

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB-SECCIÓN “A”

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

Expediente No.: 25000-2341-000-2022-01005-00
Acumulado
25000-2341-000-2022-01017-00
Demandante: ADRIANA MARCELA SÁNCHEZ YOPASÁ
Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Medio de Control: NULIDAD ELECTORAL

SISTEMA ORAL

ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia en la demanda promovida por la señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá, cuya pretensión era obtener la nulidad del Decreto No. 1233 del diecinueve (19) de julio de 2022, mediante el cual se nombró en provisionalidad a la señora María Juliana Sáenz Henao en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda formuló la siguiente pretensión:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del **Decreto 1233 de fecha 19 de julio de 2022** expedido por la Ministra de Relaciones Exteriores y se retire del servicio a la señora **MARÍA JULIANA SÁENZ HENAO**.

SEGUNDA: Que se comunique la sentencia a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores.”

1.2. HECHOS:

La anterior pretensión se fundamenta en los hechos relevantes, resumidos de la siguiente manera:

El diecinueve (19) de julio de 2022, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 1233 mediante el cual se decide designar en provisionalidad a la señora María Juliana Sáenz Henao en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América.

El cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América, es un cargo de carrera diplomática y consular y la señora María Juliana Sáenz Henao no pertenece a la carrera diplomática y consular.

De acuerdo con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, 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 No. 1233 del diecinueve (19) de julio de 2022, 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 reubicada la demandada, a un funcionario de carrera diplomática y consular.

El parágrafo 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, la lógica jurídica y el sentido común, exigen 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.

Que al momento del nombramiento existían funcionarios de carrera diplomática en las categorías de segundo y tercer secretario, que tiene derecho preferencia a ocupar el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, en virtud del principio de especialidad del servicio exterior y el derecho preferencia 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.

El Decreto Ley 274 de 2000 estableció las categorías de la carrera diplomática y consular, por lo que para llegar a la categoría de Segundo Secretario, los funcionarios de carrera debieron superar el riguroso concurso de méritos, el curso de formación diplomática, el año de periodo de prueba, las calificaciones anuales de desempeño laboral, los exámenes de ascenso cada cuatro (4) años y acumular cuatro (4) años de experiencia.

El Estatuto de Carrera Diplomática y Consular estableció alternativas para que funcionarios de esa carrera ocupen los cargos en las misiones diplomáticas y las oficinas consulares, sin tener que recurrir a la provisionalidad.

En observancia de los principios rectores de eficiencia y especialidad que gobiernan el referido estatuto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, antes de recurrir a la provisionalidad para proveer un cargo vacante o próximo a estarlo, debe asegurarse de que no existan funcionarios de carrera disponibles para ser nombrados en él, tal como lo exige el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

La misma norma, en sus artículos 37 a 40 y en su artículo 53, regula los eventos en que los funcionarios de carrera están disponibles para ocupar un cargo, sin que tal disponibilidad riña con el cumplimiento de sus periodos de alternación, pues un funcionario de carrera siempre estará cumpliendo los mismos, sea en el exterior o en planta interna, a menos que se encuentre en situaciones administrativas como las comisiones de estudio, entre otras.

En aplicación del Decreto 274 de 2000, si el cargo de Segundo Secretario se encontraba vacante, la administración debió haber priorizado el nombramiento del persona de carrera que se encontraba en las siguientes situaciones, antes de recurrir a la provisionalidad, al momento de proveer el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América, si es que este se encontraba vacante:

(i) Los Segundos Secretarios que a diecinueve (19) de julio de 2022, cumplían el tiempo de alternación para ser trasladados a prestar sus servicios en esa u otras sedes externad de la planta global del Ministerio,

(ii) Los Segundos Secretarios de carrera diplomática y consular que a diecinueve (19) de julio de 2022, se encontraban cumpliendo su alternación en las sedes internas de la planta global del Ministerio, pero podían ser designados para prestar sus servicios en el Consulado de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América, por aplicación de la excepción a los lapsos de alternación,

(iii) Los Segundos Secretarios de carrera diplomática y consular que a diecinueve (19) de julio de 2022, se encontraban comisionados en cargos inferiores a su escalafón,

(iv) Los funcionarios de carrera diplomática y consular escalafonados por encima o por debajo del rango de Segundo Secretario que podían ser comisionados para prestar sus servicios en dicho cargo y,

(v) Los funcionarios de carrera diplomática y consular que se encontraban cumpliendo su alternación en planta externa y que a diecinueve (19) de julio de 2022, llevaban más de doce (12) meses asignados a su respectiva sede.

De conformidad con lo indicado anteriormente, el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular y las normas generales de carrera administrativa, ofrecen diferentes alternativas para que funcionarios de carrera ocupen los cargos en las misiones diplomáticas y oficinas consulares.

Los nombramientos de los funcionarios de carrera diplomática y consular en el exterior son provistos en primera instancia, de acuerdo con los lapsos de la alternación previstos en el Decreto Ley 274 de 2000, sin embargo, el artículo 40 prevé las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación.

La administración cuenta entonces con otra facultad adicional a la alternación para proveer el cargo demandado con funcionarios de carrera determinado en el literal b) del artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000 y que, permitía designar en el cargo provisional demandado, a un funcionario de carrera diplomática y consular, pues dicha disposición prevé que los funcionarios pertenecientes a este régimen podrán ser autorizados o designados para desempeñar en el exterior el cargo dentro de la categoría del escalafón de la carrera diplomática y consular a la cual perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del territorio de la República de Colombia a la que se refiere el artículo 37, literal b) del Decreto 274 de 2000, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

En principio, los nombramientos de funcionarios de carrera diplomática y consular son dispuestos en cumplimiento de los lapsos de alternación, luego, existen excepciones a estos periodos para proveer los cargos de carrera, como las comisiones previas en el Estatuto.

Adicionalmente a estas alternativas, el artículo 3° numeral 2° y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, prevén la situación administrativa del encargo, como opción adicional. Esto es, mientras se surte el proceso para proveer empleos de carrera, se confiere a los empleados de carrera el derecho preferente a ser encargados en tales empleos. El encargo se encuentra reglamentado por los artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015.

Por otra parte, 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 Segundo Secretario que está cumpliendo funciones en el exterior, pero comisionado por debajo de ese grado.

Resalta que estos nombramientos en cargos de inferior jerarquía se hacen con el argumento que no hay cargos disponibles que correspondan a la jerarquía que tiene el funcionario dentro de la carrera. Al nombrar entonces en provisionalidad en la categoría de Segundo Secretario a personas que no hacen parte de la carrera diplomática y consular, se ocupan irregularmente las plazas a las que por derecho pueden aspirar los miembros de esta carrera, quienes tienen el derecho preferente de ser nombrados en su correspondiente categoría.

Con el propósito de identificar la cantidad de funcionario de la carrera diplomática y consular que se encontraban disponibles para ocupar el cargo de Segundo Secretario para el diecinueve (19) de julio de 2022, la señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá radicó derecho de petición al correo electrónico contactenos@cancilleria.gov.co a la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, no obstante, a la fecha de la presentación de la demanda, la solicitud no ha sido respondida.

Manifiesta que los cargos en los cuales están siendo nombrados los funcionarios en provisionalidad, ni siquiera han sido creados, por lo cual y conforme a esto, la demandante presentó derecho de petición a la entidad demandada.

La hoja de vida de la señora María Juliana Sáenz Henao según como aparece en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública indica que al momento de su nombramiento no contaba con experiencia alguna en el sector de relaciones exteriores, y en particular no acredita los conocimientos básicos que se exigen a un Segundo Secretario de Relaciones Exteriores según el Manual Específicos de Funciones y Competencias Laborales, no obstante lo anterior, no se cuenta con los soportes de dicha hoja de vida para poder determinar si los mismos cumplen con los requisitos exigidos por la Ley para ocupar el cargo.

