



# Sentencia 00671 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 25000-23-41-000-2017-00671-02

Demandante: MARIO ANDRÉS SANDOVAL ROJAS

Demandada: MILENA GÓMEZ KOPP - Nombramiento provisional como Ministro plenipotenciario ante la República de Turquía.

Asunto: Nulidad electoral - Sentencia de Segunda Instancia

Procede la Sala a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de nulidad electoral iniciado por el señor Mario Andrés Sandoval Rojas, contra el Decreto No. 590 del 5 de abril de 2017 mediante el cual se designó a la señora Milena Gómez Kopp como Ministra Plenipotenciaria Código 0074, grado 22 adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Turquía.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

1.1 El ciudadano Mario Andrés Sandoval Rojas en nombre propio, interpuso demanda de nulidad electoral (art. 139 del C.P.A.C.A.) contra el acto que designó de manera provisional a la señora Milena Gómez Kopp en el cargo de Ministra Plenipotenciaria, código 0074, grado 22 adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Turquía, contenido en el Decreto No. 590 del 5 de abril de 2017, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

### 2. Hechos

2.1 Manifestó que el 5 de abril de 2017, el Gobierno Nacional profirió el Decreto No. 590, por medio del cual nombró provisionalmente a la señora Milena Gómez Kopp en el cargo de Ministra Plenipotenciaria, código 0074, grado 22 adscrita a la embajada de Colombia en el territorio de la República de Turquía, empleo que se encuentra regulado en el Decreto No. 274 de 2000, que contiene la normatividad atinente a la carrera Diplomática y Consular, régimen del cual no hace parte la demandada.

2.2 Indicó que según el artículo 60 del Decreto Ley No. 274 de 2000, se podrá designar en cargos de carrera diplomática y consular a personas que no pertenezcan a ella, cuando no sea posible el nombramiento de quienes hacen parte de ésta para proveer dichos empleos.

2.3 Refirió que el estatuto que regula la carrera diplomática y consular estableció las comisiones o encargos, además de la figura de la alternancia, como medios para que las personas que pertenecen a la misma puedan ocupar cargos en las misiones diplomáticas de manera anticipada.

2.4 Comentó que para acceder al cargo de ministro plenipotenciario, los funcionarios de carrera debieron acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, el concurso de méritos, el curso de formación diplomática, el año de período de prueba, las calificaciones anuales de desempeño laboral y los exámenes de ascenso cada cuatro años.

2.5 Acotó que el gobierno según los artículos 35 al 39 del Decreto Ley No. 274 de 2000, está en la obligación de llevar un registro de los funcionarios que son alternados cada semestre y gestionar su desplazamiento al lugar donde cumplirían sus funciones, esto con el fin de ascender preferentemente a los funcionarios de carrera que cumplen con los requisitos.

2.6 Reseñó que el literal b) del artículo 53 del Decreto Ley No. 274 de 2000 estableció que los funcionarios de carrera podrán ser autorizados o designados para desempeñar en el exterior el cargo dentro del escalafón que tengan en la carrera diplomática o consular, *“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., del propio Decreto 274 de ese Estatuto, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular”*.

2.7 Precisó que con la expedición del acto demandado se está asignando una vacante de forma irregular, toda vez que a ese instante había miembros de la carrera diplomática y consular ejerciendo empleos de inferior jerarquía a la que pertenecen, pudiendo ser nombrados de manera provisional al poseer preferencia sobre cualquier otra persona que no pertenezca a la misma.

2.8 Aunado a lo anterior, manifestó que la hoja de vida de la señora Milena Gómez Kopp no ha sido publicada por el Departamento Administrativo de la Función Pública para efectos de determinar si cumple con los requisitos del empleo de Ministro Plenipotenciario código 0074, grado 22.

2.9 Por último, comentó que el Consejo de Estado ha tenido múltiples pronunciamientos en los cuales se ha decretado la nulidad de los actos de nombramiento en casos similares.

### 3. Señalamiento de las normas violadas y concepto de la violación

3.1 Señaló el demandante, que el acto enjuiciado está incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, concretamente por contrariar:

3.1.1 La Constitución Política: artículos 125 dado que se desconoce el sistema de carrera y, 209 por cuanto los regímenes de ingreso a los cargos públicos constituyen un desarrollo de la función pública.

3.1.2 El Decreto Ley 274 de 2000: artículo 60, pues el nombramiento provisional se expidió con desconocimiento del principio de especialidad.

3.1.3 La Ley 1437 de 2011: artículo 3.3, toda vez que el acto demandado no fue motivado debiendo serlo citando apartes de la sentencia con radicado No. 11001-03-28-000-2009-00043-00 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

3.2 De igual forma, adujo que el acto acusado se encuentra viciado de falsa motivación toda vez que se fundamenta en el artículo 60 ídem que regula la posibilidad de proveer las vacantes en provisionalidad; sin embargo, en este caso no se tuvo en cuenta que dicho precepto normativo condiciona tal facultad a la imposibilidad de designar en el cargo vacante a funcionarios inscritos en carrera administrativa.

#### 4. Actuaciones procesales

##### 4.1 Inadmisión de la demanda

Mediante auto de 5 de mayo de 2017<sup>1</sup>, la Magistrada Ponente inadmitió la demanda, indicando que el demandante debía corregir el libelo genitor por cuanto también debía dirigir su demanda contra la autoridad que elaboró el acto controvertido.

##### 4.2 Admisión de la demanda

El 12 del mismo mes y año<sup>2</sup> el demandante subsanó la demanda procediendo la Magistrada Sustanciadora de primera instancia a su admisión el 18 de mayo de la presente anualidad<sup>3</sup>.

