Francisco Alberto González, **6)** Olga Cielo Molina de la Villa, **7)** Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y **8)** Hernán Vargas Martín; quienes para la fecha de expedición del acto demandado, estaban inscritos en carrera diplomática y consular en el rango de Ministro Plenipotenciario y, se encontraban *“...desempeñando cargos inferiores a su escalafón dando cumplimiento al principio de alternación”*.

También en esa certificación se manifestó que dichas personas *“...se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en planta externa o interna en los cargos de Ministro Consejero, Consejero y Primer*

Secretario, en cada uno de los despachos de destino donde fueron trasladados o comisionados atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil, o prestando su servicio en otra entidad pública, como el caso de la señora Alicia Alejandra Alfaro.

En razón de lo anterior, finalmente, concluye que “...con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1, 12, 35, 39 parágrafo 2, 53 y 56 lit. a) del Decreto 274 de 2000, con los alcances dados a dichas normas por la Corte Constitucional (sentencias C-292 de 2001 y C-808 de 2001), el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **el hecho de existir funcionarios de Carrera Diplomática y consular nombrados en cargos inferiores a su escalafón no hace ilegal el nombramiento provisional, ni conduce a su anulación, ya que se debe cumplir con un requisito adicional exigido por el Decreto 274 de 2000 para tener derecho de acceso al cargo**”.

De lo anterior, resulta necesario advertir que lo expuesto por la Ministra de Relaciones exteriores, se acompasa con lo dicho por el Consejo de Estado, Sección Quinta, en la sentencia de 30 de enero de 2014 en la que se concluyó que en los casos en que se solicita la nulidad de nombramientos de cargos que hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular, además de demostrar que existen funcionarios del mismo rango del demandado, se deberá acreditar que esas personas no están en cumplimiento del periodo de alternancia, en este sentido en el mentado fallo se plasmó:

*“La hermenéutica de las normas transcritas supone entonces que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en planta interna como externa, está sujeta al cumplimiento de un requisito muy especial, como es el periodo de alternación. **Es decir que no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir, que se haya terminado su periodo de alternancia para poder ser nombrado.***
(...)

*Los mencionados funcionarios y los demás que aparecen en el listado obrante a folios 198 a 201, **si bien estaban escalafonados dentro de la Carrera Diplomática y Consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrada la ahora demandada, no estaban disponibles para ocupar el cargo por estar en período de alternación**, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad de la Resolución número 0387 de 2013; por consiguiente el acto acusado no transgrede entonces lo dispuesto en el Decreto Ley 274 de 2000, ya que se cumplen los requisitos para designar a la funcionaria en provisionalidad al no existir funcionarios de carrera que hayan cumplido con la alternación en el tiempo que surgió la vacante.*

*Por lo dicho, **para la prosperidad de los cargos es menester que la parte actora acredite no solo que se realizó un nombramiento de un empleo de carrera de manera provisional con una persona que era ajena a ella, sino que además, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado debe probar que para el momento del nombramiento existía un empleado inscrito en carrera diplomática y consular que efectivamente podía ser nombrado en el cargo, no solo en razón de su inscripción sino de acuerdo con la alternación***²⁰. (Negrillas fuera de texto).

Tesis reiterada en la sentencia del 16 de octubre de 2014²¹ dictada por la Sección Quinta de esta Corporación.

Empero, esta Corporación en fallo de tutela contra providencia judicial de 12 de marzo de 2015²², respecto a la temática plateada avaló la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “A”²³, la cual si bien acoge lo dicho por el Consejo de Estado en el fallo de 30 de enero de 2014, respecto de la alternancia, expuso que se debe tener en consideración que “... si el cargo a proveer ya sea en el interior o en el exterior (i) cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto, (ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, **el funcionario escalafonado en la misma categoría si se encuentra en el exterior haya cumplido con la frecuencia de 12 meses en la**

²⁰ Rad. No. 2013-00227-01, actor: Nancy Benítez Páez, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

²¹ Rad. No. 2014-00013-01, actor: Enrique Antonio Celis Durán, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

²² Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

²³ Sentencia de 24 de julio de 2014, Rad. No. Radicado No. 2014-00018-00.

sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante aserto que deberá encontrarse debidamente probado en el plenario” (Negrilla fuera de texto).

En este sentido en el referenciado fallo de tutela del Consejo de Estado, al respecto, se señaló:

*“Del análisis de las consideraciones expuestas por la autoridad judicial accionada se tiene que el primer argumento, con el cual la entidad accionante pretende infirmar la sentencia, referido al ‘desconocimiento del precedente jurisprudencial’, observa la Sala que el mismo no está llamado a prosperar, toda vez, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección ‘A’, al explicar la situación administrativa de provisionalidad, acogió los argumentos expuestos en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 30 de enero de 2014, relativos a la facultad que tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores de realizar nombramientos en provisionalidad, no solo cuando exista personal escalafonado en la categoría del cargo a proveer, sino en los casos que aun existiendo no se presenta **disponibilidad**, de éste por estar en curso el periodo de alternación.*