La labor de un Consulado, como la que asumirá la señora María Juliana Sáenz Henao tiene como principales funciones entre otras, además de la asistencia a la comunidad Colombiana que reside en sus circunscripciones y el trabajo por la garantía de sus derechos, son las de coordinar los trámites relacionados con la expedición de pasaportes, documentos de viaje a los connacionales, visado o documentos adecuados a las persona que deseen viajar al país y otras gestiones consulares como los la coordinación de funciones notariales, el registro civil, la ejecución de exhortos dentro de la labor de cooperación judicial internacional y atención a las víctimas, todo lo cual necesita de la formación y el conocimiento que los da el curso de formación diplomática, los cursos de ascenso, las capacitaciones que se reciben a lo largo del desempeño de un funcionario de carrera y la experiencia que los miembros de carrera diplomática y consular han podido tener al prestar sus servicios en oficinas consulares del país o en las diferentes coordinaciones de la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano.

Indica que la norma busca privilegiar el conocimiento técnico que se requiere para el cabal cumplimiento de las labores consulares, por lo que son los funcionarios de carrera, los llamados a ocupar estos cargos, por haber adelantado el curso de formación y capacitación, exámenes de idoneidad y práctica laboral en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Aunque la carrera es la regla y la provisionalidad la excepción, las cifras dan cuenta de un uso extendido de esta última forma de proveer cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores pues, el porcentaje total de cargos de naturaleza de carrera diplomática y consular ocupados de manera provisional, incluidos los cargos de "Asesor" es del 42,03%.

A diecinueve (19) de julio de 2022, fecha del nombramiento de la señora María Juliana Sáenz Henao 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 en provisionalidad de Ana Piedad Jaramillo Restrepo, como Ministra Plenipotenciaria en París, el cual fue declarado nulo el veintitrés (23) de febrero de 2017, sentando una línea jurisprudencial que ha mantenido hasta la fecha.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas violadas y el concepto de la violación se encuentran sustentados en los cargos de nulidad que se describen en las consideraciones de esta decisión.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores manifestó que, la actividad del Ministerio de Relaciones Exteriores, atendiendo la naturaleza del servicio, los principios del Estado que se encuentran involucrados y los medios que son utilizados en la facultad nominadora, justifican que el acto administrativo fue expedido con el cumplimiento de los requisitos exigidos, cuya motivación fue expresa, esto es, que no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, puesto que, según la certificación I-GCDA-22-008244 del 19 de julio de 2022 de la Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de

Carreras Diplomática y Consular de la Dirección 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 -Segundo Secretario 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.

El cargo de ilegalidad no puede estar sustentado en la indebida interpretación de las normas que rigen la aplicación de la alternación en la carrera diplomática y consular -artículo 39 del decreto ley 274 de 2000- ni fundamentando en subjetivismos con relación a las reglas perentorias del Sistema de Carrera Diplomática y Consular, cuando en este caso, la designación se hizo amparada en la provisionalidad que faculta a la Administración -artículo 60 del decreto ley 274 de 2000-.

Los argumentos de la demandante, en donde invoca como normas infringidas disposiciones de contenido general, abstracto, impersonal, no pueden servir para estructurar un cargo de ilegalidad por violación de la Constitución Política y la ley e indicar que hubo una falsa motivación por desconocimiento de los principios de especialidad y de mérito de ingreso a la carrera diplomática, bajo la premisa que era viable designar a un funcionario por el hecho de estar inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular no solo en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores sino en las categorías de Tercer Secretario, sin tener en consideración el ascenso en el escalafón, pidiendo que la Administración desconozca sistemáticamente la situación administrativa de cada uno y en general el decreto ley 274 de 2000, respectivamente, como quiera que, por el contrario, está probado que, no se podían designar en este cargo.

Considera que las disposiciones que rigen de manera particular y concreta la Carrera Diplomática y Consular - decreto ley 274 de 2000- así como las consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, indican que el hecho de que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado existían funcionarios inscritos en el escalafón

en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, cumpliendo sus lapsos de alternación en la planta interna o externa, no era posible designarlos en este cargo.

Por lo tanto, la circunstancia de que exista un funcionario inscrito en el escalafón en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, por sí mismo, no hace ilegal el nombramiento en provisionalidad demandado, ni conlleva la anulación de éste, pues, la actuación está sometida íntegramente al bloque de legalidad -artículo 60 del decreto ley 274 de 2000.

De esta forma, cumpliendo con el principio de legalidad que orienta y gobierna a la administración pública, cuando se optó por efectuar el nombramiento en provisionalidad en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, como en muchas ocasiones debido a las necesidades del servicio e insuficiencia de funcionarios inscritos en el escalafón en esta categoría, fundamentada en la verificación previa por parte de la Dirección de Talento Humano que no era posible designar un funcionario de carrera, la motivación de este acto de nombramiento en provisionalidad estuvo expresa, con el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la provisión en salvaguarda del interés público y la designación está dirigida a atender los requerimientos del servicio de la dependencia en donde fue designada la persona nombrada en provisionalidad, de acuerdo con sus características propias, previa consulta de los planes y programas establecidos y las políticas públicas definidas, las cuales permiten la creación de un perfil como elemento de selección frente al cargo bajo estudio y que condujo a nombrar en provisionalidad a la señora María Juliana Sáenz Henao en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América.

La existencia, validez y eficacia del acto administrativo, está condicionada al cumplimiento de una serie de exigencias legales y si cumple con esas exigencias, debe ser tenido como legal, como sucede con el acto

administrativo en provisionalidad demandado, debido a que se nombró en provisionalidad a una persona que no estaba inscrita en el escalafón de la carrera diplomática y consular, en los términos que lo exige el artículo 60 del decreto –ley 274 de 2000 y en virtud a que no era posible designar a un funcionario inscrito en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cada nombramiento que efectúa el Ministerio de Relaciones Exteriores, además de cumplir 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, debe responder a una razón de interés público, según la cual la designación debe estar dirigida a atender de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia, de acuerdo con sus características propias, previa consulta de los planes y programas trazados para la entidad pública y las líneas estratégicas previamente definidas.

La posición jurisprudencial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo estableció 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 esos empleos puedan ser ocupados por personas que no pertenezcan a la carrera «cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos» de acuerdo con el artículo 60 del decreto ley 274 de 2000.

Cada decisión administrativa fundada en lo que conviene o perjudica al interés general es una decisión jurídica, es decir, una decisión cuya validez depende de su concordancia con el ordenamiento jurídico. Por eso una decisión administrativa, incluso cuando la ley la configura como «discrecional» no puede conllevar arbitrariedades, por cuanto debe ser jurídica y dotada de racionalidad, esto es, de conexidad entre el acto y su objeto.

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.

En el ordenamiento jurídico Colombiano la presunción de legalidad consiste en que todo acto administrativo se presume expedido de acuerdo con la Constitución Política, la Ley o el reglamento.

Entonces, el acto administrativo por principio general tiene a su favor el derecho y tanto la Constitución Política, la ley y los reglamentos se inclinan a favor de su presunción de legalidad que se extiende a todos los actos que componen la actuación administrativa.

De modo que, como el Ministerio cumplió con las exigencias legales para dictar el acto de nombramiento demandado, gozando éste de presunción de legalidad, es que no puede ser objeto de anulación por parte de la jurisdicción contenciosa.

Debido a la naturaleza del acto administrativo demandando, 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.

