



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

SENTENCIA N° 08-01-2023 E

Bogotá D.C., Enero veintiséis (26) de dos mil veintitrés (2023)

EXP. RADICACIÓN: 250002341000 2022 00304 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: ADRIANA MARCELA SÁNCHEZ
YOPASÁ
DEMANDADO: DARÍO ALBERTO NAME VÁSQUEZ
TEMAS: NULIDAD DEL DECRETO 073 DE 20
DE ENERO DE 2022-
NOMBRAMIENTO CONSEJERO DE
RELACIONES EXTERIORES
ASUNTO: SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a pronunciarse de fondo en torno a la *litis* iniciada por ADRIANA MARCELA SÁNCHEZ YOPASÁ contra el acto de nombramiento del señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, no sin antes señalar que de conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, no se observa causal alguna que afecte la validez del trámite surtido en esta instancia.

I ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la Demanda (01 PDF Exp. Elec)

La señora ADRIANA MARCELA SÁNCHEZ YOPASÁ, actuando en nombre propio, promovió **medio de control electoral** solicitando la **nulidad** del Decreto 073 de 20 de enero de 2022, mediante el cual se nombra con carácter provisional a DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de

Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba.

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda, se resumen en lo siguiente:

i). El 20 de enero de 2022, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 073 mediante el cual se decide designar en provisionalidad DARIO ALBERTO NAME VÁSQUEZ, en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba.

ii). El cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba, es un cargo de Carrera Diplomática y Consular.

iii). El Señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ NO pertenece a la Carrera Diplomática y Consular.

iv). El Decreto 073 de 20 de enero de 2022, mediante el cual se designa al señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, en ninguno de sus apartes hace referencia a que dicha designación se hace de manera provisional y menos justifica la imposibilidad de nombrar en el cargo en que es designado, a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular.

v). Que al momento del nombramiento existían funcionarios de carrera diplomática en las categorías de Consejero y Primer secretario, que tiene derecho preferencial a ocupar el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, en virtud del principio de especialidad del servicio exterior y el derecho preferencial que ostentan los funcionarios de carrera a ocupar las vacantes que se generen en los cargos de carrera diplomática, de conformidad con el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000.

vi) Tanto al momento de expedición del acto acusado, como a la fecha, existe personal de la Carrera Diplomática y Consular escalafonado en el rango de Consejero que está cumpliendo funciones en el exterior, pero comisionado por debajo de ese grado (artículo 53 literal a. del Decreto 274 de 2000).

vii) Para el 20 de enero de 2022, fecha del Decreto del señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, existían Consejeros que ya habían cumplido su periodo de alternación y podían ser designados en dicho cargo en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba.

viii) La Hoja de Vida de DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, según como aparece en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública

indica que la nombrada no acredita los conocimientos básicos que se exigen a un Consejero de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores en la Resolución 1580 del 16 de marzo de 2015, para cumplir con las funciones diplomáticas.

ix) A 20 de enero de 2022, fecha del nombramiento de DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, ya existía una sólida construcción jurisprudencial tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como del Consejo de Estado, tal y como lo demuestra la sentencia relativa al nombramiento provisional de Ana Piedad Jaramillo Restrepo, como Ministra Plenipotenciaria en París, el cual fue declarado nulo el 23 de febrero de 2017 por esa alta Corporación, sentando una línea jurisprudencial que ha mantenido hasta la fecha.

El demandante identificó como **normas violadas** el artículo 125 constitucional, artículos 4, numeral 7, 12, 37, 40, 53, 60 y 61 del Decreto Ley No. 274 de 2000, los artículos 3, 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 3, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011, y como **concepto de violación**, el actor controvertió el acto de elección demandado a partir de los siguientes **cargos** de i) *Infracción a las normas en que debía fundarse*, esto es, desconocer lo dispuesto en el artículo 125 constitucional, artículos 4, numeral 7, 12, 37, 40, 53, 60 y 61 del Decreto Ley No. 274 de 2000, los artículos 3, 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 3, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011; ii) *Expedición irregular (falta de motivación)*, ya que no se motivó el acto acusado, haciéndose uso de la facultad discrecional, pues la correcta motivación exige demostrar los supuestos de hecho que la norma invocada como sustento establece para que proceda su aplicación, lo cual no ocurrió en el presente caso; y (iii) *falsa motivación*, por cuanto, el acto demandado se motivó basado en la facultad que confiere al nominador el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, para proveer en provisionalidad cargos de carrera diplomática y consular, pero esta norma condiciona tal facultad a la imposibilidad de designar en ellos a funcionarios inscritos en esa carrera, lo cual fue desconocido por el nominador.

Como fundamento de los cargos expone que el Decreto Ley 274 de 2000 estableció las categorías de los cargos de carrera diplomática y consular y sus equivalencias, así:

Categoría en carrera diplomática y servicio diplomático (art. 10 y 11 D.L 274/ 2000)	Equivalencia en el servicio consular (art. 11 D.L 274/2000)	Tiempo de servicio para alcanzar la categoría (art. 23 a 27 D.L 274/ 2000)
Embajador	Cónsul General Central y Cónsul General	Veinticinco (25) años
Ministro Plenipotenciario	Cónsul General	Veinte (20) años
Ministro Consejero	Cónsul General	Dieciséis (16) años
Consejero	Cónsul General	Doce (12) años
Primer Secretario	Cónsul de Primera	Ocho (8) años
Segundo Secretario	Cónsul de Segunda	Cuatro (4) años

Tercer Secretario	Vicecónsul	Un (1) año
-------------------	------------	------------

Señala que de acuerdo con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 o Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular y el Servicio Exterior, por virtud del principio de especialidad, se puede designar 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, el Decreto 073 de 20 de enero de 2022, mediante el cual se designa al señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, en ninguno de sus apartes hace referencia a que dicha designación se hace de manera provisional y no justifica la imposibilidad de nombrar en el cargo en que es designado, a un funcionario de Carrera Diplomática y Consular.

Así mismo, indica que el párrafo único del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 estipula que las condiciones básicas de la provisionalidad se sustentan en la especialidad del servicio exterior y, por lo tanto, no confieren derechos de carrera, en tanto, la Constitución Política, la Ley exige la materialización del derecho preferente que tienen los funcionarios de carrera para ocupar los cargos de carrera, con base en los principios superiores de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, cuyo desarrollo jurisprudencial es abundante.

Por tanto, informa que al momento del nombramiento acusado existían funcionarios de carrera diplomática en las categorías de Consejero y Primer secretario, que tiene derecho preferencial a ocupar el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, en virtud del principio de especialidad del servicio exterior y el derecho preferencial que ostentan los funcionarios de carrera a ocupar las vacantes que se generen en los cargos de carrera diplomática, de conformidad con el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000.

Señala la demandante que en aplicación del Decreto 274 de 2000, si el cargo de Consejero se encontraba vacante, la Administración debió haber priorizado el nombramiento del personal de carrera que se encontraba en las siguientes situaciones, antes de recurrir a la provisionalidad, si es que este se encontraba vacante:

“i) Los Consejeros que, a 20 de enero de 2022, cumplían el tiempo de alternación para ser trasladados a prestar sus servicios en esa u otras sedes externas de la planta global del Ministerio (Decreto 3358 de 2009);

ii) Los Consejeros de Carrera Diplomática y Consular que, a 20 de enero de 2022, se encontraban cumpliendo su alternación en las sedes internas de la planta global del Ministerio (Decreto 3358 de 2009), pero podían ser designados para prestar sus servicios en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba, por aplicación de la excepción a los lapsos

de alternación consagrada en el literal b. del artículo 53 del Decreto 274 de 2000 y/o el literal b del artículo 37 concordante con el inciso segundo del artículo 40 ibídem;

iii) Los Consejeros de Carrera Diplomática y Consular que, a 20 de enero de 2022, se encontraban comisionados en cargos inferiores a su escalafón, toda vez que la Corte Constitucional ha reiterado que las comisiones en cargos inferiores deben ser excepcionales y están llamadas a concluir inmediatamente haya cargos disponibles dentro de la categoría que ostenta el funcionario comisionado por debajo de su rango en el escalafón;

iv) Los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular escalafonados por encima o por debajo del rango de Consejero, que podían ser comisionados para prestar sus servicios en dicho cargo, en aplicación del literal a. del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 que regula las comisiones para situaciones especiales.

v) los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular que se encontraban cumpliendo su alternación en planta externa y que, a 20 de enero de 2022, ya llevaban más de 12 meses asignados a su respectiva sede, razón por la cual podían ser designados para ejercer otro cargo en el exterior, según lo permite el parágrafo único del artículo 37 ibídem y tal como lo ha reiterado el Consejo de Estado en copiosa jurisprudencia.