*Sin embargo, **es evidente que aun cuando acogió la ratio decidendi, aplicando la excepción contenida en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, consideró que la decisión a adoptar en el caso concreto no podía ser la misma que tomó en su oportunidad esta Sección, toda vez que, si bien se trataba de un caso similar, las pruebas aportadas al expediente encaminadas a demostrar la existencia o no de un funcionario disponible para ocupar el cargo en carrera no eran iguales.***

En efecto, en el caso analizado por esta Sección y que se trae como precedente desconocido había lugar al nombramiento en provisionalidad, porque de las pruebas allegadas en esa oportunidad se podía concluir que no existía personal de carrera disponible para ocupar el cargo, por el contrario, en el sub lite la autoridad accionada encontró plenamente demostrada la existencia de un funcionario que había cumplido el periodo de permanencia en el cargo en el exterior y que tenía la posibilidad de ser nombrado.

Esta circunstancia no puede ser desvirtuada por la situación expuesta por la entidad accionante, referida a que el funcionario, a su vez, venía trasladado de otro cargo en el exterior, toda vez que aún tenía posibilidad de cumplir su periodo de alternación en un cargo fuera del país en el cual debía ser nombrado para efectos de garantizar sus derechos de carrera.

En consecuencia, pese al que el precedente contenido en la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado es vinculante para el Tribunal accionado, en este caso el mismo aplicó la excepción contenida en la norma jurídica que regula la materia de acuerdo a las pruebas allegadas en su oportunidad”.

Dicha tesis según la cual, de existir prueba que demuestre que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular lleve más de doce meses en el periodo de alternancia lo acredita como funcionario disponible para el nombramiento, pues, no se requiere el cumplimiento completo del periodo, encuentra su fundamento legal en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, así:

“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.*

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 posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso.*

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

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).*

En este sentido el Tribunal en el fallo que se cuestionaba, expuso:

“..., atendiendo la frecuencia de los lapsos de alternación, en cuanto a que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, y dadas las fechas de la comisión del señor JORGE ALFREDO DÍAZ BRAVO, al momento del nombramiento objeto de la presente controversia, este funcionario de carrera se encontraba disponible, y por tanto cumple con los requisitos para proveer el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1210, Grado 11 adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago – Estados Unidos de América para que terminara su período de alternación en el servicio exterior...”

Tesis nuevamente reiterada por el propio Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015²⁴, en la que se manifestó:

“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 parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 que reza:

(...) 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” (Subrayas de la Sala).

Aclarado el anterior panorama jurisprudencial, corresponde verificar si en el presente caso 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

²⁴ Rad. No. 2014-02734-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

encuentran en la circunstancia descrita en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Sin embargo, de las pruebas solicitadas, decretadas y aportadas al expediente, la Sala debe manifestar que no se encuentran las actas de posesión de los citados funcionarios, para establecer si se cumple el periodo mencionado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

En efecto, de conformidad con el literal c) del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 “...**la frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso**”. De acuerdo con este precepto se requiere del acta de posesión para poder contabilizar el término a partir del cual el funcionario está en cumplimiento del período de alternancia, prueba que se extraña en el presente proceso y que valga decir no fue requerida por la parte actora.

En esta instancia, resulta imperioso manifestar que en fallos de tutela contra providencia judicial, que datan del 8 de octubre de 2014²⁵ y 12 de marzo de 2015, esta Sección, como juez constitucional, avaló que el estudio, en el proceso electoral, se realizará solamente con apoyo en los decretos de nombramiento de los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de analizar las pretensiones de la demanda; sin embargo, este hecho obedeció a que en el transcurso del proceso ordinario a dicha Cartera Ministerial se le requirió para que aportara la historia laboral de ciertos funcionarios y no cumplió con lo que se le ordenó en la medida que omitió allegar las actas de posesión, ante lo cual se decidió que:

²⁵ Rad. 2014-1864-00, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro, sentencia confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante fallo del 5 de febrero de 2015

“Entonces a partir de lo anterior, no es válido que alegue que el Tribunal incurrió en error al fallar de acuerdo con el acervo probatorio recaudado en el proceso, pues hacían falta las actas de posesión de los funcionarios inscritos en carrera en el cargo de Consejero, cuando nunca los allegó al expediente, ni al contestar la demanda, ni en respuesta de la solicitud de pruebas y la información que suministró al contestar los requerimientos del despacho resultaron incompletos, tal como lo explicó con suficiencia argumentativa el Tribunal accionado.

Así las cosas, el anterior cargo no está tampoco llamado a prosperar al igual que el relativo al defecto sustantivo, pues en la sentencia del Tribunal se evidencia una interpretación válida y razonable de las normas del Decreto 274 de 2000, que junto con la valoración probatoria lo llevó a declarar la nulidad del acto administrativo demandado”²⁶.

La falencia probatoria del demandante fue advertida por el *a quo*, en el fallo apelado; sin embargo, el recurrente considera que esta carga probatoria le compete al Ministerio de Relaciones Exteriores.