Conforme a los dos presupuestos del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la regla y medida de la discrecionalidad de una institución jurídica como la facultad nominadora es la razonabilidad, porque hace referencia a lo proporcionado e idóneo y al uso del poder dentro de límites justos y ponderados, sometidos al sistema jurídico, en este caso específico en el nombramiento de los agentes diplomáticos y consulares, que va en concordancia con la dirección de las relaciones internacionales.

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.

2.2. MARÍA JULIANA SÁENZ HENAO

La señora María Juliana Sáenz Henao no presentó contestación de la demanda.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Previo reparto, mediante providencia del seis (6) de septiembre de 2022, se admitió la demanda y se dispuso su notificación personal a la nombrada María Juliana Sáenz Henao, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa del Estado.

El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores presentó contestación de la demanda mediante correo electrónico remitido el día seis (6) de octubre de 2022 (Ver anexo 07 del expediente digital).

El Despacho del H. Magistrado Doctor Oscar Armando Dimaté Cárdenas dentro del medio de control de nulidad electoral con radicado No. 25000-2341-000-2022-01017-00, a través de auto del primero (1º) de noviembre de 2022, decretó la acumulación de procesos y ordenó fijar el respectivo aviso de conformidad con lo señalado en el artículo 282 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, por lo que una vez realizado el sorteo el día once (11) de noviembre de 2022, le correspondió al Despacho de la Magistrada Sustanciadora el conocimiento del presente medio de control de nulidad electoral.

3.1. Del auto de sentencia anticipada - Artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011 CPACA (Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021).

De conformidad con lo señalado en el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011 CPACA (Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021), el Despacho de la Magistrada Ponente mediante auto del dieciséis (16) de noviembre de 2022 (Ver anexo 15 del expediente digital), resolvió sobre las solicitudes probatorias, fijó el litigio y corrió traslado para alegar de conclusión en aplicación a los artículos 181, 182 A y 283 de la Ley 1437 de 2011 CPACA (Adicionada por la Ley 2080 de 2021).

3.2. Alegatos de Conclusión

Las partes presentaron en tiempo sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

3.2.1. DEMANDANTE RADICADO 25000-2341-000-2022-01005-00 (ADRIANA MARCELA SÁNCHEZ YOPASÁ): La señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá reiteró los argumentos expuestos en el curso de la demanda y solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda (Ver anexo 17 del expediente digital).

3.2.2. DEMANDANTE 25000-2341-000-2022-01017-00 (MILDRED TATIANA RAMOS SÁNCHEZ): La señora Mildred Tatiana Ramos Sánchez reiteró los argumentos expuestos en el curso de la demanda y solicitó se accedan a las pretensiones de la demanda (Ver anexo 18 *Ibíd.*).

3.2.3. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES: El apoderado judicial del Ministerio de Relaciones Exteriores reiteró los argumentos expuestos en el curso de la demanda y solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda (Ver anexo 16 *Ibíd.*).

3.2.4. MARÍA JULIANA SÁENZ HENAO: No presentó alegatos de conclusión.

3.3. Concepto del Ministerio Público:

La Agente Especial del Ministerio Público delegada ante el Despacho de la Magistrada Ponente no rindió concepto en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

En los términos del literal c) del numeral 6º del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 3356 de 2009¹ y, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 18 del Decreto 2288 de 1989, la Sala es competente para conocer en única instancia el presente medio de control de nulidad electoral.

2. Problema Jurídico

¹ DECRETO 3356 DE 2009. ARTÍCULO 2o. Adiciónese la nomenclatura de empleos de que trata el Decreto 2489 de 2006, así:
Nivel Profesional
(...)
Segundo Secretario de Relaciones Exteriores 2114 15.

Le corresponde a la Sala determinar si conforme a las causales de nulidad expuestas en la demanda, debe declararse nulo el Decreto No. 1233 del diecinueve (19) de julio de 2022, por medio del cual se nombró en provisionalidad a la señora María Juliana Sáenz Henao en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, código 2114, grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América.

Por lo anterior, procede la Sala a proferir la sentencia que en derecho corresponde, basado en el principio de la justicia rogada, estudiando los cargos formulados por la parte demandante, la contestación de la parte demandada y otorgándole el valor probatorio que corresponde a los medios de prueba presentados.

3. CARGOS DE LA DEMANDA

3.1. Adriana Marcela Sánchez Yopasá (25000-2341-000-2022-01005-00)

La parte demandante propuso como cargos de nulidad los siguientes:

A. INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR.

Sostiene que el acto administrativo demandado se expidió con infracción en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, ignorando el sistema de carrera.

La provisionalidad no es una condición para ingresar a los cargos de carrera, considerando que simplemente se prevé como una figura creada para cubrir en casos muy excepcionales, vacantes que no puedan ser provistas por funcionarios de carrera, cuando no hay regulación sobre la materia o cuando no hay concursos de méritos para ingresar al sistema de carrera.

Pero ese no es el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores dónde está regulada la carrera diplomática y consular y se realizan concursos de méritos,

públicos e ininterrumpidos desde hace 30 años. Por lo tanto, 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.

B. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, ARTÍCULO 60 DEL DECRETO LEY 274 DE 2000.

Manifestó que, el nombramiento de personas no inscritas en la carrera diplomática y consular en cargos que pertenecen a la mencionada carrera está condicionado a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes (C-292 de 2001), es decir, que el nombramiento se hace en provisionalidad porque no hay ningún funcionario inscrito y escalafonado en la carrera diplomática y consular que se encuentre en disponibilidad para ocupar el cargo cuya vacancia habrá de llenarse con el nombramiento provisional.

Sin embargo, el nombramiento demandado se realiza cuando existen no sólo varios Segundos Secretarios 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 sólo deben perdurar mientras no exista la disponibilidad del cargo que corresponde a la categoría del escalafón en la que se encuentra el funcionario (C-808 de 2001).

Los artículos 4 numeral 7º y 60 del Decreto 274 de 2000 fueron desconocidos con la expedición del Decreto demandado porque para la fecha del nombramiento de la señora María Juliana Sáenz Henao, sí existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de Segundo Secretario y en otros grados 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 del Decreto Ley 274 de 2000, también podían ser nombrados o comisionados en ese cargo.

Lo anterior teniendo en cuenta un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde no se considera que la alternancia tanto al interior del territorio como a los que sirven en el exterior, como una condición que deba cumplir el servidor público para poder considerarse como disponible para ocupar un cargo.

No obstante, aún si se evaluara como un requisito ineludible para ser designado en un cargo vacante, haber cumplido con el periodo de alternancia, también existían funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular escalafonados en el grado de Segundo Secretario que lo habían cumplido y tendrían derecho a ser nombrados en dicho cargo adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América.

Entonces, el uso de la provisionalidad establecida en el Estatuto del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular como medio excepcional para proveer cargos de carrera, está condicionado a que no exista personal de carrera diplomática disponible para ocupar el cargo, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado.

Pero según los hechos de la demanda, sí existía personal inscrito en la carrera diplomática y consular que estaba disponible para ocupar el cargo de Segundo Secretario, Código 2114, grado 15, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América y, de hecho, existían varias alternativas para proveer dicho cargo con personas pertenecientes a la carrera puesto que estaban disponibles, todas aquellas que se enmarcan en los casos señalados en la demanda.

C. DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, ARTÍCULO 3º NUMERAL 3º DE LA LEY 1437 DE 2011.

Argumenta que, el acto administrativo demandado se expide haciendo uso de una facultad no discrecional por lo que debe ser motivado tal como lo ha establecido el H. Consejo de Estado.