##### 4.3 Contestación de la demanda

###### 4.3.1 Ministerio de Relaciones Exteriores

4.3.1.1 El 5 de julio de 2017<sup>4</sup>, a través de apoderado judicial el Ministerio de Relaciones Exteriores contestó la demanda proponiendo las excepciones previas de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y falta de legitimación en la causa por activa.

4.3.1.2 Frente a la primera de ellas sostuvo que la naturaleza de la nulidad electoral corresponde a un contencioso objetivo de legalidad, en donde el juicio que se hace surge de la confrontación del acto de nombramiento demandado con el ordenamiento jurídico.

4.3.1.3 En este caso en concreto, el apoderado de la entidad demandada aseveró que surge como necesario acudir a la teoría de los móviles y finalidades<sup>5</sup>, dado que la contradicción planteada en contra el acto de nombramiento busca proteger un derecho subjetivo bajo la titularidad de un tercero. Lo anterior por cuanto, si bien es cierto el demandante no reclama directamente un restablecimiento del derecho o la declaración de las pretensiones en favor de una persona en particular, lo cierto es que para éste la legalidad del acto de nombramiento radica en que se efectúe en una de las personas a que hace referencia en su escrito de demanda.

4.3.1.4 En ese orden adujo que la presente demanda no debe tramitarse bajo el medio de control de nulidad electoral sino a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, dado que lo que se enjuicia no son irregularidades que recaen de forma directa en el acto demandado, sino una contradicción de una situación particular y concreta de las personas que están inscritas en el escalafón de carrera diplomática y consular.

4.3.1.5 En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa señaló que: *“En concordancia con lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta que las peticiones de la demanda sólo podían debatirse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no mediante la nulidad electoral instaurada de manera errónea, el demandante carece de legitimación en la causa por activa para*

*demandar la nulidad del nombramiento en provisionalidad...".*

#### 4.3.2 Milena Gómez Kopp –demandada-

El 24 de julio de 2017<sup>6</sup> la señora Gómez Kopp contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y propuso las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control y como consecuencia de ello, la falta de legitimación en la causa por activa bajo supuestos similares a los esbozados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su escrito de contestación.

#### 4.4 Audiencia Inicial<sup>7</sup>

4.4.1 En la audiencia inicial<sup>8</sup> celebrada el 8 de septiembre de 2017 la Magistrada conductora del proceso en primera instancia, estableció que no se encontró causal que invalidara lo actuado en el proceso, resolvió las excepciones previas o mixtas propuestas, fijó el litigio y dispuso sobre el decreto de pruebas.

4.4.2 Respecto de las excepciones de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y de falta de legitimación por activa - propuestas por el Ministerio de Relaciones Exteriores- y la excepción de ejercicio indebido de la acción -presentada por la demandada Milena Gómez Kopp-, el despacho las encontró no probadas. Contra esta determinación el Ministerio de Relaciones Exteriores, presentó recurso de apelación formulando los mismos argumentos propuestos en el escrito de excepciones.

4.4.3 El litigio se centró en determinar "*la legalidad del Decreto No. 590 del 5 de abril de 2017, atinente al nombramiento en provisionalidad de Milena Gómez Kopp, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado 22, adscrito a la Embajada de Colombia en el Gobierno de la República de Turquía*".

4.4.4 Para finalizar, la Magistrada ponente decretó pruebas y concedió el recurso de apelación presentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra la decisión de no declarar las excepciones previas y ordenó remitir el legajo al Consejo de Estado para su decisión.

#### 4.5 Decisión del recurso de apelación por el Consejo de Estado

Por auto de 4 de julio de 2017<sup>9</sup> la Sala Electoral ad-quem confirmó la decisión apelada en razón a que el actor se encontraba legitimado para presentar la demanda pues del presente medio de control no se deriva restablecimiento del derecho que configure la ineptitud de la misma.

#### 4.6 Audiencia de Pruebas

4.6.1 En la audiencia de pruebas celebrada el 3 de noviembre de 2017<sup>10</sup> se reconoció personería al apoderado de la demandada, se incorporaron las pruebas decretadas en la audiencia inicial y se solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores la verificación de los documentos allegados en aras de *corroborar* que estuvieran completos y legibles.

4.6.2 Concluyó, que una vez cumplidos los traslados a las partes de las pruebas incorporadas, se diera inicio al término para alegar de conclusión.

#### 4.7 Alegatos de Conclusión

4.7.1 En esta etapa procesal el apoderado de la señora Milena Gómez Kopp, descorrió el término para alegar mediante memorial de 4 de diciembre de 2017<sup>11</sup>, en el que expuso que el demandante no realizó imputaciones específicas que fundamentan los cargos de ilegalidad, además que el acto demandado no se encuentra viciado de nulidad pues fue expedido con competencia y respetando las disposiciones propias del régimen de carrera diplomática y consular, sin que se haya acreditado que existieran funcionarios de carrera disponibles para ser nombrados en su lugar.

4.7.2 En escrito fechado el 5 de diciembre de 2017<sup>12</sup> el demandante insistió que a la fecha de nombramiento provisional de la señora Gómez Kopp existían funcionarios de carrera diplomática y consular nombrados en cargos de inferior jerarquía y que cumplían con el requisito de alternancia, circunstancia que torna en irregular el nombramiento de la demandada.

4.7.3 Por otra parte, la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores allegó memorial de fecha 5 de diciembre de 2017<sup>13</sup> en el que insistió en la legalidad del acto acusado, en razón a que el nombramiento provisional se realizó conforme a las normas que regulan la carrera diplomática y consular. Expuso que la demanda desconoce la facultad del presidente para nombrar los agentes diplomáticos, además de que los medios probatorios que reposan en el proceso determinan la imposibilidad de designar funcionarios de carrera en el cargo en el que se nombró a la demandada.