Además, considera que existe suficiente personal de carrera disponible para ocupar el cargo demandado y, en caso de que la Administración no lo considere así, debería incrementar el número de cupos a proveer anualmente por concurso. Por lo tanto, no es justificada la aplicación de la provisionalidad en la entidad, puesto que va en contravía del principio constitucional de carrera.

Por tanto, el nombramiento demandado se realiza cuando existen no solo varios Consejeros de carrera disponibles para ser nombrados sino cuando, por lo menos uno de ellos, está nombrado en un cargo inferior al de su categoría, en contra de la jurisprudencia constitucional que ha señalado que las comisiones por debajo de los funcionarios de carrera diplomática y consular solo deben perdurar “mientras no exista la disponibilidad del cargo que corresponde a la categoría del escalafón en la que se encuentra el funcionario” (Sentencia C 808 de 2001).

Los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto 274 de 2000 fueron desconocidos con la expedición del Decreto demandado porque para la fecha del nombramiento de DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, sí existían funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular escalafonados en el grado de Consejero que se encontraban disponibles para ser nombrados en el mismo cargo. Además, existían otros funcionarios de carrera que, en aplicación de las previsiones de los artículos 37 a 40 y 53 del Decreto Ley 274 de 2000, también podían ser nombrados o comisionados en ese cargo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los artículos 4 numeral 7 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 han sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, avalando dicha posición.

Frente a la motivación del acto señala que el Decreto 073 de 20 de enero de 2022 se expide haciendo uso de una facultad no discrecional por lo que debe ser motivado, tal y como lo dispone el Consejo de Estado.

Considera que la correcta motivación del Decreto 073 de 20 de enero de 2022 hubiera exigido que se demostraran los supuestos de hecho que la norma invocada como sustento establece para que proceda su aplicación. Sin embargo, como estos supuestos claramente no se configuraban, el acto se sustentó en el uso de una facultad que no se tenía y, por ende, está incurso en falsa motivación.

Finamente, refiere que se expidió con falsa motivación el acto acusado ya que se motivó basado en la facultad que confiere al nominador el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, para proveer en provisionalidad cargos de carrera diplomática y consular, pero esta norma condiciona tal facultad a la imposibilidad de designar en ellos a funcionarios inscritos en esa carrera, y en el presente caso si era posible designar a otros funcionarios de carrera que están comisionados por debajo de la categoría de consejeros.

1.2. Contestación de la Demanda

1.2.1. Ministerio de Relaciones Exteriores (10 PDF Exp. Elec)

Por conducto de apoderado judicial, el Ministerio de Relaciones Exteriores contestó la demanda manifestando su **oposición a las pretensiones**, indicando que:

i) El Decreto 073 de 20 de enero de 2022 fue expedido conforme a los parámetros legales y constitucionales, respetando las normas que establecen la institución de la provisionalidad en el régimen de carrera diplomática y consular.

ii) La actividad del Ministerio de Relaciones Exteriores se realiza atendiendo a la naturaleza del servicio, los principios del Estado que se encuentran involucrados, y los medios que son utilizados en la facultad nominadora y que justifican que el acto administrativo fue proferido con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos, además de gozar de la presunción de legalidad, por lo que no puede ser objeto de nulidad.

iii) Teniendo en cuenta los requisitos y condiciones para el desempeño en provisionalidad del cargo, observa que no existe ninguna exigencia en lo que

tiene que ver con que el funcionario nombrado en provisionalidad deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, esto, de acuerdo al artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

iv) Frente a la revisión de la hoja de vida de la persona nombrada, indica que se cumplió con los requisitos de estudio y experiencia que exige la norma para desempeñar el cargo para el cual fue nombrado en provisionalidad, por lo que el acto administrativo está ajustado a derecho.

v) Fue imposible designar a alguno de los funcionarios inscritos en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores debido a las situaciones administrativas particulares de cada caso, toda vez que según la certificación I-GCDA-22- 000141 del 6 de enero de 2022, expedida por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, está probado que, no existen funcionarios ejerciendo cargos por debajo de la categoría a la que pertenecen -Consejero de Relaciones Exteriores- de modo que, en cumplimiento de sus lapsos de alternación están prestando sus servicios tanto en exterior como en el país, respectivamente.

vi). En los nombramientos que efectúa el Ministerio de Relaciones Exteriores, se cumple de manera rigurosa con los requisitos exigidos por la Ley para la provisión del respectivo cargo dentro de los principios e instituciones contenidas en el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular.

Indica que se dio cumplimiento a las disposiciones de los artículos 25, 27, 35, y ss, 46, 53, 60 y 62 del Decreto Ley 274 de 2000, y teniendo en cuenta la fecha de expedición del Decreto, no podían ser nombrados los funcionarios que se encontraban inscritos en el escalafón en la categoría de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, pues estaban desempeñando cargos inferiores debido al cumplimiento de su lapso de alternación 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.

viii) En lo que respecta al acto demandado, su objeto y contenido particular fue expedido con esa facultad discrecional, adecuándose a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que la motivaron, de modo que, el artículo 60 del decreto 274 de 2000 autoriza a la Administración para ejecutar la atribución, concediéndole la facultad para adoptar la decisión que estime conveniente, es decir, hacer un nombramiento en provisionalidad, en donde se apreciaron las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, para tomar la decisión dentro de esos mismos criterios, sin menoscabar ningún derecho laboral adquirido por parte de los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera diplomática y consular, nombramiento en provisionalidad que fue de manera excepcional respetando los lineamientos legales y en virtud del principio de especialidad y de la

necesidad del servicio en favor del interés general debido a la insuficiencia de funcionarios de Carrera.

ix) El Consejo de Estado se ha pronunciado, estableciendo que si bien la regla general para acceder a los cargos de Carrera Diplomática y Consular se funda en el mérito, la norma reconoce que dichos empleos puedan ser ocupados por personas que no pertenezcan a la Carrera.

x) De la confrontación del decreto de nombramiento en provisionalidad demandado con el sistema jurídico, y de una lectura del contenido y los efectos jurídicos del acto de nombramiento en provisionalidad en un cargo de Carrera Diplomática y Consular, está probado que, el nombramiento cumplió con las exigencias legales para su expedición, por lo tanto, goza de presunción de legalidad, en la medida que los motivos por los cuales se expidió: son ciertos, pertinentes y justifican la decisión que el Gobierno Nacional tomó de acuerdo con las circunstancias de hecho y de derecho necesarios para ese fin con los efectos jurídicos concreto, con lo que cumple con el requisito material para su validez y legalidad.

Finalmente precisa que el acto demandado fue expedido en virtud de la facultad nominadora y discrecional prevista en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y goza de presunción de legalidad al ser expedido con observancia de las normas constitucionales y legales.

1.2.2. Darío Alberto Name Vásquez

El demandado **Darío Alberto Name Vásquez** a través de apoderado judicial presentó contestación de demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas, considerando que las afirmaciones hechas en la demanda son suposiciones y opiniones subjetivas de la demandante que no acogen lo dispuesto en el Decreto Ley 274 de 2000.

Considera que conforme la norma se otorga la facultad de nombrar en provisionalidad en cargos de Carrera Diplomática y Consular a personas que no pertenezcan a ésta cuando no sea posible designar a funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría correspondiente - Consejero de Relaciones Exteriores- de tal forma que es posible afirmar que el decreto demandado goza de presunción de legalidad, pues se expidió atendiendo la actividad del Ministerio de Relaciones Exteriores, la naturaleza del servicio y los principios del Estado, los cuales justifican que el acto administrativo fue expedido con el cumplimiento de los requisitos exigidos, cuya motivación fue expresa.