La correcta motivación del Decreto No. 1233 del diecinueve (19) de julio 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 de falsa motivación.

Que quién profirió el acto administrativo demandado debía demostrar al menos, que la condición que permite el nombramiento provisional se cumplía en el momento del expedir el Decreto. Como esto no era posible pues sí existía personal de carrera disponible, el nombramiento se torna ilegal pues además desconoce el principio de publicidad en el sentido expuesto por la jurisprudencia.

D. FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Manifestó que el acto administrativo demandado se motivó basado en la facultad que confiere al nominador el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, para proveer 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.

La demostración de que sí era posible designar en dichos cargos a funcionarios de carrera deja el acto incurso en la causal de nulidad por falsa motivación comoquiera que, existen funcionarios de carrera en el exterior que ascendieron a la categoría de Segundo Secretario que están comisionados por debajo de esa categoría de la carrera.

También hay funcionarios que estaban desde antes del nombramiento en cuestión, en situación de alternación, de conformidad con el artículo 37 del

Decreto Ley 274 de 2000. Además, prevé comisiones para situaciones especiales para los funcionarios de carrera que se encuentran en Bogotá (Planta interna) y sin estar dentro del lapso de alternación, pueden ocupar cargos en el exterior según las necesidades urgentes del servicio, como sería en el evento de una vacante como lo estaba el cargo demandado, o de una situación de provisionalidad, por ejemplo.

Finalmente sostiene que la provisionalidad solamente es viable cuando no es posible legalmente proveer los cargos vacantes con funcionarios de carrera. Por lo anterior, si la administración hubiera sido consecuente con estos hechos, no se habría producido tal decisión incurrida en ostensible nulidad.

3.2. Mildred Tatiana Ramos Sánchez (25000-2341-000-2022-01017-00)

La parte demandante propuso como cargo de nulidad el siguiente:

A. INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR.

Sostiene que la razón de ser de la República de Colombia, es decir un Estado Social de Derecho democrático, participativo y pluralista, fundado en la dignidad humana y la prevalencia del interés general. Y la participación, el pluralismo y el interés general no podrían materializarse de mejor manera en el servicio público, sino por la aplicación irrestricta del sistema de carrera, así como siento inclusivos al momento de nombrar funcionarios en provisionalidad cuando existe realmente la necesidad.

Primero, porque el ingreso laboral a la función pública se verifica cuando es democrático, participativo y abierto a toda la sociedad como sucede cuando hay convocatorias generales y continuas, lo que se observa en el caso de la Carrera Diplomática y Consular desde hace 30 años, constituyéndose en patrimonio democrático de los colombianos. Y, segundo, porque el interés general no podría ser otro que el ejercicio técnico y profesional en el desarrollo misional de la Cancillería colombiana y no el

improvisado que deja en riesgo los intereses del País y de los colombianos en el exterior.

El primer fin esencial del Estado que es servir a la comunidad, se cumple a cabalidad cuando el servicio público cuenta con personal técnico, preparado, con experiencia y diestro en el manejo de los asuntos que le competen. Caso contrario, el servicio a la comunidad pierde rigor, profesionalismo y conocimiento, por lo tanto, se debilita y arriesga la concreción de este mandato superior. Además, al primar y mantenerse la provisionalidad en el Ministerio de Relaciones Exteriores, se está menoscabando otro fin esencial del Estado que es garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución. Principios y derechos como: la igualdad, la prevalencia del interés general, el servicio a la comunidad, la pluralidad, la participación, la carrera administrativa, el trabajo en condiciones dignas y justas; principios que quedan en entredicho en la Cancillería colombiana por el uso abusivo de la provisionalidad.

La Carrera Diplomática y Consular se materializa cuando los funcionarios inscritos en esta tienen la oportunidad de representar y defender los intereses del país y de los nacionales en el exterior, y atendiendo a la igualdad de oportunidades excluyendo los favoritismos.

Ante vacancias o provisionalidad en los cargos diplomáticos o consulares de Colombia en el exterior, dada la importancia de su misión y considerando que es la única representación del Estado para la defensa y protección de los colombianos en el exterior, lo imperativo es designar en esos cargos a funcionarios de carrera.

La provisionalidad no es una condición para ingresar a los cargos de carrera, considerando que simplemente se prevé como una figura creada para cubrir en casos muy excepcionales, vacantes que no puedan ser provistas por funcionarios de carrera, cuando no hay regulación sobre la materia o cuando no hay concursos de méritos para ingresar al sistema de carrera. No

es el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores donde está regulada la Carrera Diplomática y Consular, se realizan concursos de méritos, públicos e ininterrumpidos desde hace más de 30 años, por lo cual hay suficiente personal de carrera disponible para ocupar el cargo demandado. Por lo tanto, no es justificada la aplicación de la provisionalidad en la entidad, en contravía del principio constitucional de carrera.

El 22 de febrero del 2000 se expidió el Decreto Ley 274 que reformó el Decreto Ley 10 de 1992, con el propósito de fortalecer la Carrera Diplomática y Consular de Colombia. Sin embargo, la Carrera continúa débil y relegada, con la provisionalidad como la regla general.

Paradójicamente, los Ministerios de Relaciones Exteriores de los países desarrollados son conscientes de la importancia de contar en sus plantas de personal con funcionarios profesionales de carrera en un 100%, dada su vital misión de defender los intereses de sus países y de sus nacionales en el exterior, dentro de políticas de Estado coherentes y a largo plazo. Por lo mismo, las Cancillerías se tornan altamente especializadas. Esto, sumado a la necesidad de tener memoria institucional y experiencia, lleva a las naciones modernas a contar con personal exclusivamente de carrera en su servicio exterior.

Manifiesta que en Colombia, el servicio exterior mantiene expuesto a toda clase de amenazas clientelistas originadas en una clase política que ha usado y abusado de los cargos en las embajadas y consulados, con propósitos politiqueros y amiguistas. Por ello, la diplomacia ha sufrido un fuerte rezago institucional ante prácticas nocivas imperantes, como el clientelismo, al cual ha servido el uso abusivo de figuras, como la provisionalidad, que desvirtúan la naturaleza de la Carrera, desconociéndola y languideciéndola, transfiriendo además enormes poderes a quienes manejan la nómina del Estado.

El acto cuestionado transgrede así mismo el principio de Igualdad en la función pública, que se define como la semejanza en el trato y oportunidades que debe ofrecer el Estado a sus administrados para acceder a cargos en las entidades públicas y la obligación que el mismo tiene de abstenerse en realizar exclusiones o discriminaciones injustificadas que vulneren el acceso a estos cargos para ciudadanos en condiciones desiguales.

Es evidente la obligación del Gobierno de realizar designaciones en su servicio exterior sin tratamientos diferenciados que configuren condiciones desiguales e injustificadas, siendo la única manera de hacer prevalecer este derecho sustancial y primario aplicar el ingreso a los cargos de carrera diplomática y consular bajo convocatoria pública, espacio democrático que se vulnera por el continuo y abusivo uso de la designación en provisionalidad, figura que se ha convertido en la regla general.

Por lo anterior, cuando se hacen nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular sin el cumplimiento de los requisitos legales, se menosprecia no sólo a los funcionarios de carrera sino al país en general, porque éste espera que habiendo concurso público se proceda de conformidad y no atendiendo a otros motivos, cualquiera que ellos sean. El interés público prevalece sobre cualquier otra cuestión de índole particular.