#### 4.8 Concepto del Ministerio Público

4.8.1 El agente del Ministerio Público en escrito radicado el 30 de noviembre de 2017<sup>14</sup> ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó acceder a las pretensiones de la demanda al considerar que el nombramiento de la demandada no se surtió con las formalidades legales, pues se demostró que existían funcionarios inscritos en el escalafón de carrera disponibles para ser nombrados, circunstancia que conlleva a que se encuentren acreditados los vicios de nulidad invocados en el líbello introductorio y por tanto las pretensiones planteadas por el accionante tienen vocación de prosperidad.

#### 4.9 Sentencia de primera instancia

4.9.1 Mediante sentencia de 8 de marzo de 2018<sup>15</sup> proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se decidió negar la solicitud de terminación del proceso por carencia actual de objeto al considerar que el argumento del Ministerio no puede tener vocación de prosperidad, pues el hecho de que a la fecha de proferir sentencia todos los funcionarios de carrera hayan sido nombrados en los cargos de Ministros Plenipotenciarios no inhibe la facultad de resolver de fondo el asunto de la controversia. Explica que esta figura es procedente cuanto el acto demandado a pesar de haber nacido a la vida jurídica no surtió efectos, circunstancia que difiere de haber realizado ajustes en la planta de personal con posterioridad al nombramiento provisional.

4.9.2 Por otra parte, accedió a las pretensiones de la demanda decretando la nulidad del Decreto No. 590 del 5 de abril de 2017, por el cual se nombró provisionalmente a la señora Milena Gómez Kopp en el cargo de Ministro Plenipotenciario, Código No. 0074, grado 22 adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Turquía.

4.9.3 Para arribar a tal decisión esa Corporación argumentó: *"... para la fecha de expedición del Decreto No. 590 del 5 de abril de 2017, acto administrativo demandado mediante el cual se nombró a la señora Milena Gómez Kopp en el cargo de Ministro Plenipotenciario código 0074, grado 22, en la planta global del Ministerio de relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la Republica de Turquía, los señores Edith Andrade Páez, Víctor Hugo Echeverri Jaramillo y Beatriz Helena Calvo Villegas, se encontraban disponibles para ser nombrados en tal cargo, como quiera que al momento de expedición del Decreto demandado, estas personas se encontraban escalafonadas como Ministros Plenipotenciarios, y ya habían cumplido un período mayor a los 12 meses de estancia en su despacho de destino en los cargos en los que fueron comisionados..."*

#### 4.10 Recursos de apelación

4.10.1 De Milena Gómez Kopp como demandada

4.10.1.1 Por memorial radicado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de marzo de 2018<sup>16</sup>, la demandada mediante apoderado presentó recurso de apelación argumentando que:

4.10.1.1.1 Con la expedición del Decreto 2200 de 26 de diciembre de 2017 desapareció del ordenamiento jurídico la violación que fundamentó la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento de la demandada, por lo que se debe decretar la cesación del procedimiento y dar por terminada la actuación judicial. Expone que la cesación de procedimiento es una figura aplicada por la Sección Quinta del Consejo de Estado cuando se demuestra que con posterioridad al inicio de la actuación la administración realizó una acción positiva que dio cumplimiento a la ley y puso fin a la vulneración de la demanda.

4.10.1.1.2 Insistió que no es cierto que los señores Víctor Hugo Echeverry, Edith Andrade Páez y Beatriz Helena Calvo se encuentren ejerciendo un cargo inferior en el escalafón, pues el señor Echeverry se encuentra nombrado como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Malasia desde el 11 de febrero de 2015; la señora Edith Páez fue nombrada Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria en Bolivia, desde el 16 de octubre de 2014 y la señora Beatriz Helena Calvo fue posesionada como Ministra Plenipotenciaria en Italia.

4.10.1.2 Para acreditar lo anterior solicita se decreten unas pruebas y con base en ellas y estos argumentos se revoque la sentencia de primera instancia.

#### 4.10.2 Ministerio de Relaciones Exteriores

4.10.2.1 El 20 de marzo de 2018<sup>17</sup>, el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, presentó escrito sustentando su oposición a la sentencia de primera instancia planteando los siguientes argumentos:

4.10.2.1.1 La sentencia del 8 de marzo de 2018 desconoce la facultad del Presidente de la República para nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, prevista en el artículo 189.2 de la Constitución de Colombia.

4.10.2.1.2 El Ministerio observó el principio de especialidad contenido en los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000 sobre la provisionalidad.

4.10.2.1.3 Se aplicó indebidamente el párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 que prevé el límite temporal para el traslado anticipado.

4.10.2.1.4 No se probó que los funcionarios que estaban alternando en el exterior por más de 12 meses estaban incurso en circunstancias excepcionales para eximirlos de cumplir el lapso de alternación previsto en el artículo 40 del Decreto 274 de 2000.

4.10.2.1.5 Se incurrió en un grave yerro en el análisis probatorio, por cuanto no existían funcionarios de carrera disponibles para el 5 de abril de 2017.

#### 4.11 Alegatos de conclusión de segunda instancia presentados por Ministerio de Relaciones Exteriores

4.11.1 Remitidas las comunicaciones del caso intervino la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su apoderado, quien mediante memorial allegado a la secretaría de esta Corporación el 30 de julio de 2018<sup>18</sup> reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insistió en la legalidad de la actuación del ministerio al limitarse a dar aplicación a las normas relativas a la carrera diplomática y consular. Concluyó afirmando que a la fecha del nombramiento provisional no existían funcionarios de carrera disponibles para ser nombrados pues se encontraban desempeñando cargos superiores o iguales en los que se encontraban escalafonados.