La anterior tesis no es de recibo por esta Sala de decisión pues, como bien lo advierte el artículo 167 del C.G del P., *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, así las cosas, le compete al actor acreditar o demostrar que en efecto los funcionarios que cita en la demanda podían haber sido nombrados en lugar del doctor **BRITO JIMÉNEZ**, lo cual conllevaría a la ilegalidad del decreto demandado en la medida que se desvirtuaría la afirmación según la cual ninguno de los inscritos en la carrera diplomática tenían los requisitos necesarios para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Conviene precisar que según el artículo 167 del C. G. del P., si el Juez, dependiendo las circunstancias del caso concreto, advierte

²⁶ Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

que para probar un determinado hecho alguna de las partes está en una “*situación más favorable*” para su demostración, podrá ordenar que ésta aporte la prueba requerida –*carga dinámica de la prueba*–.

Sin embargo, el mismo precepto aclara que se para hacer uso de esta facultad se requiere: **i)** que se declare de oficio o atendiendo petición de parte; **ii)** que se ordene antes de proferirse el respectivo fallo.

En virtud de lo anterior, además de insistir que la carga de la prueba recae en el demandante, no sobra mencionar que en esta instancia no habría lugar a ordenar, que en virtud de la carga dinámica de la prueba, que el Ministerio de Relaciones Exteriores allegar los elementos materiales probatorios necesarios para probar los argumentos fácticos alegados en la demanda pues ya se dictó fallo de primera instancia y no obra solicitud en este sentido de las partes.

Además, en este caso, el demandante había podido cumplir con su carga probatoria limitándose a solicitar como pruebas a decretar las mencionadas actas de posesión, lo cual no requiere de mayor esfuerzo y por el contrario su inobservancia solo pone en evidencia su falta de cuidado y diligencia para probar los hechos en los que se funda su demanda electoral. Situación que también sirve de sustento para afirmar que el actor no contaba con imposibilidad alguna para obtener, bien sea directamente o por intermedio del Juez de lo Contencioso Administrativo, los elementos probatorios necesarios para demostrar sus afirmaciones.

De acuerdo con lo dicho ante la carencia probatoria la Sala despachará este cargo de manera negativa, confirmando la sentencia apelada.

Por otra parte, el recurrente en los alegatos de conclusión solicita que se tenga en consideración los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección “A”²⁷; sin embargo, la Sala advierte que dicho fallo está en sede de apelación en esta misma Sección razón por la cual no se pronunciará al respecto en el presente asunto.

Sumado a lo anterior, no sobra mencionar que incluso la decisión antes referida el Tribunal carece de la característica de ser precedente jurisprudencial, por no tratarse de un fallo dictado por una Alta Corporación, situación que también impediría que se abordara su estudio en la forma que lo pretende el demandante²⁸.

Finalmente el último de los reparos de la parte actora alude a la decisión del Tribunal de no estudiar el cargo que propuso en el alegato de conclusión que presentó en primera instancia, por considerar que de conformidad con el artículo 103 del C.P.A.C.A., el Juez de lo Contencioso “...tiene el deber de impartir justicia material, de examinar todo el ordenamiento legal pues él es la garantía de la vigencia del estado de derecho”.

En este sentido, resulta pertinente reiterar los argumentos expuestos en la sentencia de 30 de enero de 2014, en la que se concluyó:

“El apelante en su recurso de alzada añade nuevos cargos a la demanda...”

Si bien es cierto que la competencia del fallador de segunda instancia se encuentra restringida a las motivaciones del escrito de apelación, esto no quiere decir que se pueda desbordar los límites del litigio que se encausaron en las instancias

²⁷ Rad. 2015-0542-00, M.P. doctor Luis Manuel Lasso Lozano

²⁸ Respecto del precedente jurisprudencial ver sentencias de tutela del Consejo de Estado Sección Quinta de 5 de febrero de 2014. Rad. N° 2014-01312-01. **C.P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez** y de 19 de febrero de 2015, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 2013-2690-01

procesales de la primera instancia, es decir no pueden presentarse argumentos adicionales a los precisados en la demanda y en la fijación del litigio.

Para la Sala, esta actuación procesal además de una conducta anómala por no decir que desleal por parte del demandante, constituye una flagrante violación al principio de congruencia de la sentencia y al derecho de defensa del demandado, porque se pretende agregar nuevas causales de nulidad al acto cuestionado sin el conocimiento previo de la contraparte y en una etapa procesal impertinente, desconociendo el mínimo de los derechos propios del juicio moderno²⁹.

De acuerdo con lo anterior y luego de revisar el acta de la audiencia inicial en la cual, entre otras, se fijó el litigio de la presente controversia, la Sala concluye que el actor en el demanda no propuso cargo alguno que cuestionara “la existencia de una única planta global del Ministerio” y solo expuso este planteamiento en los alegatos de conclusión, como acertadamente lo concluyó el *a quo*. Razones que resultan suficientes para confirmar la decisión adoptada en la sentencia recurrida.

De acuerdo con lo analizado, la Sala confirmará la decisión recurrida.

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 de 6 de agosto de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

²⁹ Ver Radicado: 5000123310002012008701, M.P: Alberto Yepes Barreiro.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO MERCEDES ARAUJO OÑATE
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Conjuez