El uso y abuso de esta figura, desestimula a los empleados de carrera que para llegar a sus rangos superan diariamente un camino arduo y muy exigente aunado a la percepción en el país de que la Carrera Diplomática es únicamente para unos pocos y sobre todo dependiendo de los amiguismos y privilegios con los que se haya firmado en razón al elitismo lo que causa que en los concursos no se logre encontrar el talento requerido. Esta lamentable práctica de la provisionalidad mina el espíritu y potencial del personal de carrera al encontrarse con una situación de nombramientos que desconocen la razón de ser del sistema por el que ingresaron.

El acto demandado es contrario a los principios de Eficacia y Eficiencia: la eficacia y eficiencia en el servicio público sólo se logra cuando el funcionario, como lo ha determinado la jurisprudencia, es calificado, por lo cual está garantizado y probado su conocimiento y dominio de la labor o gestión que desarrolla o el servicio que presta.

Este conocimiento, dominio o destreza, no se encuentra cuando el funcionario es vinculado en provisionalidad, porque no ha superado un concurso de méritos para acceder a un curso de un año sobre estructura e historia de la Cancillería, asuntos diplomáticos, consulares, fronteras, soberanía, relaciones internacionales, derecho internacional, política exterior, protocolo, negociación internacional y demás áreas relacionadas con el servicio.

Desafortunadamente, en el Ministerio de Relaciones Exteriores existe una falta de gestión, de planificación, de voluntad y principalmente de transgresión a la Constitución Política y a la Ley que se refleja en la alta provisionalidad que debió ser minimizada después de 30 años continuos de concursos públicos para ingresar a este sistema de carrera para poder utilizar a conveniencia la figura de la provisionalidad y así beneficiar a los amigos, mientras el servicio diplomático palidece con los años a la espera de ser fortalecido con un mayor número de funcionarios de carrera que cuenten con el talento necesario para servir en los distintos cargos de manera permanente y acorde al mérito.

Si bien es cierto que el Decreto 274 de 2000, establece que el desplazamiento para la aplicación de la frecuencia de los lapsos de alternación será en enero, si se causa entre julio y diciembre, también es cierto que el mismo Decreto en el artículo 40, permite a la Comisión de Personal de Carrera Diplomática y Consular, calificar una situación como fuerza mayor, como causal de excepción al desplazamiento que se debe tener en cuenta para la frecuencia de los lapsos de alternación, sin embargo, la administración prefirió asignar recursos adicionales con el nombramiento de

una persona ajena a la carrera, que hacer uso de las figuras que tiene a su disposición, que si bien no es obligatorio si tenía la facultad de hacerlo, aunado a que si era la voluntad de la funcionaria haberse desplazado, y constituye un deber de la administración racionalizar los recursos públicos en virtud del principio de economía.

B. FALTA DE MOTIVACIÓN – VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD POR NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD SIN TOMAR EN CUENTA AL PERSONAL DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR.

El nombramiento de personas no inscritas en la Carrera Diplomática y Consular en cargos que pertenecen a la mencionada Carrera está condicionado a la imposibilidad de designar a funcionarios de carrera en dichos cargos, con sujeción a las leyes vigentes (Sentencia C-292 de 2001), es decir que el nombramiento se hace en provisionalidad porque no hay un funcionario inscrito y escalafonado en la Carrera Diplomática y Consular que se encuentre disponible para ocupar el cargo cuya vacancia habrá de llenarse con el nombramiento provisional.

Teniendo en cuenta que el acto demandado se motivó en la facultad que confiere el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 para proveer en provisionalidad cargos de carrera diplomática (una facultad que para operar exige como "*conditio sine qua non*" que no sea posible designar en dichos cargos a funcionarios de carrera), la demostración de que sí era posible designar en dicho cargo a un funcionario de carrera, haciendo uso de la excepción a la regla del desplazamiento y que si era posible que la hubieran designado en el cargo, pero no lo hicieron por falta de voluntad, lo que deja al acto acusado incurso en la causal de nulidad por haber sido expedido sin la motivación exigida.

Por lo anterior, si la administración hubiera fundamentado su decisión en estos hechos ciñéndose en su actuación al ordenamiento jurídico, brindando las garantías al empleo de carrera como prioritario teniendo en

cuenta el principio de economía, se habría modificado sustancialmente la decisión vertida en el acto acusado, así como ofrecer mayores garantías a la aplicación de los principios de igualdad laboral y no haber nombrado a una persona ajena a la carrera.

Aunque se presume que el artículo 60 del Decreto 274 de febrero 22 del 2000 fue expedido de buena fe y como una herramienta de utilidad aplicable a situaciones excepcionales cuando no fuera posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos, su propia consagración parte de que esta forma de provisión de cargos opera en casos excepcionalísimos. Por lo tanto, no se cuestiona ni se pretende desconocer esta herramienta útil de la administración pública, sino su uso cuando, como en este caso, no se cumple el fundamento de hecho y de derecho.

Por lo anterior, resulta injustificable que luego de veintitrés (23) años de vigencia del Decreto 274 de 2000, la figura de la provisionalidad que se estableció como mecanismo excepcional para proveer cargos de Carrera Diplomática y Consular, constituya la norma y no la excepción en el Ministerio de Relaciones Exteriores, desconociendo la manifiesta obligación de efectuar las correspondientes vinculaciones a través del sistema de carrera, reconocida por la Constitución Política, la Ley, los Organismos de Control, la jurisprudencia y la doctrina.

Esto hecho constituye una transgresión flagrante al ordenamiento jurídico colombiano por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y denota total displicencia y falta de gestión por parte de la entidad en cuanto al manejo de su recurso humano. Y es que no es aceptable desde ninguna perspectiva que en veintitrés (23) años no se hayan planificado y ejecutado medidas eficaces dirigidas a eliminar o al menos minimizar el uso de la provisionalidad, figura que a pesar de ser útil, cuando se convierte en una situación habitual como sucede en el lamentable caso de la Cancillería de Colombia, atenta ostensiblemente contra los valores esenciales de la República, la Democracia y la función pública.

El nombramiento que se hace mediante el acto acusado, desconoce derechos de la funcionaria inscrita en la Carrera Diplomática y Consular que está llamada a ocupar el cargo, la motivación debe incluir las razones por las cuales no podía recaer ese nombramiento en un funcionario inscrito en la carrera Diplomática y Consular y por qué sí en una persona que no hace parte de la misma, verificando además que la misma cumple con todos los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo y únicamente está a la espera del decreto.

4. Caso concreto.

ANÁLISIS DE LA SALA RESPECTO DE LOS CARGOS DE NULIDAD DE LA DEMANDA.

La Sala de la Sección Primera – Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sustentará la decisión que en derecho corresponda, conforme a las siguientes consideraciones:

i) Del Régimen de Carrera Administrativa y los Sistemas Específicos de Carrera.

La Constitución Política en su capítulo II regula lo concerniente a la función pública, es así como en el artículo 125 prevé que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, por lo que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ley, serán nombrados por concurso público, cuyo ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se deben hacer previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, y su retiro ocurrirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario o las demás causales previstas en la Constitución o la ley, sin que en ningún caso

la filiación de los ciudadanos pueda determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

En su artículo 130, la Norma Superior creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Con relación a la carrera administrativa, son también concordantes: i) el numeral 13 del artículo 189 Superior, que estableció que al señor Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, es a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley, determinando que en todo caso, al Gobierno le asiste la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes; y ii) en el artículo 209 que dispuso que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones, con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal².

Sobre el acceso al servicio público, la H. Corte Constitucional en sentencia C- 431 del 02 de junio de 2010, consideró:

“(…)”

El sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas -tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política-. De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalafonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y

² Consejo de Estado, Sentencia del 01 de marzo de 2012, Radicado N° 15001-23-31-000-2001-01612-01(0768-11), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

eficaz. De esta manera, es “precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución” .