#### 4.12 Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

4.12.1 El 8 de agosto de 2018<sup>19</sup> la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado para alegar

de conclusión, solicitó que se confirme la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

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

4.12.3 Concluyó que confrontando la fecha del decreto de designación y la situación de los señores Edith Andrade Páez, Víctor Hugo Echeverry Jaramillo y Beatriz Helena Calvo Villegas, éstos funcionarios se encontraban en capacidad para ser nombrados en el cargo de ministro plenipotenciario, por lo que al 5 de abril de 2017 ya habían cumplido el período de alternancia y estaban desempeñando un cargo inferior al que quedó vacante.

#### 4.13 Solicitud de pruebas presentada en el término para alegar de conclusión en segunda instancia

4.13.1 Surtido el correspondiente traslado para alegar, mediante escrito del 24 de julio de 2018<sup>20</sup>, el apoderado de la demandada presentó escrito solicitando el decreto y práctica de pruebas documentales en la segunda instancia, de la siguiente manera:

*“Primera: Que sea tenida como prueba la documental que obra a los folios 421 a 432, correspondiente al Decreto 2200 del 26 de diciembre de 2017. Prueba que corresponde a un hecho acaecido con posterioridad a la culminación de todas las etapas probatorias en primera instancia.*

*Segunda: Que se oficie a la Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Carrera Diplomática y Administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores para que certifique el cargo actual en el que se encuentran Edith Andrade Páez, Víctor Hugo Echeverri Jaramillo y Beatriz Calvo Villegas (...).”* (Sic a lo transcrito).

4.13.2 La Magistrada Ponente por auto del 30 de agosto de 2018<sup>21</sup>, decidió negar el decreto de las pruebas solicitadas al considerar que estas son inconducentes pues en nada ayudan a establecer la legalidad del acto controvertido.

4.13.2 Contra esta decisión se interpuso recurso de súplica, mediante memorial del 11 de septiembre de 2018<sup>22</sup>, el cual fue desatado por esta Sala de Decisión en auto del 27 de ese mismo mes y año<sup>23</sup> en la que se confirmó la providencia impugnada.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores y la señora Milena Gómez Kopp contra el fallo del 8 de marzo de 2018 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, está fijada en los artículos 150 y 152.9 de la Ley 1437 de 2011; al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

Lo anterior por cuanto en el presente caso se controvierte el nombramiento provisional de la señora Milena Gómez Kopp como Ministra Plenipotenciaria adscrita a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Turquía, código 074 Grado 22 empleo perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular del servicio exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores en el nivel directivo, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 3356 de 2009, y en tal razón le es aplicable la regla de competencia prevista en el artículo 152.9 ídem, esto es, la nulidad de actos de nombramientos de los empleados públicos del nivel directivo efectuado por autoridades del orden nacional, proceso de competencia de los tribunales administrativos de primera instancia y de conocimiento del Consejo de Estado en segunda instancia.

## 2. Problema jurídico

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

Para resolver las razones de inconformidad se consideran los siguientes aspectos: i) de la solicitud de terminación del proceso por carencia actual de objeto; ii) normatividad relativa a la carrera diplomática y consular iii) pronunciamientos jurisprudenciales y, iv) análisis de los otros argumentos de las apelaciones.

### 2.1 De la solicitud de terminación del proceso por carencia actual de objeto

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

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

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

*“Advierte la Sala que por esta razón, el acto acusado en este proceso no produjo efectos jurídicos puesto que es claro que el señor Londoño Guevara no se posesionó como diputado de la Asamblea, ni podría posesionarse por la declaratoria de vacancia de la curul dispuesta por la resolución 007 de enero siete (7) de 2016 expedida por el presidente de la Asamblea.*

*Concluye la Sala que en este caso operó la sustracción de materia debido a que el acto demandado no surtió efectos jurídicos, lo cual hace que exista carencia actual de objeto para el estudio de su legalidad”* <sup>24</sup>

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

*“Así, se pueden presentar situaciones que permiten predicar la existencia de actos pasibles del medio de control de nulidad electoral que, posteriormente, escapan a la necesidad de un control porque no obstante haber nacido a la vida jurídica, nunca irradiaron efectos, como sucede en aquellos casos en que el beneficiario del acto no tomó posesión del cargo”*<sup>25</sup>

2.1.5 Más recientemente esta Sala de decisión en sentencia de unificación del 24 de mayo de 2018<sup>26</sup>, sobre el particular expuso:



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

2.1.6 Descendiendo al caso en particular se concluye que no procede aplicar la figura denominada “carencia actual de objeto por sustracción de materia” pues la señora Milena Gómez Kopp sí se posesionó en el cargo de Ministra Plenipotenciaria adscrita a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República de Turquía, el 5 de abril de 2017<sup>27</sup> y el acto de nombramiento - Decreto 590 de 5 de abril de 2017- produjo efectos jurídicos, los cuales deben ser analizados a la luz de la normatividad aplicable en el presente medio de control judicial de nulidad electoral.

2.1.7 En virtud de lo expuesto, procede confirmar la decisión de denegar la solicitud de terminación del proceso solicitada por el apoderado de la demandada.

## 2.2 Normatividad relativa a la carrera diplomática y consular

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

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

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

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

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

*tales nombramientos previendo una solución precisamente para ese tipo de situaciones.”* (Negrillas fuera del texto primigenio).

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

2.2.6 En cuanto a los plazos de aplicación del principio de alternancia, el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000 establece la necesidad de que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deban cumplir actividades propias de ese ministerio "... con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna". Estos lapsos de alternación se definen en el artículo 36 de ese mismo compendio normativo como "los períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna".