Manifiesta que en el presente caso no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, puesto que, según la certificación I-GCDA-22- 000141 del 6 de enero de 2022,

expedida por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, a la fecha de expedición del acto, no existían funcionarios ejerciendo cargos por debajo de la categoría a la que pertenecen - Consejero de Relaciones Exteriores.

En cuanto a la falta de motivación del acto, refiere que la motivación está expresa en la finalidad de la manifestación de la voluntad, esto es, con el fin de cumplir con sus funciones y salvaguardar el interés general, es decir, hacer un nombramiento en provisionalidad.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda ya que no tiene vocación de prosperidad.

1.3. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público

La *parte demandante* presentó alegatos de conclusión el 24 de octubre de 2022, reiterando sus argumentos de la demanda y señalando que de las pruebas obrantes en el proceso y conforme a la certificación allegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se puede verificar que existían funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que para el 20 de enero del año 2022, podía haber sido nombrados en el cargo donde se nombró al Doctor Darío Alberto Name Vásquez, y que ha dicha fecha del acto demandado, ya llevaban más de doce meses de haber sido nombrados en el mismo escalafón, es decir, conforme al párrafo del artículo 37 del decreto 274 de 2000, consagra que los funcionarios de la Carrera que se encuentran prestado el servicio en el exterior, no pueden 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, siempre y cuando cumplan con los requisitos previos señalados para tales efectos.

El *Ministerio de Relaciones Exteriores*, presentó escrito de alegatos finales el 20 de octubre de 2022 reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda y señalando que se acredita dentro del proceso que no era posible designar en el cargo a un funcionario inscrito en el escalafón en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores; que la persona nombrada en provisionalidad cumplía con los requisitos para ocupar el cargo en provisionalidad, así como la facultad legal y la competencia para dictarlo; las necesidades del servicio y el sometimiento integral a la Constitución Política y a las normas que rigen la carrera diplomática y consular -decreto-ley 274 de 2000-.

Además refiere que la demandante no cumplió con la carga legal de probar los hechos de la demanda en relación con la existencia de funcionarios inscritos en la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores en el

escalafón de Carrera Diplomática y Consular, que habiendo cumplido con el término del lapso de alternación en planta interna, para el 20 de enero de 2022 estuvieran disponibles para ser designados como Consejero de Relaciones Exteriores para prestar sus servicios en el exterior-planta externa-, esto, de acuerdo con el precedente de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Sección Quinta del Consejo de Estado, respectivamente, sobre la carga de la prueba en los procesos de contenido electoral.

Por tanto, concluye que no era posible designar a un funcionario inscrito en el escalafón de la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, por lo que está probada la legalidad del acto administrativo de nombramiento en provisionalidad porque está sometido íntegramente al ordenamiento jurídico.

El apoderado del demandado *Darío Alberto Name Vásquez* no presentó escrito de alegatos de conclusión tal y como se certifica en el informe secretarial del 16 de noviembre de 2022.

Por su parte, el *Ministerio Público* no presentó concepto final, tal y como se certifica en el informe secretarial del 16 de noviembre de 2022.

II. TRÁMITE PROCESAL

Se infiere de las documentales obrantes en el cuaderno principal del expediente que se han cumplido las formas propias del juicio o proceso electoral dado que: la demanda fue radicada el 18 de febrero de 2022, sometida a reparto el 20 de marzo de 2022, admitida a través de Auto del 4 de abril de 2022 debidamente notificado a las partes¹ al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 35 a 47); se surtieron oportunamente los traslados secretariales para contestación de demanda; el 13 de septiembre de 2022 se emitió Auto considerando reunidos los presupuestos para dictar sentencia anticipada, conforme lo dispuesto en el literal c) del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, por lo que se realizó la fijación del litigio, el decreto de pruebas y se dio traslado para alegar de conclusión; por último, el expediente ingresó para fallo, mediante constancia secretarial del 16 de noviembre de 2022.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

Según lo dispone el numeral 6, literal c) del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 (modificado por el artículo 27 de la Ley 2080 de 2021), compete a los

¹ Al Ministerio de Relaciones Exteriores: envió electrónico del 18 de abril de 2022 y por estado a la demandante del 5 de abril de 2022.

Tribunales Administrativos, en primera instancia, conocer del proceso de “*De la nulidad de los actos de elección (...) y de los de nombramiento, sin pretensión de restablecimiento del derecho, de empleados públicos del nivel directivo, asesor o sus equivalentes en los órdenes nacional, departamental y distrital (...)*”. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En el presente caso, tratándose del nombramiento de DARIO ALBERTO NAME VÁSQUEZ como consejero de relaciones exteriores, encontrándose dicho cargo dentro del nivel asesor de la entidad² y siendo nombrado por el Ministerio de Relaciones Exteriores como autoridad del orden nacional, esta Judicatura resulta ser competente para conocer en primera instancia del asunto de la referencia.

3.2 Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contencioso administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

Así mismo, que la precitada norma en concordancia con el artículo 139 del mismo estatuto normativo, prevén que en el medio de control de nulidad electoral, la **legitimación en la causa por activa** no está reservada para una persona específica o de orden restrictivo, sino por el contrario establece que cualquier persona puede invocar este medio de control. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** el artículo 277 *ibídem*, impone que debe dirigirse la demanda en contra del elegido o nombrado, así como también recae sobre la autoridad que expidió el acto sometido a control jurisdiccional, que en este caso fue el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Sobre la legitimación, cabe destacar que el Honorable Consejo de Estado ha indicado:

“(...) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en

² Decreto 3356 de 2009 “Por el cual se modifica el Decreto 2489 de 2006 que establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva y demás organismos y entidades públicas del orden nacional y se dictan otras disposiciones.”

consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”³.

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

3.2.1 Por activa:

Teniendo en cuenta que la norma no condiciona la capacidad para demandar el cumplimiento de calidades personales de quien promueve la demanda de nulidad electoral y, por el contrario, prevé que cualquier persona puede presentarla⁴, la señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá como demandante está legitimada por activa para incoar el medio de control y activar el proceso contencioso.

3.2.2 Por pasiva:

El demandante promovió su demanda contra el funcionario nombrado, señor DARIO ALBERTO NAME VÁSQUEZ como Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba.

Igualmente, señaló como demandado al Ministerio de Relaciones Exteriores, como autoridad que expidió el acto que se impugna.

En consecuencia, existe identidad en la relación sustancial fijada con el acto de nombramiento y la relación procesal (demandante/demandados) aquí establecida.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

⁴ Jurisprudencialmente se ha considerado una legitimación universal a incoar el medio de control electoral, ver sentencia Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejero ponente Alberto Yepes Barreiro Bogotá, 31 de julio de 2014, radicación número: 11001-03-28-000-2014-00008-00.

3.3 Planteamiento del problema jurídico principal y sus asociados.

Para la Sala el problema jurídico principal, consiste en determinar si se debe decretar o no la nulidad del Decreto 073 de 20 de enero de 2022, mediante el cual se nombra con carácter provisional a DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba, por los cargos de ser expedido con infracción a las normas en que debía fundarse, expedición irregular (falta de motivación) y falsa motivación.

Así mismo, que para resolver el anterior problema jurídico deben abordarse los siguientes problemas jurídicos asociados:

- i) Si el nombramiento del señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, se realizó con desconocimiento del régimen de carrera consular y diplomática;
- ii) Si DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, cumplía con los requisitos establecidos para ser nombrado como Consejero de Relaciones Exteriores, en el cargo y rango designado o si debía nombrarse a aquellos funcionarios que se encontraban inscritos en carrera diplomática y consular;
- iii) Si se cumplieron los presupuestos legales para dar aplicación al artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores al realizar el nombramiento de DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ
- iv) Si el Decreto Ley 274 de 2000 fue expedido de forma irregular por ausencia de motivación.

Lo anterior analizando las figuras de la alternación y disponibilidad de los funcionarios de carrera diplomática y consular, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 274 de 2000.

3.4. Resolución del Problema Jurídico en el Caso Concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Para resolver la cuestión planteada la Sala abordará i) Principios y estructura del Régimen de Carrera Diplomática y Consular establecido en el Decreto Ley 274 de 2000 para el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores; ii) la procedencia de la provisionalidad de forma excepcional; iii) el alcance de la alternación como exigencia legal y la disponibilidad de los funcionarios de la carrera diplomática y consular y iv) el análisis del caso concreto.