Con todo, ha subrayado de igual forma la Corte que el derecho a la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es, en manera alguna, absoluto. La misma Constitución en el artículo 125 fija las causales en que procede el retiro en armonía con lo dispuesto en el artículo 58 superior que ordena conferir prevalencia al interés público sobre el interés particular. Ha insistido de otro lado en que “los principios generales que orientan la carrera administrativa son aplicables a todos los servidores públicos que desempeñan cargos de carrera administrativa en las distintas entidades y órganos del Estado, así como a los servidores públicos de las carreras especiales”.

3.3. La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró su jurisprudencia sobre el punto y recordó que “la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es un “un criterio fundamental ‘...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública’ .

3.4. Los objetivos que se busca lograr con la implementación del Régimen de Carrera Administrativa –ha insistido la Corte Constitucional–, resultan vulnerados cuando quiera que el ordenamiento jurídico que la regula “pierde de vista el **mérito** como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la **estabilidad** de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere”. (Énfasis en el texto original) En esa misma línea de pensamiento, ha destacado la Corte que: “la justificación de esa regla de acceso a la administración pública, encuentra su fundamento constitucional en los objetivos que persigue la función pública, que no son otros que los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 superior, así como en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley Fundamental. (...) “La carrera administrativa es entonces un instrumento eficaz para lograr la consecución de los fines del Estado, el cual requiere de una organización adecuada que le permita

*alcanzarlos, con un recurso humano que no sólo sea calificado sino que pueda desarrollar su función en el largo plazo, es decir, con vocación de perdurabilidad. Por esta razón, se erige como un sistema que armoniza los principios que rigen la función pública, consagrados principalmente en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 122 a 131 y 209 de la Carta, con la protección del derecho al trabajo” (...)*³

En criterio de la H. Corte Constitucional⁴ el Régimen de Carrera Administrativa funge como un postulado estructural de la función pública y un elemento definitorio de la Carta Política, cuyo criterio fundamental es el mérito, para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública.

Se reitera entonces, que el artículo 125 de la Constitución Política dispuso como regla general que los empleos estatales son de carrera, salvo aquellos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, por consiguiente, en principio, los cargos de los órganos y entidades del Estado deberán proveerse conforme a lo estipulado por la Ley 909 de 2004, mediante “(...) *la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, norma que define la Carrera Administrativa, como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público, cuyo ingreso y permanencia se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

El artículo 4º *ibídem*, define lo que es un “*Sistema Específico de Carrera*”, como aquel que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contiene regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal, el cual se encuentra consagrado en leyes diferentes a las que regulan la carrera administrativa general, y enlistando las entidades públicas que las

³ GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2010. Referencia: expediente D-7916.

⁴ *Ibíd.*

tienen entre ellas, las Superintendencias, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el DAS, y la U.E.A de la Aeronáutica Civil, haciendo parte de los sistemas específicos de carrera el concerniente a la Carrera Diplomática y Consular.

La H. Corte Constitucional ha puntualizado, que la creación de las Carreras específicas, obedece a la especificidad de labores que se pretende regular, pues si la selección del personal se hace con base en la carrera administrativa, no podría la entidad cumplir con las funciones especiales que le han sido asignadas, existiendo razones suficientes para que el legislador opte por la creación de un régimen especial, apartándose de la aplicación de la carrera administrativa, sin que ello las exima de la sujeción a los principios y reglas de la carrera administrativa general, teniendo en cuenta que:

“Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”⁵.

ii) Del Servicio Exterior y la Carrera Diplomática y Consular

El Decreto 274 de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”*, determina la naturaleza de este servicio público y establece que el servicio exterior es la actividad administrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de representar los intereses del Estado dentro o fuera de su territorio, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que ejercen funciones para el servicio exterior, dentro o fuera del país, y pertenezcan o no a la Carrera Diplomática y Consular.

⁵ CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C- 175 de 2006. Referencia: expediente D-5925.

Así, no interesa en qué territorio sean prestadas las funciones del servicio público, puesto que la actividad de servicio exterior se encuentra regida por los mismos principios y normas que regulan la función pública, y de allí que entre los diferentes empleos se hayan establecido equivalencias, que intentan proteger a empleados públicos y evitar que su situación sea desmejorada cuando el lugar donde desempeñan sus funciones cambia, mediante el amparo del trabajador y la prevención del deterioro de su situación laboral, tanto en términos del cargo que ocupa como en términos salariales⁶.

El referido Decreto regula entonces la carrera diplomática y consular, con una serie de particularidades que se derivan de su propia naturaleza, pues el servicio público de las personas que a ella pertenecen, es requerido dentro y fuera del territorio nacional, y por tanto se han rodeado de los varios beneficios que se corresponden con las cargas que deben soportar por traslados a que pueden verse expuestos, entre los que se encuentra un salario mayor cuando prestan sus servicios en el exterior⁷.

El artículo 4º del mencionado Decreto, señala los principios rectores de la Función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, y en su artículo 5º, establece la clasificación de los empleos en el Ministerio de Relaciones Exteriores, consistentes en: i) De libre nombramiento y remoción, ii) De Carrera Diplomática y Consular, y iii) De Carrera Administrativa.

Así, la *Carrera Diplomática y Consular* constituye un sistema específico, y una Carrera especial jerarquizada, que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, fundada en el mérito. Así, las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como el régimen de alternación, de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales, cuya administración y

⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Corte Constitucional, Sentencia C- 173 de 2004, Referencia: expedientes D-4725 y D-4735 (acumulados).

⁷ *Ibíd.*

vigilancia, por virtud del principio de Especialidad, están a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que el mismo Estatuto indica⁸.

Las categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, en orden ascendente, conforme al artículo 13 del Decreto 274 de 2000 son: a) Tercer Secretario, b) Segundo Secretario, c) Primer Secretario, d) Consejero, e) Ministro Consejero, f) Ministro Plenipotenciario, y g) Embajador.

La norma en su artículo 12 establece las equivalencias entre las categorías en el escalafón de carrera diplomática y cargos en planta interna, para efectos relacionados con la alternación, precisando que: a) los cargos equivalentes en planta interna que sean de libre nombramiento y remoción no pierden tal naturaleza, cuando por virtud de dicha alternación, estén ocupados por funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular, y b) en cuanto a la remuneración de los funcionarios de la Carrera, se mantiene el nivel de asignación que le corresponde en la categoría del escalafón, con excepción de la categoría de Embajador, en cuyo caso se toma la asignación básica correspondiente al cargo de Secretario General.

Las equivalencias están determinadas de la siguiente manera:

“CATEGORÍAS EN EL ESCALAFÓN CARGOS EQUIVALENTES EN LA PLANTA INTERNA DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA CONSULAR

<i>Embajador</i>	<i>Viceministro</i>
<i>Secretario General</i>	
<i>Directores</i>	
<i>Jefe de Oficina Asesora</i>	
<i>Asesor Grado 13 o superiores</i>	
<i>Subsecretarios</i>	
<i>Ministro Plenipotenciario</i>	<i>Ministro Plenipotenciario</i>
<i>Jefe de Oficina Asesora</i>	
<i>Asesor Grados 10,11 y 12</i>	
<i>Subsecretarios</i>	

⁸ Decreto 274 de 2000, art. 13.