2.2.7 Sobre este tema esta Corporación<sup>28</sup> ha explicado:

*"En el Ministerio de Relaciones Exteriores, los nombramientos requieren necesariamente, dentro de su sistema de carrera Diplomática y Consular, cumplir con la exigencia de la alternación, figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado. (...)*

*Las reseñadas disposiciones enseñan que los funcionarios con categoría diplomática y consular deben cumplir los lapsos de alternación tanto en planta externa como en planta interna, en aplicación de los principios rectores de eficiencia y especialidad.*

*Establece a la vez la frecuencia de los periodos de alternación en cada uno de los eventos, esto es, cuando el tiempo de servicio se presta en el exterior o cuando la actividad se cumple en la planta interna. Prescribe además la prohibición que tienen los mencionados funcionarios de ser designados en otro cargo cuando se encuentren prestando su servicio en el exterior, salvo las circunstancias excepcionales contenidas en el parágrafo del artículo 37, calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país." (Destaca la Sala)*

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

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

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

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

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

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

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

## 2.3 Pronunciamientos jurisprudenciales

2.3.1 Esta Corporación inicialmente había sostenido la tesis que para controvertir la legalidad de los nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, la parte actora debía cumplir con la carga procesal de demostrar que para la fecha de la designación existían funcionarios del mismo rango inscritos

en el escalafón de carrera y que estos empleados no se encontraban en cumplimiento del período de alternación<sup>29</sup>.

2.3.2 Posteriormente, en las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta de esta Corporación del 12 de marzo de 2015<sup>30</sup> y 23 de abril de 2015<sup>31</sup> se consideró que si en el plenario existía medio probatorio que permitiría concluir que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular acreditaba al momento de la designación más de doce (12) meses en el período de alternación, éste se constituía como funcionario disponible para el nombramiento, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

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

*"De acuerdo con la anterior línea jurisprudencial es posible extraer las siguientes reglas relacionadas con la designación en provisionalidad en cargos del régimen de carrera diplomática y consular"*<sup>35</sup>

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

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

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

*Como se observa a partir del anterior recuento jurisprudencial, y contrariamente a lo sostenido por el apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Sala considera que la interpretación del párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 realizada por el a quo en la sentencia recurrida es correcta y acorde con los precedentes de esta Sección."*

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

2.4 De los otros argumentos de los recursos de apelación.

2.4.1 Argumenta la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores en su recurso de apelación que se debe revocar la sentencia del 8 de marzo de 2017 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demanda, dirigidas a declarar la nulidad del acto de nombramiento provisional de la señora Milena Gómez Kopp, por cuanto desconoce la facultad del Presidente de la República para nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, prevista en el artículo 189.2 de la Constitución de Colombia.

2.4.1.1 Dicha norma dispone que le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, entre otras funciones: “2. *Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso*”. Sin embargo, el ejercicio de esta función no es ilimitado sino que se debe cumplir conforme a los lineamientos que exigen la Constitución y la Ley, conforme lo dispone igualmente el artículo 192 de la Carta Magna.

2.4.1.2 Así las cosas, existe una norma especial que regula la Carrera Diplomática y Consular - Decreto Ley 274 de 2000 – cuyo artículo 60 dispone que cuando se requiere designar en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, se debe aplicar el principio de especialidad que exige constatar que “... *por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos*”.

2.4.1.3 En tal virtud la discrecionalidad de la que goza el Presidente de la República de Colombia para nombrar a los agentes diplomáticos y consulares encuentra su límite en los requisitos que la Constitución y ley establecen para ello, conforme lo dispone el artículo 192 Constitucional. Así las cosas, cuando la sentencia de primera instancia hace referencia a que se acreditó en el presente caso la falta de configuración de los requisitos previstos en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, no hace otra cosa que invocar uno de los límites que la ley establece para el ejercicio de la discrecionalidad y que se encuentran descritos en el artículo 192 constitucional.

2.4.1.4 Conforme a lo expuesto, no existe el presunto desconocimiento de la facultad discrecional que invoca la cartera ministerial, sino que la sentencia impugnada analiza el límite que la ley dispone para su ejercicio, concluyendo que uno de los requisitos dispuestos normativamente no se cumplió en el caso de marras, pues se demostró que era posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos.

2.4.2 Respecto del argumento enfocado a que el Ministerio observó el principio de especialidad contenido en los artículos 60 y 61 del Decreto Ley 274 de 2000 sobre la provisionalidad, se enfatiza que dicho principio se encuentra regulado así: “*Por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.*”

2.4.2.1 Sobre el particular insiste el Ministerio que el nombramiento provisional dispuesto en el Decreto 590 del 5 de abril de 2017 fue consecuencia de “*la imposibilidad de nombrar personal de Carrera diplomática por que los funcionarios de planta interna no habían cumplido su periodo de alternación de 3 años, ni tampoco los de planta externa 4 años*”

2.4.2.2 Al respecto enfatiza la Sala que los plazos invocados por el Ministerio como obligatorios para que se habilite la posibilidad para los funcionarios inscritos en el escalafón de carrera sean designados en otro cargo, no corresponde a los fijados normativa y jurisprudencialmente.