3.4.1. Principios y estructura del Régimen de Carrera Diplomática y Consular establecido en el Decreto Ley 274 de 2000 para los Consejeros de Relaciones Exteriores

La Constitución Política en su artículo 125 estableció que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben regirse por las normas que regulan la carrera administrativa, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, precisando que su ingreso y ascenso se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley al respecto para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Con fundamento en tal disposición constitucional, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral sexto del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto Ley 274 de 2000 que regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, estableciendo como principios orientadores de su función pública la moralidad, eficiencia, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, transparencia, entre otros.

Adicionalmente, allí se clasifica los cargos dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores en: i) libre nombramiento y remoción; ii) carrera diplomática y consular y; iii) carrera administrativa.

Concretamente para la categoría de *Consejero de Relaciones Exteriores* el artículo 10 del mencionado decreto ley indica que hace parte del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, equivalente a un Cónsul General en el Servicio Consular (artículo 11) y en la planta interna a asesor grado 6 (artículo 12).

Según el artículo 13 *ibídem* la Carrera Diplomática y Consular es especial y jerarquizada que regula “... *el ingreso, ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito.*”, así como también establece de forma precisa la forma en que los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática acceden a los cargos en sus diferentes categorías, atendiendo criterios de tiempo de servicio, aprobación de exámenes de idoneidad, calificaciones satisfactorias, cursos de capacitación, etc. (arts. 25 a 34).

Además, regula las situaciones administrativas especiales de cada funcionario, como lo son la alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales. Establece también los órganos de carrera, su régimen disciplinario, precedencia de la representación diplomática, entre otros aspectos relacionados con la materia.

3.4.2. La procedencia de nombramientos en provisionalidad de forma excepcional

El artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 regula la facultad excepcional que tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores de realizar nombramientos en provisionalidad de sus funcionarios bajo el principio de especialidad (artículo 4, numeral 7), de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 60. Naturaleza. Por virtud del principio 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” (subrayado y negrilla fuera del texto)⁵.

De este modo, la condición especial y concreta para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pueda hacer uso de dicha facultad, es que no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular en los cargos en concreto que se van a proveer, caso en el cual, se podrán realizar nombramientos o designaciones provisionales de personas no inscritas en la carrera, esto es, personas externas a esta.

Ahora bien, como se indicó previamente, su carácter es *excepcional* y en esa medida, se deberá analizar en cada caso concreto si el cargo proveído a través de nombramiento provisional, podía ser asignado a un funcionario inscrito en la carrera diplomática y consular, y que además cumple los requisitos idóneos y particulares para el cargo en cuestión. Solo así, se podrá determinar que en efecto, la única alternativa, es acudir a nombramientos provisionales de personas externas a la carrera.

Al respecto considera el demandante que el nombramiento del señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, no cumplía con los requisitos establecidos para ser nombrado como Consejero de Relaciones Exteriores, por lo que debe ser declarado nulo, toda vez que, para el momento en que fue expedido el acto demandado existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular en el escalafón para el cargo indicado, no obstante, no fueron tenidos en cuenta, circunstancia que vulnera el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 por cuanto no existía ninguna situación especial que permitiera la aplicación del régimen excepcional establecido, dado que la designación se hizo a quien no hace parte de la carrera, y mientras tanto los otros funcionarios inscritos en el escalafón ocupan cargos de inferior categoría.

En esa medida, considera que la vacante debió ser suplida con uno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular que reúnen los requisitos para acceder al cargo de Consejero de Relaciones Exteriores y no acudirse al nombramiento provisional.

⁵ Norma declarada exequible mediante sentencia de la Corte Constitucional No. C-292/01

A su turno el Ministerio de Relaciones Exteriores precisó que hizo uso de dicha facultad de nombramiento provisional en la medida en que hay una exigencia de alternación para los funcionarios de carrera diplomática y consular que debe ser cumplida, lo cual no ocurre en el presente caso y por tanto, no existía personal de carrera que pudiera ser nombrado en el cargo objeto de controversia.

Consideró también que la interrupción de los lapsos de alternación necesita una previa calificación de la Comisión de Personal del Régimen de Carrera Diplomática, que busca garantizar la situación administrativa de los funcionarios cuando se ubican en un país y exista seguridad administrativa y económica para el funcionario que está cumpliendo con el deber funcional.

Conforme lo anterior, la Sala debe precisar que la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del artículo 60 precitado señaló:

“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”⁶.

De este modo, la finalidad que se le ha atribuido a los nombramientos en provisionalidad como facultad del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra determinada por la urgencia en la prestación del servicio que constituye una situación especial que permite el nombramiento transitorio de personas que no son de carrera, mientras se surte el procedimiento necesario y legalmente establecido para su provisión en propiedad o periodo

⁶ Sentencia C-292/01

de prueba, pero además el mismo estatuto permite que funcionarios allí inscritos puedan ocupar esas vacantes como expresión de los derechos de carrera.

Lo anterior, en la medida en que el Régimen de Carrera Diplomática y Consular ha establecido una serie de requisitos y presupuestos para poder ingresar y acceder a los categorías correspondientes, en este caso a la de Primer Secretario.

En efecto, el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000 establece como requisitos para ser nombrado en provisionalidad i) ser nacional Colombiano; ii) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y; iii) hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas, no obstante, este requisito puede ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

Adicionalmente, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos en propiedad requieren que dentro de su sistema de carrera diplomática y consular, los funcionarios cumplan con la exigencia de alternación, tal y como lo dispone el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000, por lo que este requisito adicional sí tiene relevancia en la configuración de los presupuestos de provisionalidad, pues como se ha reiterado jurisprudencialmente, hace parte de las exigencias para que no se haga necesario acudir a la excepción prevista en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

En consecuencia, como bien lo ha señalado el Consejo de Estado se hace necesario tener como requisitos para acudir a la provisionalidad cuando: “... *(a) 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 parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.*”⁷.

Razón por la cual, la Sala analizará la alternación como requisito especial, así como también verificará la disponibilidad de los funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular para la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, al ser el nombramiento impugnado en este caso.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Expediente No. 25000-23-41-000-2015-00542-01

3.4.3. Alcance de la alternación como exigencia legal y la disponibilidad de los funcionarios de la carrera diplomática y consular

La alternación se ha establecido en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000 y particularmente se ha dispuesto lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

***ARTICULO 38. OBLIGATORIEDAD.** Es deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular prestar su servicio en Planta Interna de conformidad con lo estipulado en el parágrafo del Artículo 12 de este Estatuto.*

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

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

Como se observa, esta exigencia especial ha sido establecida con el fin de desarrollar los principios de eficiencia y especialidad, teniendo como propósito garantizar que los funcionarios cumplan con sus funciones tanto en la planta interna (servicio interno) como externa (exterior) en lapsos o periodos de alternación, la cual es obligatoria y en caso de renuencia acarrea como consecuencia una causal de retiro de la carrera y del servicio. Estos lapsos de alternación son contabilizados a partir de que el funcionario toma posesión del cargo o asume sus funciones en el exterior.

El legislador excepcional dejó claro en el párrafo del artículo 37 precitado, que los funcionarios que se encuentren prestando sus servicios 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 que califique la comisión de personal de la carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país.

Esta exigencia de la alternación fue analizada por la Corte Constitucional cuando declaró exequible el artículo 35 mediante la sentencia C-808-2001⁸, y a su vez el Consejo de Estado la definió como “...*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*”⁹.

Además se ha adoptado como criterio jurisprudencial 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*”¹⁰ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

⁸ Corte Constitucional, sentencia C - 808 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 1 de agosto de 2001.

⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente No. 2013-0227-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente. No. 25000-23-41-000-2013-00227-01, C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez. Además de de las

Es decir, de conformidad con esta postura jurisprudencial reiterada se tiene que no basta que haya un funcionario que esté inscrito en carrera diplomática y consular para impedir el nombramiento excepcional (provisional), sino que además debe tener una condición imprescindible consistente en que haya cumplido con los periodos de alternación precitados en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, pues de esta forma se entiende que el funcionario tiene disponibilidad para ser nombrado en el cargo que se encuentre vacante.