<i>Ministro Consejero y Cónsul General</i> <i>Asesor Grados 7, 8 y 9</i>	<i>Ministro Consejero</i>
<i>Consejero</i> <i>Asesor Grado 6</i>	<i>Consejero</i>
<i>Primer Secretario y Cónsul de Primera</i> <i>Asesor Grados 4 y 5</i>	<i>Primer Secretario en Planta Interna</i>
<i>Segundo Secretario y Cónsul de Segunda</i> <i>Asesor Grados 2 y 3</i>	<i>Segundo Secretario en Planta Interna</i>
<i>Tercer Secretario y Vicecónsul</i> <i>Asesor Grado 1⁹.</i>	<i>Tercer Secretario en Planta Interna</i>

Por otra parte, como todo sistema de méritos, el ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hace por concurso, los cuales deben ser abiertos, y tienen por objeto establecer la aptitud e idoneidad de los aspirantes a la misma. El ingreso a la carrera sólo se puede realizar en la categoría de Tercer Secretario, y los ascensos están dirigidos a permitir que los funcionarios de la Carrera asciendan en el escalafón de la misma en función del mérito, la experiencia y la capacidad, en las condiciones señaladas en el Decreto 274 de 2000, procedente únicamente de categoría en categoría¹⁰.

El proceso de selección de aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular, se realiza mediante procedimientos que permiten la participación, en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para ingresar, a fin de garantizar el ingreso de personal idóneo a la misma, con base en el mérito, el cual comprende 6 etapas: 1) la convocatoria, 2) La inscripción para el concurso, 3) la aplicación de pruebas de ingreso a la Academia Diplomática, incluida la entrevista personal, 4) Conformación de la lista de elegibles de acuerdo con los resultados del concurso, 5) la evaluación y calificación del rendimiento en la Academia, y 6) el nombramiento en período de prueba¹¹.

⁹ *Ibíd.* art. 12.

¹⁰ *Ibíd.* art. 14.

¹¹ *Ibíd.* arts. 15 y 16.

El ascenso dentro de la Carrera Diplomática y Consular es la promoción a la categoría superior inmediatamente siguiente dentro de la estructura jerárquica o escalafón de ella, frente a lo cual el funcionario de la Carrera Diplomática y Consular podrá optar por este, o por permanecer en la categoría del escalafón en la cual se encontrare, en los términos previstos del referido Decreto¹².

Así mismo, para ascender de categoría, el funcionario de Carrera deberá reunir en cada categoría el siguiente tiempo:

- ✓ Tercer Secretario: Tres años, después de aprobado el período de prueba.
- ✓ Segundo Secretario: Cuatro años.
- ✓ Primer Secretario: Cuatro años.
- ✓ Consejero: Cuatro años.
- ✓ Ministro Consejero: Cuatro años.
- ✓ Ministro Plenipotenciario: Cinco años.

El tiempo de servicio en permanencia no es computable como tiempo de servicio para el ascenso a la categoría inmediatamente superior en el escalafón, excepto en los casos en que el ascenso se retrase por causas imputables a la administración, pues el tiempo excedente se computará como parte del tiempo de servicio en la categoría inmediatamente superior¹³, y para ascender en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, el funcionario escalafonado debe cumplir los siguientes requisitos¹⁴:

1. Solicitud del interesado dirigida a la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular y presentada en la Dirección del Talento Humano, en su calidad de Secretaría de dicha Comisión, solicitando el ascenso.

¹² Ibíd. art. 25.

¹³ Ibíd. art. 27.

¹⁴ Ibíd. art. 26.

2. Tiempo de servicio cumplido en cada categoría.
3. Aprobación del examen de idoneidad profesional dentro del año inmediatamente anterior a aquel en el cual se cumpla el tiempo de servicio a que hubiere lugar, previa realización del correspondiente curso de capacitación.
4. Calificación definitiva satisfactoria de la evaluación del desempeño vigente para el año calendario común inmediatamente anterior a aquel en el cual se produzca el ascenso, pues si la misma es insatisfactoria, no habrá lugar al ascenso hasta la siguiente calificación definitiva, siempre y cuando ésta fuere satisfactoria.

Las normas en cita, a su vez precisan casos que pueden darse en la prestación del servicio exterior por parte de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, como verdaderas situaciones administrativas especiales, disponiendo los siguientes:

iii) La provisionalidad (arts. 60 y 61):

Corresponde al caso cuando se designan en cargos de Carrera Diplomática y Consular, por virtud del principio de especialidad, a personas que no pertenezcan a ella, como quiera que, por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no es posible la designación de funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos, quienes podrán ser removidos en cualquier tiempo, vinculación que en ningún caso confiere derechos de carrera.

Para la vinculación se requiere la acreditación de los siguientes requisitos:

- Ser nacional Colombiano.

- Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento.
- Hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.
- El servicio en el exterior de un funcionario nombrado en provisionalidad no excederá de cuatro años.
- En lo pertinente aplicarán a los funcionarios en provisionalidad los beneficios laborales por traslado y las condiciones de seguridad social y de liquidación de pagos laborales.
- Cuando el funcionario en provisionalidad sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.

Igualmente, el estatuto de la Carrera Diplomática y Consular, prescribe las condiciones laborales especiales de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática¹⁵, las causales de retiro de los mismos¹⁶, los órganos de administración, coordinación, orientación y funcionamiento del sistema de carrera diplomática y Consular¹⁷, como también el régimen disciplinario¹⁸ y demás aspectos concernientes a su regulación¹⁹, constituyendo así una normativa especial que la distingue de la carrera general o de cualquier otra especial.

Caso concreto.

¹⁵ *Ibíd.* arts. 62 a 69.

¹⁶ *Ibíd.* art. 70.

¹⁷ *Ibíd.* arts. 71 a 78.

¹⁸ *Ibíd.* arts. 79 a 82.

¹⁹ *Ibíd.* arts. 83 a 95.

Descendiendo al caso concreto la Sala, de conformidad con la jurisprudencia y normatividad antes señalada procederá a estudiar los cargos de nulidad presentados por la parte demandante (Radicados 25000-2341-000-2022-01005-00 y 25000-2341-000-2022-01017-00) contra el acto administrativo de nombramiento contenido en el Decreto No. 1233 del diecinueve (19) de julio de 2022.

Respecto a los cargos de nulidad planteados por la parte demandante esta Corporación considera importante traer a colación lo establecido en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, que dispone:

“PROVISIONALIDAD

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

De conformidad con la norma antes citada se observa que, podrán designarse en cargos de carrera diplomática y consular a personas que no pertenezcan a ella, cuando no fuera posible designar funcionarios de carrera para proveer dichos cargos.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-292 de 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, sostuvo:

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

permitir tales nombramientos previendo una solución precisamente para ese tipo de situaciones.

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

“(…)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Tal como lo indicó el apartado jurisprudencial antes citado la Sala observa que, el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 no advierte contrariedad con norma alguna de la Constitución Política de Colombia (Artículo 125), ya que la determinación de los nombramientos en provisionalidad se liga a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes.

Descendiendo al caso concreto y teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, así como la naturaleza de la alternancia (Artículo 35), lapsos (Artículo 36), frecuencia (Artículo 37) y, la obligatoriedad (Artículo 38), procede esta Corporación a analizar si al momento de proferirse el Decreto No. 1233 del diecinueve (19) de julio de 2022 por medio del cual se designó a la señora María Juliana Sáenz Henao en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América, existía o no, personal en la categoría de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores en situación de ocupar el empleo actualmente desempeñado por el demandado.

Como el desempeño del cargo se realiza en el exterior, la vacante debe suplirse con funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles para prestar sus servicios en el exterior, es decir, aquellos que: **(i)** hayan cumplido con el tiempo de la alternancia en la planta interna (tres (3) años), y, **(ii)** que no hayan sido promovidos para prestar su servicio en el exterior.