2.4.2.3 Lo anterior, por cuanto esta Sala Electoral para estudiar este tipo de controversias ha asumido la tesis expuesta en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015<sup>36</sup>, en la que se explicó:

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

2.4.2.4 En tal virtud, a partir del fallo de 31 de marzo de 2016<sup>37</sup> esta Sala asumió la postura consistente en que:

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

2.4.2.5 En el presente caso consideró la primera instancia que existían funcionarios disponibles para ser nombrados pues se demostró en el plenario que el señor Víctor Hugo Echeverry fue designado como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Malasia desde el 11 de febrero de 2015<sup>38</sup> y ostentaba 2 años y 1 mes en período de alternancia. Así mismo, la señora Edith Andrade Páez fue nombrada Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria en Bolivia, desde el 16 de octubre de 2014<sup>39</sup> acreditando 2 años y 5 meses en período de alternancia y la señora Beatriz Helena Calvo fue posesionada como Ministra Consejera en Roma (Italia) el 9 de marzo de 2015<sup>40</sup> demostrando 2 años y 1 mes en período de alternancia.

2.4.2.6 En este punto se debe destacar que el Decreto 274 de 2000 *“Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”*, dispone en su artículo 10 que *“Son categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular las siguientes: a) Embajador. b) Ministro Plenipotenciario. c) Ministro Consejero. d) Consejero. e) Primer Secretario. f) Segundo Secretario. g) Tercer Secretario.”*. Por lo anterior, los cargos desempeñados por los señores Víctor Hugo Echeverry y Edith Andrade Páez como Embajadores Extraordinarios y Plenipotenciarios son de superior jerarquía que aquellos de Ministro Plenipotenciario, lo que tornaría en inviable su nombramiento en un cargo de inferior categoría como lo es el ocupado provisionalmente por la ahora demandada.

2.4.2.7 Respecto de la situación de la señora Beatriz Helena Calvo revisado el acervo probatorio se encontró que fue posesionada como Ministra Consejera en Roma (Italia) el 9 de marzo de 2015 y por Decreto 0129 de 26 de enero de 2017<sup>41</sup> fue trasladada como Ministra Plenipotenciaria en el consulado en Roma (Italia), posesionada el 17 de febrero de 2017<sup>42</sup>, razón por la cual a la fecha de proferido el acto de nombramiento el 5 de abril de 2017 ya no se encontraba disponible para ser designada.

2.4.2.8 Por otra parte, con el escrito de 5 de julio de 2017<sup>43</sup>, con el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores da contestación de la demanda, se allega la relación de servidores que actualmente se encuentran inscritos en la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Ministro Plenipotenciarios<sup>44</sup>, relacionando entre otros:



2.4.2.9 Así mismo y en cumplimiento de la orden proferida en la audiencia inicial<sup>45</sup> por la Magistrada sustanciadora del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Ministerio de Relaciones Exteriores, en oficio No. 69213 de 31 de octubre de 2017<sup>46</sup> remitió el listado de los funcionarios de planta de la carrera diplomática que para el 5 de abril de 2017 se encontraban escalafonados en la categoría de Ministro Plenipotenciario y el lugar donde desarrollaban sus funciones, con especificaciones del cargo y rango que ocupaban<sup>47</sup>, allegando entre otros la siguiente información:



2.4.2.10 Adicionalmente a ello y en cumplimiento de la segunda orden del acápite de *“Pruebas a decretar”* dispuesta en la audiencia inicial, se allegaron las copias de las actas de posesión y decreto de nombramiento de los funcionarios que para el 5 de abril de 2017 tenían la categoría de Ministro Plenipotenciario y estaban comisionados por debajo de esa jerarquía.

2.4.2.11 En esa oportunidad procesal se allegó el Decreto 2592 de 20 de noviembre de 2013<sup>48</sup> por el cual se designa al señor Francisco Alberto González, como Ministro Consejero código 1014, grado 13, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la ONU, posesionado el 17 de enero de 2014, según consta en el acta No. 38 de esa fecha.<sup>49</sup>

2.4.2.12 De lo anterior se concluye que dicho funcionario escalafonado en carrera diplomática en el cargo de Ministro plenipotenciario, según consta en los cuadros anexos, fue designado en un cargo de inferior jerarquía – Ministro Consejero- desde el 17 de enero de 2014, circunstancia que conlleva a que a partir del 18 de enero de 2015 se encontrara disponible para ser designado, por haber culminado su período mínimo de alternancia.

2.4.2.13 Esta situación se constata con el contenido del Decreto 1294 de 31 de julio de 2017, aportado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en virtud del decreto de pruebas previsto en la audiencia inicial, mediante el cual se comisiona al señor Francisco Alberto González, como Ministro Consejero en la Embajada de Colombia ante los Estados Unidos de América, funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática en la categoría de Ministro Plenipotenciario.

2.4.2.14 Se destaca la condición de disponible del citado funcionario, pues conforme el acta de posesión No. 38 del 17 de enero de 2014, para el 18 de enero de 2015 se había cumplido más de los doce (12) meses prestando sus servicios en el exterior, y por lo tanto, podía ser designado en ese cargo vacante, de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Esta circunstancia de disponibilidad se ratifica cuando la cartera ministerial decreta la comisión del señor Francisco Alberto González el 31 de julio de 2017, cuatro (4) meses después de haber llenado la vacante con un nombramiento provisional el día 5 de abril de 2017, sin que este funcionario de carrera diplomática disponible hubiese sido llamado a llenarla.

2.4.2.15 Así las cosas, no es correcta la interpretación que realiza el Ministerio de Relaciones Exteriores en su escrito de apelación, en lo que respecta al párrafo del artículo 37 y del artículo 60 del Decreto ley 274 de 2000, razón por la cual este argumento no tiene vocación de prosperidad, pues el Ministerio no observó el principio de especialidad al existir funcionarios de carrera que podían ser designados en el cargo vacante, sin que procediera dar aplicación a la figura de la provisionalidad, por aplicación indebida del párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 que prevé el límite temporal para el traslado anticipado.

2.4.3 Se aplicó indebidamente el párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 que prevé el límite temporal para el traslado anticipado.