No obstante lo anterior, mediante sentencias posteriores el Consejo de Estado¹¹, precisó de forma concreta los eventos en que un funcionario de carrera diplomática y consular se encuentra disponible para un nombramiento de un cargo vacante, teniendo en consideración el parágrafo del artículo 37 del mencionado decreto, así:

“(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 parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y además señaló de forma clara que *“... un funcionario de la Carrera Diplomática y Consular se encuentra disponible para ser designado en un cargo, no sólo por ostentar la categoría en la que se requiere el servicio sino que es necesario que no se encuentre cumpliendo con el periodo de alternancia. A lo anterior debe agregarse, que dicha disponibilidad, en el caso de quienes se encuentren prestando sus servicios en el exterior, se cumple si han superado un lapso de 12 meses en la respectiva sede, de conformidad con el parágrafo del artículo 37 del decreto en mención, pues en este evento, pueden ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior y culminar su periodo de alternancia en el cargo que le corresponde de acuerdo con su categoría.”*¹²

Es decir, que para que el Ministerio de Relaciones Exteriores pudiera hacer uso de su facultad especial de nombrar provisionalmente los cargos vacantes, se debe observar en primer lugar, que los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón de la carrera diplomática y consular hayan culminado

sentencias del Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia de junio 3 de 2010, Expediente No. 11001-03-28-000-2009-00043-00, C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, y sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, de fecha 4 de marzo de 2004, Expediente. No. 11001-03-28-000-2003-0012-01, C.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, entre otras.

¹¹ Entre otros, Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Expediente No. 25000-23-41-000-2015-00542-01

¹² *Ibidem*

sus periodos de alternancia, tal y como lo precisó el Consejo de Estado en la providencia precitada del 30 de enero de 2014¹³, y de no cumplirse este presupuesto entonces deberá, en segundo lugar, acudir a quienes se encuentran prestando su servicio en el exterior y que han superado los doce (12) meses en la respectiva sede, para ser designados excepcionalmente, considerando el pronunciamiento del Consejo de Estado a partir del 12 de noviembre de 2015¹⁴. Ahora, si ninguno de estos dos presupuestos se consolida, es decir, no hay ningún funcionario en una de estas dos situaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá acudir a la provisionalidad, ante la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, pero sin desconocer el Régimen de Carrera Diplomática y Consular existente en el Decreto Ley 274 de 2000.

Es decir, que ambos postulados normativos contenidos tanto el artículo 37 como su párrafo conservan plena vigencia y aplicabilidad, pero deben ser observados en su conjunto atendiendo a las excepciones establecidas y considerando que para acudir a la provisionalidad debe analizarse en principio que no se pueda dar aplicación a ninguna de las circunstancias mencionadas.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el párrafo del artículo 37 precitado, dispone que los funcionarios de carrera que se encuentren 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, pero una vez han cumplido este lapso se concluye, se habilitan para ser nombrados en otro cargo, es decir, que si bien sigue siendo una excepción a la regla general encaminada a que se cumpla con los periodos de alternación, cada vez que la entidad tenga vacantes o necesite un cargo o nombramiento, el nominador tiene a su disposición a esos funcionarios que se encuentran en esa particular situación, pero en todo caso no deja de ser la regla especial o excepcional.

En suma, para que proceda un nombramiento provisional se debe tener en cuenta i) que no existan funcionarios de carrera diplomática y consular (artículo 60); ii) que si existen, estén en disponibilidad de ocupar el cargo vacante, es decir a) que ocupan cargos de menor jerarquía en el escalafón y no han culminado su periodo de alternación (artículo 37); y b) que a pesar de estar cumpliendo su período de alternación en el exterior, no hayan cumplido doce (12) meses de servicio en la sede respectiva (párrafo artículo 37).

En ese orden de ideas, la Sala deberá analizar si en el presente caso se observaron los presupuestos establecidos para realizar el nombramiento provisional del señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, en el cargo de

¹³ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente No. 2013-0227-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Expediente No. 25000-23-41-000-2015-00542-01

Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba y en consecuencia, si hay lugar o no a declarar la nulidad del Decreto 073 de 20 de enero de 2022.

3.4.4. Análisis del Caso Concreto

Para efectos de analizar el presente caso, se relacionan a continuación las pruebas obrantes en el proceso:

1. El señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ fue nombrado como Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba a través del Decreto 073 de 20 de enero de 2022. (PDF 0 Exp. Elect)
2. Relación de funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que para el 20 de enero de 2022 tenían la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores, el lugar donde desarrollan sus funciones y los periodos de alternación. (PDF 015 - 017 Exp. Elect)
3. Hoja de Vida del señor Darío Alberto Name Vásquez (PDF 09 Exp. Elect)
4. Informe de las fechas y actas de posesión o del Decreto de nombramiento de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que para el 20 de enero de 2022 tenían la categoría de Consejero de Relaciones Exteriores (PDF 17 Exp. Elec)

De conformidad con estas pruebas documentales, se observa que para el momento de la expedición del acto demandado - 20 de enero de 2022- no existían funcionarios de carrera inscritos en el escalafón de Consejero de Relaciones Exteriores que se encontraban desempeñando cargos inferiores a su escalafón y cumpliendo los periodos de alternación, pues tal y como lo informa la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores *“(...)para la categoría de Consejero no existen funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, que a la fecha estén ubicados en cargos por debajo de esa categoría.”* (PDF 15 Exp. Elec.)

Conforme lo anterior, procede la entidad a remitir el listado de funcionarios en el cargo de Consejeros de Relaciones Exteriores con el respectivo cargo que desempeñan, y su fecha de posesión, encontrándose todos en esa categoría y sin que se observe a ninguno por debajo de ese escalafón, así:

FUNCIONARIOS EN LA CATEGORÍA DE CONSEJEROS A 20 DE ENERO DE 2022						
	FUNCIONARIO	UBICACIÓN A 20-ENE-22	CARGO A 20-ENE-22	POSESIÓN	FRECUENCIA	ALTERNACIÓN
1	SANDRA YAZMIN ATUESTA BECERRA	G.I.T. VISAS E INMIGRACION	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	14-nov-18	7-ago-23	II SEM 2023
2	JORGE IVAN LOPEZ NARVAEZ	CONSULADO EN QUITO (ECUADOR)	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	15-ago-17	14-feb-22	I SEM 2022
3	SANTIAGO AVILA VENEGAS	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ITALIANA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	1-feb-21	31-ene-25	I SEM 2025
4	ALVARO DAVID RODRIGUEZ DE LA HOZ	MISION PERMANENTE DE COLOMBIA ANTE LA ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS - ONU CON SEDE EN NUEVA YORK - ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	9-abr-19	8-abr-23	I SEM 2023
5	ANGELA MARIA ESTRADA JIMENEZ	G.I.T. VISAS E INMIGRACION	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	5-feb-20	4-feb-23	I SEM 2023
6	GERMAN ANDRES CALDERON VELASQUEZ	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE AUSTRIA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	7-ene-19	6-ene-23	I SEM 2023
7	ELKIN ECHEVERRY GARCIA	CONSULADO EN WASHINGTON (ESTADOS UNIDOS)	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	5-oct-18	4-oct-22	II SEM 2022
8	ANDREA ACOSTA RODRIGUEZ	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE SUECIA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	1-oct-18	30-sep-22	II SEM 2022
9	DANIEL ANDRES CRUZ CARDENAS	CONSULADO EN SHANGAI (CHINA)	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	8-nov-18	7-nov-22	II SEM 2022
10	FRANCISCO JAVIER GUTIERREZ PLATA	MISION PERMANENTE DE COLOMBIA ANTE LA ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS - ONU CON SEDE EN NUEVA YORK - ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	20-mar-19	19-mar-23	I SEM 2023
11	ANA LAURA ACOSTA ORJUELA	CONSULADO EN SAO PAULO (BRASIL)	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	22-oct-20	21-oct-24	II SEM 2024
12	DIANA CAROLINA MOYA MANCIPE	CONSULADO EN CALGARY (CANADA)	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	1-dic-20	30-nov-24	II SEM 2024
13	LUISA FERNANDA RUEDA ROJAS	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE BELGICA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	31-ene-20	30-ene-24	I SEM 2024
14	CONSTANZA LUCIA SANCHEZ GOMEZ	CONSULADO EN MEXICO (MEXICO)	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	21-ene-19	20-ene-25	I SEM 2025
15	LINA MARIA OTALORA MUÑOZ	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	1-feb-21	31-ene-25	I SEM 2025
16	LUIS RICARDO FERNANDEZ RESTREPO	CONSULADO EN MEXICO (MEXICO)	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	8-feb-21	7-feb-25	I SEM 2025
17	ESTHER MARGARITA ARIAS CUENTAS	DIRECCION DEL TALENTO HUMANO	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	26-sep-16	15-mar-22	I SEM 2022
18	NICOLAS BOTERO VARON	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE AUSTRIA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	4-nov-20	3-nov-24	II SEM 2024
19	CARLOS FERNANDO MOLINA CESPEDES	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA SANTA SEDE	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	12-oct-20	11-oct-24	II SEM 2024
20	GUTILLERMO JOSE RAMIREZ PEREZ	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL ESTADO DE JAPON	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	17-jun-20	16-jun-24	I SEM 2024
21	ALEJANDRO TORRES PEÑA	G.I.T. CONSULTIVO	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	25-sep-17		II SEM 2021
22	MANUELA RIOS SERNA	G.I.T. ASUNTOS AMBIENTALES	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	29-sep-17		II SEM 2021
23	YUDY PAOLA GONZALEZ MORENO	G.I.T. ASUNTOS ECONOMICOS	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	7-feb-18		II SEM 2021
24	DIANA CATALINA DAVILA SUAREZ	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	1-mar-21	28-feb-25	I SEM 2025
25	MIGUEL DARIO CLAVIJO MCCORMICK	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE SUECIA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	6-ago-20	5-ago-24	II SEM 2024
26	LIBARDO OSPINA PINTO	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE SINGAPUR	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	1-sep-21	31-ago-25	II SEM 2025
27	ANA MARIA CRISTANCHO ROCHA	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE REPUBLICA FRANCESA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	18-mar-19	17-mar-23	I SEM 2023
28	MARIA FERNANDA FORERO RAMIREZ	MISION PERMANENTE DE COLOMBIA ANTE LA ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS - ONU CON SEDE EN GINEBRA - CONFEDERACION SUIZA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	2-feb-17	14-ago-22	II SEM 2022
29	JULIAN CAMILO SILVA SANCHEZ	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DEL REINO DE LOS PAISES BAJOS	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	22-jul-20	21-jul-24	II SEM 2024
30	FABIO AUGUSTO FORERO AGUDELO	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	4-jun-18	3-jun-22	I SEM 2022
31	JOSE CAMILO SANDOVAL ROJAS	EMBAJADA DE COLOMBIA ANTE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE FINLANDIA	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	1-feb-18	31-ene-22	I SEM 2022
32	RODRIGO AMAYA PIÑEROS	MISION PERMANENTE DE COLOMBIA ANTE LA ORGANIZACION DE NACIONES UNIDAS - ONU CON SEDE EN NUEVA YORK -	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	19-ene-21	18-ene-25	I SEM 2025
33	MARIA FERNANDA GRUESO LUGO	CONSULADO EN CANCUN	CONSEJERO DE RELACIONES EXTERI	16-may-17	15-ago-22	II SEM 2022

Por tanto, se evidencia que el primer presupuesto para descartar la provisionalidad, esto es que existieran funcionarios que ya habían culminado

su período de alternación, no se consolida, puesto que lo certificado por la entidad es que todos se encontraban desempeñando el cargo Consejeros de Relaciones Exteriores y no otros debajo de su escalafón.

Igualmente, no puede afirmarse que prospere el segundo presupuesto consistente en que existieran funcionarios que se encontraran en el *exterior* y que hubieren superado los doce (12) meses en la sede respectiva, al momento de efectuarse la provisión del señor DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, y en esa medida no existía nadie del escalafón que fuera susceptible de ser nombrado en otro cargo en el exterior de forma excepcional, en virtud de lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

En suma, se observa que no existían funcionarios de menor jerarquía en el escalafón y por ende i) no habían funcionarios que hubieran culminado su periodo de alternación (artículo 37); y b) al no encontrarse ninguno en el exterior, no puede afirmarse que hubieren cumplido doce (12) meses de servicio en la sede externa respectiva (parágrafo artículo 37).

En ese orden de ideas, como se indicó previamente, al ser la provisionalidad una excepción, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe optar por nombrar a alguno de los funcionarios que ya hayan superado esos doce meses retirándolos de forma excepcional de su periodo de alternación, no obstante, todos se encontraban prestando su servicio en el escalafón correspondiente, razón por la que no era posible acudir a estos funcionarios para realizar el nombramiento cuestionado, por cuanto la excepción se configura para la provisión cuando existan funcionarios por debajo de su categoría en la planta externa y no en la interna, precisamente porque como se anotó *ut supra* por la Corte Constitucional es para permitir o garantizar que permanezca conociendo de a la realidad del país y pueda ejercer mejor sus funciones en el exterior, y en esa medida se exige el periodo de alternación a sus funcionarios.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que dentro de las situaciones laborales administrativas, esto es aquellas modalidades que puede adoptar la relación laboral en efecto contempla la denominada comisión, concebida como el ejercicio temporal que hace un funcionario de las diligencias propias de su cargo en lugares diferentes de la sede habitual de su trabajo o atendiendo transitoriamente actividades distintas pero inherentes al empleo del que es titular.

Dentro de la comisión se contemplan varias clases como lo son de servicio, de estudios, para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción e incluso para atender invitaciones especiales de gobiernos extranjeros,

organismos internacionales o instituciones privadas¹⁵.

En el Régimen de Carrera Diplomática y Consular - Decreto Ley 274 de 2000- se estableció en el artículo 46 *ibídem* que la comisión es “... la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar **transitoriamente cargos o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones o en cumplimiento de las tareas propias de la categoría a la que pertenezca dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular.**”

Y dispone el artículo 47 del mismo cuerpo normativo que las clases de comisiones son i) de estudios, ii) para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, iii) situaciones especiales y iv) de servicio.

Concretamente frente a las comisiones especiales el mismo Estatuto señaló:

“Comisión para situaciones especiales.

ARTÍCULO 53. Procedencia y Fines. *Los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular podrán ser autorizados o designados para desempeñar Comisión para situaciones especiales, en los siguientes casos:*

*a. Para desempeñar en **Planta externa o en Planta interna** cargos de la Carrera Diplomática y Consular, correspondientes a categorías superiores o inferiores a aquella a la cual pertenezca el funcionario dentro del escalafón de la Carrera contenido en el Artículo 10 de este Decreto.*

b. Para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual pertenezca, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

(...)

PARÁGRAFO 1. *En el caso mencionado en el literal a. de este Artículo, si el funcionario es comisionado para desempeñar un cargo de superior categoría a la que le corresponde en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, tendrá derecho a que se le reconozca la diferencia que haya entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión, solamente durante el tiempo que desempeñe la comisión.*

Si fuere comisionado a un cargo de inferior categoría en el escalafón o en su equivalente en planta interna, tendrá derecho a conservar el nivel de asignación básica correspondiente a la categoría a la cual pertenezca. (...)”

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 12 de agosto de 2010, Exp. 0280-08. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez

De este modo, la *comisión* en el sector liderado por el Ministerio de Relaciones Exteriores consiste en que i) es una designación o autorización de carácter temporal o transitoria de un funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular; y ii) se da con la finalidad de desempeñar un cargo, realizar una actividad que puede ser directa e indirectamente relacionada con la misión y atribuciones de la entidad, o desempeñar responsabilidades diferentes a las habitualmente asignadas en el desarrollo de sus funciones o categoría dentro del escalafón al que pertenece.