En el expediente obran los siguientes medios probatorios que permiten inferir que, al momento de la expedición del acto administrativo demandado, no se contaba con personal de carrera disponible para desempeñar el empleo demandado:

(i) Certificación I-GCDA-22-008244 expedida por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Carreras Diplomática y Administrativa de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, donde señala:

*“Que, revisado el escalafón de Carrera Diplomática y Consular, y teniendo en cuenta los artículos 10, 13, 26 y 53 del Decreto-Ley 274 de 2000, se constata que, **para la categoría de Segundo Secretario 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.***

Que, revisado el registro de los lapsos de alternación para el primer semestre del año en curso, para la categoría de Segundo Secretario, se constató que a todos los funcionarios en dicha categoría les fue comunicado el acto administrativo de alternación para el primer semestre del año 2022, de acuerdo con lo establecido en los artículos 36, 37 y 39 del Decreto-Ley 274 de 2000.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

(ii) Oficio No. S-GCDA-22-022676 del trece (13) de septiembre de 2022, mediante el cual, la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, le suministró a la señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá respuesta a la petición presentada por la demandante, donde para el presente asunto es importante tener en cuenta, lo siguiente:

Que para el diecinueve (19) de julio de 2022, veinticuatro (24) funcionarios en periodo de prueba cumplieron los requisitos del artículo 23 del Decreto Ley 274 de 2000, por lo cual, fueron inscritos en el escalafón de la carrera diplomática y consular en la categoría de Tercer Secretario, y por lo tanto, cada uno de ellos se encontraban desempeñando el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores.

Frente al argumento esbozado por la demandante en los alegatos de conclusión en cuanto a que, al momento de la expedición del acto administrativo demandado existían funcionarios de carrera que pudieron haber sido nombrados en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, esta Corporación como en casos similares²⁰ al aquí estudiado sostiene que, la demostración del requisito de disponibilidad es una carga probatoria que recae sobre la parte demandante mediante el aporte del acto de posesión o de otro cualquier otro medio de prueba que permita establecer si el funcionario que debería ser llamado a ocupar el cargo ya había cumplido su periodo de alternancia en planta interna para ser designado en el exterior.

Por lo anterior, esta Corporación no encuentra plenamente demostrado que para la fecha en que se profirió el Decreto No. 1233 del diecinueve (19) de julio de 2022, existían funcionarios de carrera disponibles para ser designados en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América.

- De la comisión de los funcionarios de carrera diplomática y consular.

La señora Adriana Marcela Sánchez Yopasá argumentó que el Ministerio de Relaciones Exteriores no realizó las labores administrativas necesarias para proveer el cargo demandado, a través de la figura del encargo de los funcionarios de carrera diplomática y consular.

Al respecto, el artículo 53 del Decreto Ley 274 del veintidós (22) de febrero de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”*, sostiene:

²⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A”, M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano, Demandante: Mildred Tatiana Ramos Sánchez, Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores, Radicado No. 25000-23-41-000-2022-00178-00, sentencia de fecha: trece (13) de agosto de 2022.

Ibid, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, Demandante: Adriana Marcela Sánchez Yopasá, Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores, Radicado No. 25000-23-41-000-2022-00303-00, sentencia de fecha: ocho (8) de septiembre de 2022.

“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 perteneciere 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 perteneciere, sin cumplir la frecuencia del lapso de alternación dentro del Territorio de la República de Colombia a la que se refiere el art. 37, literal b., de este Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

c. Para desempeñar cargos en organismos internacionales.

d. Para atender llamados a consulta, cuando se tratara de Jefes de Misión Diplomática.

e. Para desempeñar funciones en calidad de Encargado de Negocios a. i. o Encargado de las Funciones de una Oficina Consular, siempre y cuando el funcionario esté desempeñándose en planta interna.

f. Para facilitar el desplazamiento con el fin de presentar los exámenes de idoneidad de que trata el Artículo 29 de este Decreto, caso en el cual no habrá lugar al pago de viáticos ni de pasajes.

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 perteneciere.

PARÁGRAFO 2. La Comisión Especial de que trata el literal e. de este Artículo, deberá autorizarse mediante decreto que indique su término, el cual será prorrogable; cuando proceda por vacancia absoluta, el salario del funcionario que la desempeñe será el correspondiente al del cargo objeto de la comisión.” (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la norma antes citada la Sala observa que, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular podrán ser

autorizados o designados para desempeñar comisión para situaciones especiales, en los casos establecidos en los literales a), b), c), d), e) y f) del artículo 53 *Ibídem*.

Tal y como ha sido el precedente judicial establecido por esta Corporación en casos análogos se colige que, la norma antes referida otorga una facultad a la administración que podrá ejercer de forma discrecional, al decidir si autoriza o designa a un funcionario perteneciente a la carrera diplomática y consular para desempeñar una comisión para situaciones especiales o no, toda vez que, el verbo “*podrá*” otorga una interpretación significativamente diferente (facultad discrecional) de si se hubiese redactado la norma con el verbo “*deberá*” cuya interpretación no le daría la oportunidad a la administración de escoger entre uno u otro, sino que por el contrario, le impondría la obligación de acudir directamente a la figura del encargo para situaciones especiales, escenario que no se presente en este asunto.

Por los anteriores argumentos la Sala considera que, no era obligación del Ministerio de Relaciones Exteriores acudir a la figura de la comisión para servicios especiales, para ocupar el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2114, Grado 15, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al Consulado General de Colombia en Nueva York, Estados Unidos de América, que viene desempeñando la señora María Juliana Sáenz Henao, en virtud de la designación realizada mediante el Decreto No. 1233 del diecinueve (19) de julio de 2022.

- De la aplicación de los artículos 3, 24 y 25 de la Ley 909 de 2004.

La Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, establece tres (3) sistemas de carrera a saber: (i) el general, (ii) el especial y, (iii) el específico; donde en su artículo 3º se señala el ámbito de aplicación de la referida Ley, así:

“ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

“(…)”

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

“(…)”

- Personal regido por la carrera diplomática y consular.

“(…)” (Subrayado fuera del texto original)

De conformidad con la norma antes citada se tiene que, la Ley 909 de 2004 se aplicará con carácter supletorio a los servidores públicos de las carreras especiales entre los que se encuentra, el personal regido por la carrera diplomática y consular.

Para dilucidar el presente asunto, debe tenerse en cuenta lo esbozado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-005 de 1996, donde se refirió al carácter de especialidad de las normas, y se indicó que el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 establece que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga el carácter general (criterio de especialidad de la norma).

De conformidad con lo anterior debe señalarse que, no hay lugar a dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, sino únicamente (excepcionalidad) como se indicó en su artículo 3º, cuando se presenten vacíos en la normatividad que en este caso para el Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra establecido en el Decreto Ley 274 de 2000.

En este orden de ideas, del análisis del Decreto Ley 274 de 2000 que rige la carrera diplomática y consular se establece que, no existe vacío normativo que justifique la aplicación de la Ley 909 de 2004, máxime cuando del análisis de los artículos 53 y 60 antes citados se observa la facultad del nominador para realizar nombramientos en provisionalidad para proveer la vacancia de los empleos de carrera o la facultad discrecional para decidir si envía en comisión para casos especiales a un funcionario de carrera.

Por lo anterior, y al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, la Sala como en casos similares, negará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: **NIÉGASE** las súplicas de la demanda presentada en el medio de control de nulidad electoral por las señoras Adriana Marcela Sánchez Yopasá y Mildred Tatiana Ramos Sánchez, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: **ARCHÍVESE**, previa ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha.²¹

(Firmado electrónicamente)
CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

²¹ *CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la plataforma electrónica SAMAI; en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.*