2.4.3.1 La sentencia respecto de la aplicación de esta norma concluyó que es procedente un nombramiento provisional de personas que no se encuentren en carrera administrativa si se demuestra, entre otras cosas, que existan funcionarios de carrera diplomática y consular que: *“a pesar de estar cumpliendo su periodo de alternación en el exterior, no hayan cumplido 12 meses de servicio en la sede respectiva (párrafo artículo 37) directriz jurisprudencial que acoge ahora esta Sala de Decisión a partir de los recientes pronunciamientos judiciales de la Sección Quinta del Consejo de Estado, antes referidos”*

2.4.3.2 La postura asumida por el a quo se encuentra en consonancia con la sentencia de 30 de marzo de 2017<sup>50</sup>, en la que esta Corporación concluyó, entre otras cosas que:

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

2.4.3.2 En tal virtud la posición normativa y jurisprudencial asumida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encuentra en consonancia con los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales proferidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado, sin que se observe la aplicación indebida que alega la cartera ministerial.

2.4.3.3 Finalmente, tampoco tiene vocación de prosperidad el argumento dirigido al incumplimiento del requisito de autorización previa por parte de la Comisión de Personal de Carrera Diplomática, por cuanto el artículo 13 del Decreto Ley 274 de 2000, dispone que en *“virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la carrera diplomática y consular estará a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de los órganos que en este estatuto se indiquen.”* (Negrillas fuera del texto original). Así las cosas, le corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores verificar la existencia de funcionarios inscritos en carrera diplomática disponibles antes de resolver sobre la

designación mediante nombramientos provisionales, así como constatar que previo a la expedición de un nombramiento se encuentren las condiciones legales para ello, sin que esta función se le pueda atribuir a los propios servidores de dicho ministerio.

2.4.4 No se probó que los funcionarios que estaban alternando en el exterior por más de 12 meses estaban incurso en circunstancias excepcionales para eximirlos de cumplir el lapso de alternación previsto en el artículo 40 del Decreto 274 de 2000.

2.4.4.1 Sobre el particular se insiste que el párrafo del artículo 37 del Decreto 274 de 2000 dispuso que: *“Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país.”* (Se destaca)

2.4.4.2 Conforme a lo expuesto la aplicación de las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000, de procedería siempre y cuando se pretendiera realizar la designación de funcionarios con anterioridad a los 12 meses, circunstancia que no se configura en el presente caso.

2.4.4.3 Lo anterior por cuanto, existía un funcionario disponible para ser nombrado, es decir, el señor Francisco Alberto González ostentaba 3 años y 3 meses en periodo de alternancia y por superar los 12 meses no había lugar a aplicar las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 40 del Decreto Ley 274 de 2000 que invoca el apelante y por tal razón este argumento no tiene vocación de prosperidad.

2.4.5 Se incurrió en un grave yerro en el análisis probatorio, por cuanto había inexistencia de funcionarios de carrera disponibles para el 5 de abril de 2017.

2.4.5.1 La sentencia apelada realiza una relación de los medios probatorios allegados al proceso, haciendo énfasis en la certificación allegada el 31 de octubre de 2017<sup>51</sup>, en la que el Ministerio de Relaciones Exteriores relaciona a los funcionarios escalafonados en el cargo de Ministro Plenipotenciario y que ejercían un cargo de inferior jerarquía para esa fecha.

2.4.5.2 A partir de allí, realizó un estudio de cada uno de los cuarenta y siete (47) funcionarios relacionados, verificando la existencia de actos de nombramiento y posesión, concluyendo que para el 5 de abril de 2017 habían funcionarios inscritos en el escalafón de Carrera Diplomática y Consular que se encontraban en disponibilidad de ser nombrados en el cargo vacante que fue designado en provisionalidad y cuya legalidad se discute ahora.

2.4.5.3 Si bien es cierto el a quo cometió algunas imprecisiones al considerar a los señores Víctor Hugo Echeverry, Edith Andrade Páez y Beatriz Helena Calvo como funcionarios disponibles, esta circunstancia no tiene la entidad suficiente para revocar la sentencia apelada, pues en el plenario sí existía prueba de que el

señor Francisco Alberto González, es funcionario de carrera diplomática en la categoría de Ministro Plenipotenciarios se encontraba desempeñando un empleo de inferior jerarquía y ya había superado el periodo de alternancia y por tal razón si estaba disponible para ser nombrado.

2.4.5.4 A esta conclusión se llega del análisis de las siguientes pruebas aportadas oportunamente y que fueron de conocimiento de las partes, sin que sobre ellas se presentara objeción alguna:

2.4.5.4.1 Por escrito de 5 de julio de 2017<sup>52</sup>, el Ministerio de Relaciones Exteriores allega la relación de servidores inscritos en la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Ministro Plenipotenciarios<sup>53</sup>, en la que se observa que el señor Francisco Alberto González, es funcionario de carrera diplomática el cargo de Ministro plenipotenciario y se encuentra desempeñando el cargo de Ministro Consejero código 1014, grado 13, en la Delegación ONU Ginebra desde el 17 de enero de 2014.

2.4.5.4.2 El Ministerio de Relaciones Exteriores, por oficio No. 69213 de 31 de octubre de 2017<sup>54</sup> remitió el listado de los funcionarios de planta de la carrera diplomática que para el 5 de abril de 2017 se encontraban escalafonados en la categoría de Ministro Plenipotenciario, en la que se encuentra al señor Francisco Alberto González, como funcionario de carrera diplomática el cargo de Ministro plenipotenciario y ejerciendo el cargo de Ministro Consejero código 1014, grado 13, en la Delegación ONU Ginebra (Suiza) desde el 17 de enero de 2014.