Y por su parte la *comisión especial* se presenta para varias situaciones, siendo las invocadas por el demandante las consistentes en i) desempeñar en planta externa o en planta interna cargos de la Carrera Diplomática y Consular, correspondientes a categorías superiores o inferiores a aquella a la cual perteneciere el funcionario dentro del escalafón de la Carrera y ii) desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el artículo 37, literal b), de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

Es decir, que la comisión especial presupone que el funcionario de carrera se encuentra efectivamente en el cargo que su escalafón le asigna, y es por eso que la norma dispone que puede darse para cargos de superior o inferior jerarquía a la cual pertenece el funcionario o interrumpirse su alternación interna previo concepto favorable de la comisión de personal de la entidad, denotando esto, que es una excepción a la normal ejecución de actividades del personal de carrera y que es interrumpido temporalmente y con una finalidad exacta y precisa, de prestar en mejores condiciones el servicio por la experiencia, idoneidad del funcionario y su correspondencia con los aspectos misionales de la entidad que le permiten flexibilizar su planta para lograr los intereses generales y de la función administrativa, no como un botín para acomodar funcionarios que no tienen el cargo que corresponde a su escalafón o que gocen del solo beneplácito de las altas jerarquías en detrimento de la igualdad y el mérito.

Por tanto, si el demandante pretende salvaguardar el ordenamiento jurídico y consideraba que el nombramiento provisional cuestionado no debió realizarse por tener a su disposición la comisión especial, debió acreditar qué circunstancia excepcional ameritaba la provisión por vía de la comisión especial que en todo caso atañe a la entidad, y en ese sentido, estaría igualmente desconociendo todas aquellas disposiciones constitucionales y legales que alega, como quiera que la comisión especial i) no pretende reconocer el cargo de los funcionarios conforme el escalafón que desempeñan, pues incluso puede designarse en uno inferior; ii) es de carácter temporal o transitoria, por lo que no podría reconocerse tampoco como la

garantía de salvaguarda definitiva del Régimen de Carrera Diplomática y Consular que el demandante pretende; iii) es para la realización de una actividad específica o concreta y no como reconocimiento o respeto de su posición en el escalafón; iv) implicaría trasladar a un funcionario de forma transitoria a un cargo que puede ser superior o inferior, sin que esto garantice su razonada estabilidad en el cargo que representa y dejando una vacante que también debe suplir al entidad, por lo que si bien una forma también excepcionalísima de provisión de los cargos tendría que motivarse y cumplir con esas dos condiciones específicas I) el concepto favorable de la Comisión de Personal y II) las circunstancias especiales, pero no puede utilizarse como regla general para proveer estos cargos. Diferente es que, si se provee por una de esas circunstancias especiales, se pueda discutir la legalidad de tales nombramientos, que no ocurre en el presente caso.

Es así que, aceptar que la entidad demandada acuda a las figuras especiales de comisión especial establecidas en el artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 para garantizar que los funcionarios del Régimen de Carrera Diplomática y Consular se encuentren en el cargo y escalafón que representan, conllevaría a justificar que en otras ocasiones el Ministerio de Relaciones Exteriores haya comisionado a sus funcionarios de forma contraria a lo dispuesto en el párrafo del artículo 37, pues estando en periodo de alternación en la planta interna, y con fundamento en un concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, los traslada *anticipadamente* a la planta externa, cuando el párrafo dispone la excepción para el *exterior*, esto es, que si el funcionario se encuentra fuera del país pueda ser designado en otra sede externa al cumplir sólo con doce (12) meses como cumplimiento del principio de alternación, pero no modificar la estancia de alternación en planta interna para pasarlo a la planta externa, sin agotar los respectivos periodos.

Adicionalmente, a estas comisiones se les asigna la denominación de *especial* precisamente porque la regla general es que cada funcionario desempeñe su cargo conforme el escalafón al que pertenece tal y como lo ha venido reiterando la Sala.

En consecuencia, en el presente caso, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, toda vez que no se comprobó la existencia de funcionarios que ocuparan cargos de menor jerarquía en el escalafón acusado, y por supuesto, i) no existía ninguno que hubiera culminado su periodo de alternación (artículo 37); b) al no encontrarse funcionarios en el exterior de menor categoría, no puede afirmarse que hubieran cumplido doce (12) meses de servicio en la sede externa respectiva (párrafo artículo 37); y finalmente iii) no es dable acudir de manera regular a la figura de comisiones especiales (artículo 53, literales a y b), por cuanto sus características no permiten que sea el mecanismo que mejor garantiza la permanencia del cargo que ostenta el funcionario en el escalafón ya que

requiere de unas especiales circunstancias que la hacen procedente de manera excepcional y no como regla habitual, y por el contrario, perpetuaría e incluso desmejoraría a esos mismos funcionarios, contrariando así las disposiciones normativas invocadas por el demandante.

Por otra parte, frente a los cargos de *falsa motivación* y *expedición irregular por ausencia de motivación* presentados por el demandante con argumentos similares, debe precisarse que el primero de estos se predica cuando las razones o fundamentos fácticos y jurídicos que se invocan en el acto administrativo no corresponden con la realidad, que en términos de la jurisprudencia implica que ***“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica o jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos argüidos tomados como fuente por la Administración Pública”***¹⁶.

Así mismo, la motivación constituye un requisito¹⁷ de los actos administrativos y un deber del servidor público de explicitar las razones por las cuales adopta la decisión para que la misma no sea fruto de la arbitrariedad, el capricho o la mera liberalidad del funcionario que la profiere, que tiene un origen próximo en la noción de *Estado de Derecho* (Möhl, 1832) como estado de la razón, y por tanto de interdicción de la arbitrariedad que le es propio, que exige decisiones racionales y razonables, el ejercicio del poder sometido al derecho, a la razón (poder de la razón) y no a la razón del poder, así como en los principios de *debido proceso* (*due process of law*), publicidad, transparencia y democrático, recogidos en normas convencionales (Declaración Universal de los Derechos del hombre y del ciudadano, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, entre muchísimo otros), constitucionales (artículos 1,2,23,29,123, y 209) y legales (artículos 1,3,25,42,44,49,80,102 de la Ley 1437 de 2011), que daba ya cuenta en el siglo pasado, la Ley 79-587, del 11 de julio de 1979 para el caso francés poniendo fin a la teoría de la innecesariedad de la motivación¹⁸ y a la concepción del acto administrativo como mero ejercicio de autoridad; y ya de manera expresa en el artículo 35 del Decreto 01 de 1984 (CCA) en el caso colombiano hasta su actualización en el CPACA (artículos 1,3,25,42,44,49,80,102).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera; providencia del 23 de octubre de 2017, Exp. 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206); M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷ “La motivación es un requisito de validez”. Corte Constitucional, sentencia SU 250 de 1998.

¹⁸ MILKES, Iris. *Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales*. En Revista Digital de Derecho Administrativo N.º 21, primer semestre / 2019, pp 153-178. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5703/7099>

Como reseñó la Corte Constitucional, la motivación de los actos administrativos es *“una elaboración relativamente actual. En el antiguo régimen español no se exigía ni siquiera para las sentencias judiciales porque la motivación se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad (Novísima Recopilación, Libro XI, Título XVI, Ley VIII, que se proyecta en la Legislación Indiana). En el sistema Napoleónico imperial se consideraba innecesario motivar expresamente los actos administrativos. Esas posiciones llevaron al reconocimiento de la discrecionalidad para una buena cantidad de actos administrativos, (p. ej. en el caso de algunos nombramientos y retiros de funcionarios públicos). Pero, ante los abusos por la no exigencia de motivación, dice Gaston Jéze que el mismo “derecho público francés ha sido constantemente modificado, después del siglo XIX, incluyéndose restricciones y limitaciones cada vez más severas y estrictas”.*¹⁹ A su vez, en el derecho administrativo español, a finales del siglo pasado la motivación se consagró por primera vez en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo el 19 de octubre de 1889. Pero fueron tímidas exigencias”¹⁹. O el surgimiento paulatino en el *common law*, del deber de motivar como *duty of give reasons* que llevó a la introducción de normas que exigieran tal deber, pero *“no lo asumían como una simple exposición de razones, sino, por el contrario, se hacía mayor relevancia al deber de dar razones satisfactorias, pues esto resultaba ser “el sello de calidad de una buena administración”*²⁰

De manera que a la autoridad le corresponde no sólo decidir sino motivar su decisión, hacer expresos los motivos de hecho y de derecho que la sustentan en tanto al adoptar un acto administrativo definitivo el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011 exige una carga argumentativa para que tal acto sea acorde con el ordenamiento y los administrados puedan conocer las razones y ejercer sus derechos de contradicción e impugnación, ante la propia autoridad como ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al respecto, se tiene que, la Corte Constitucional, estableció:

“De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ MILKES, Iris. *Op.cit.*

principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados²¹. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Al reconstruir la línea jurisprudencial²² trazada por la Corte Constitucional sobre el deber de motivar, la sentencia fundadora, lo constituye la SU-250 de 1998 en la que señaló:

“...la falta de motivación de ese acto del Estado ...es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia..”

Luego en la sentencia C-371 de 1999 dispuso más ampliamente:

“...El deber de motivación de los actos administrativos guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional, entre los cuales se destacan los siguientes:

a.- Cláusula de Estado de Derecho.

En primer lugar, la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), que implica la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. La doctrina autorizada ha explicado que la motivación

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-753 del 30 de julio de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería, En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005: *“De igual manera, en sede de tutela, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de los funcionarios nombrados en provisionalidad, en el sentido de que el acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado, por cuanto `pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción´”*

²² En la jurisprudencia del Consejo de Estado, igualmente existen abundantes pronunciamientos sobre la motivación de los actos administrativos por lo menos desde 1975, que analizan la legalidad sobre la base del cargo de falsa y falta de motivación, y recientes que anclan también su existencia y exigibilidad en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de los principios de Estado de Derecho, debido proceso, publicidad, transparencia, como la sentencia de Nov. 27/17 radicado 76001233100020010346001 (35273), proferida por la Sección Tercera con ponencia del CP Santofimio Gamboa, o la sentencia del cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 110010325000201000064 00 (0685-2010), o la Sección Cuarta (Sentencia de 28 de febrero de 2008, expediente No. 15944), consideró lo siguiente en torno a este punto: *“(. . .) en tanto se limita a señalar el ejercicio de una facultad oficiosa y el cumplimiento de una función, pero en sí misma no contiene una fundamentación o explicación fáctica y probatoria referida al asunto en concreto, indicativa de los motivos de la decisión plasmada en la parte resolutive. // (. . .) la motivación es una exigencia del acto administrativo (. . .) reclamable (. . .) de todos los actos y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la emisión del acto, so pena de viciarlo de nulidad. por ausencia de uno de sus elementos esenciales(...)”...*

representa el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario.

Así, refiriéndose al caso español, cuyas consideraciones son plenamente aplicables al escenario colombiano, el profesor Tomás Ramón Fernández señala “La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Ss. de 30 de junio de 1982 y 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras. La motivación, por otra parte, es, como ha dicho la SC. de 17 de junio de 1981, “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos”, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en el Derecho (SC. De 11 de julio de 1983)”.

La Corte Constitucional también ha reconocido que la motivación de los actos tiene sustento en el concepto de Estado de Derecho que recoge la Constitución de 1991, “puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo”.

En la misma dirección, en la Sentencia C-371 de 1999, al analizar varias normas del Código Contencioso Administrativo esta Corporación declaró su exequibilidad condicionada, precisando que la regla general ha de ser la motivación de los actos “como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad”. Dijo entonces:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad”. (Resaltado fuera de texto).

En este punto es necesario reconocer que el propio Consejo de Estado ya había advertido, en vigencia de la Constitución de 1886, que “no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabaría con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad

reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición”.

b.- Debido proceso

En segundo lugar, la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso (art. 29 CP). En efecto, “si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada)”. En la Sentencia C-279 de 2007 la Corte explicó que la motivación “permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas”, de modo que en últimas se “asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso”.

Concordante con lo anterior, la Corte ha precisado que la fundamentación explícita “es necesaria a fin de que el afectado pueda controvertir las razones que llevaron al nominador a su desvinculación. Sólo de esta manera se le garantiza el debido proceso y se posibilita el acceso efectivo a la administración de justicia”.

c.- Principio democrático.

En tercer lugar, la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts 1º, 123, 209 CP), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas. Sobre el particular la Corte ha explicado que la motivación es “una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad. Art. 209 C.P. La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)]”.

En la misma dirección, desde la academia se ha puesto de presente que “al Estado democrático le es por ello de esencia un consenso reforzado, que sólo puede lograrse a partir de decisiones objetiva y racionalmente fundadas, capaces de resistir la prueba de la realidad y de confrontarse con otras de signo opuesto y no salir vencidas, al menos, de esta confrontación, lo que desde luego no puede lograrse cuando no se hacen explícitos los fundamentos de tales decisiones.

d.- Principio de publicidad

Finalmente, ligado a lo anterior, la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, expresamente reconocido en el artículo 209 Superior, como corolario del principio democrático y de la prevalencia del interés general.

En la Sentencia C-054 de 1996, donde la Corte declaró exequible la norma que

impone a las autoridades el deber de motivar la negativa al acceso a documentos públicos, precisó su importancia a la luz del principio de publicidad:

“El deber de motivar los actos administrativos no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”.

La publicidad que se refleja en la motivación constituye una “condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho”, pues es claro que la sociedad en general y el administrado en particular tienen derecho a estar informados no sólo de las decisiones adoptadas por los poderes públicos, sino a conocer con claridad las razones que le han servido de sustento. La publicidad del acto sin el conocimiento de los motivos en que se fundamenta en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo.

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.”

Posteriormente en la sentencia C-279 de 2007, la Corte recaba una vez más, en el deber de respetar el derecho al debido proceso, que implica el deber de motivar: *“...lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos...”*

En la providencia de unificación SU-917 de 2010 el tribunal constitucional concluyó:

“... El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su

decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente”

Y más adelante en sentencia T-204 de 2012 la Corte desarrolló es deber con una exigencia sustancial y no meramente formal:

“La necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia. Por el contrario, esta Corporación ha acudido al concepto de “razón suficiente” para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal”.

Así las cosas, al establecerse el deber de motivación de los actos administrativos, incluidos aquellos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad, se colige que este último no se ajusta a derecho, toda vez que, de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a la excepción para proveer el cargo de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es transitoria, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiéndose motivar, por ejemplo, arguyendo que el cargo será proveído a esa persona, por razones del servicio.

De este modo, se busca proteger las disposiciones constitucionales que amparan y promueven el mérito y los regímenes de carrera y en esa medida, es claro que la provisionalidad es una excepción de última *ratio*, es decir, que la entidad demandada no puede desconocer lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, pero tampoco puede abusar de las figuras especiales - comisiones- que igualmente desconozcan el escalafón y las condiciones propias del Régimen de Carrera Diplomática y Consular.

Sin embargo, en el presente caso, lo que se evidencia es que el Ministerio de Relaciones Exteriores si efectuó una motivación razonada y correspondiente a la realidad respecto del nombramiento en provisionalidad, indicando que *“de acuerdo con la certificación I-GDCDA-22-000141 del 06 de enero de 2022, expedida por la Directora de Talento Humano, revisado el escalafón de Carrera Diplomática y Consular y teniendo en cuenta los literales a) y b) del artículo 37, y el Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, no existen funcionarios de la planta global de la Carrera Diplomática y Consular que, a la fecha, estén ubicados en cargos por debajo de esa categoría.”*, razón por la que se observa que procedió a invocar las normas que le otorgan competencia para realizar los nombramientos provisionales,

al no encontrar personal disponible para su provisión, y además acudió a la respectiva certificación emitida por la entidad, argumentando el nombramiento al que acudía, conforme lo dispone el Decreto Ley 274 de 2000.

En suma, no se accederá a la pretensión de la demanda y en consecuencia, no se declarará la nulidad del Decreto 073 de 20 de enero de 2022, mediante el cual se nombra con carácter provisional a DARIO ALBERTO NAME VASQUEZ, en el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Cuba, como quiera que no se logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto y los cargos formulados no tienen vocación de prosperidad.

Finalmente, al tratarse de un medio de control de orden constitucional, en el que se ventila una controversia de interés público, no procede la condena en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "B"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes y al Ministerio Público de conformidad con lo señalado en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado
Firmado electrónicamente

CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN
Magistrado
Firmado electrónicamente

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

Nota: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que conforman la Sala de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011 y conserva plena validez, conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999.