2.4.5.4.3 Decreto 2592 de 20 de noviembre de 2013<sup>55</sup> por el cual se designa a Francisco Alberto González, como Ministro Consejero código 1014, grado 13, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la ONU.

2.4.5.4.4 Acta No. 38 de 17 de enero de 2014<sup>56</sup> por la cual el señor Francisco Alberto González, asume como Ministro Consejero código 1014, grado 13, adscrito a la misión permanente de Colombia ante la ONU, en virtud del Decreto 2592 de 20 de noviembre de 2013.

2.4.5.4.5 Decreto 1294 de 31 de julio de 2017, por el cual se comisiona al señor Francisco Alberto González, como Ministro Consejero en la Embajada de Colombia ante los Estados Unidos de América, funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática en la categoría de Ministro Plenipotenciario.

2.4.5.5 Conforme a lo expuesto la valoración probatoria constatada en el análisis del recurso de alzada, lleva a concluir que sí existían funcionarios en carrera diplomática disponibles, en tanto estaban ejerciendo cargos de inferior jerarquía que el de Ministro Plenipotenciario y habían superado el lapso de alternación en el exterior.

2.4.5.6 Al acreditarse que existían dentro de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores funcionarios que podían ser nombrados en el cargo que fue provisto de forma provisional, es dable concluir que se logra desvirtuar la legalidad del acto de nombramiento provisional impugnado y por tal razón la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

### 3. Conclusión

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

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de marzo de 2018, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección B, accedió a las pretensiones de la demanda

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

AUSENTE CON EXCUSA

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

<sup>2</sup> Folios 33 a 56 del cuaderno No. 1.

<sup>3</sup> Folios 58 a 60 del cuaderno No. 1.

<sup>4</sup> Folios 1 a 23 de cuaderno No. 2.

<sup>5</sup> Para ello citó la sentencia C-259 de 2015 de la Corte Constitucional, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado y el auto del 31 de marzo de 2011 de la de la Sección Quinta del Consejo de Estado con radicado No. 11001-03-28-000-2010-00114-00.

<sup>6</sup> Folios 83 a 94 del cuaderno No. 1.

<sup>7</sup> Mediante auto de 4 de agosto de 2017, la Magistrada Ponente convocó a las partes, con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 8 de septiembre de 2017 a las 10:00 a.m. Folio 98 del cuaderno del Tribunal.

<sup>8</sup> Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, folios 103 a 120 del cuaderno No. 1 del Tribunal.

<sup>9</sup> Folios 131 al 137

<sup>10</sup> Folios 294 a 298 del cuaderno del Tribunal.

<sup>11</sup> Folios 377 al 393 del Cuaderno No. 1

<sup>12</sup> Folios 388 al 393 del Cuaderno No. 1

<sup>13</sup> Folio 394 al 420 del Cuaderno No. 1

<sup>14</sup> Folios 362 al 376 del Cuaderno No.1

<sup>15</sup> Folios 433 al 459 del Cuaderno No. 1

<sup>16</sup> Folios 473 al 479

<sup>17</sup> Folios 480 al 489

<sup>18</sup> Folio 530 a 538 del cuaderno No. 2

<sup>19</sup> Folios 540 al 549 del cuaderno No. 2

<sup>20</sup> Folios 526 a 528 del cuaderno No. 2.

<sup>21</sup> Folios 551 al 556 del Cuaderno No. 2

<sup>22</sup> Folios 565 al 569 del Cuaderno No. 2

<sup>23</sup> Folios 573 al 580 del Cuaderno No. 2

 <sup>24</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta sentencia de 27 de octubre de 2016 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Exp. 2015-00483-01 (Acumulado)

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta sentencia de 3 de noviembre de 2017. C. P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. 200012339000201600591-02

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de unificación del 24 de mayo de 2018, C.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 47001-23-33-000-2017-00191-02, con salvamento de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro.

<sup>27</sup> Folio 34

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de fecha 16 de octubre de 2014. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 25000-23-41-000-2014-00013-01

<sup>29</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia 30 de enero de 2014 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 250002341000201300227 01; sentencia del 16 de octubre de 2014. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 25-000-23-41-000-2014-00013-01, entre otras.

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

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

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

<sup>33</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 23 de febrero de 2017. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00109-01

<sup>34</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 30 de marzo de 2017. C.P. (E). Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00110-01

<sup>35</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 25000-23-41-000-2015-00542-01. Sentencia de 12 de noviembre de 2015. Demandado: Ministro Plenipotenciario ante el Gobierno de Japón. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

<sup>36</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 23 de abril de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 2014-02734-01

<sup>37</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia de 31 de marzo de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. No. 2015-00443-01

<sup>38</sup> Folio 343

<sup>39</sup> Folio 245

<sup>40</sup> Folio 336

<sup>41</sup> Folio 260

<sup>42</sup> Folio 261

<sup>43</sup> Folios 1 al 23 del cuaderno de contestación de demanda

<sup>44</sup> Folio 20 del cuaderno de contestación de demanda

<sup>45</sup> Folios 117 y 118

<sup>46</sup> Folio 155

<sup>47</sup> Folio 150 y 151 del cuaderno No. 1

<sup>48</sup> Folio 181

<sup>49</sup> Folio 182

<sup>50</sup> Consejo de Estado Sección Quinta. sentencia de 30 de marzo de 2017. C.P. (E). Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 25000-23-41-000-2016-00110-01. Ver además Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia 30 de agosto de 2018. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad Número: 25000-23-41-000-2016-00108-02 Consejo de Estado Sección Quinta. Sentencia 23 de agosto de 2017 C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad Número: 25000-23-41-000-2016-00037-01

<sup>51</sup> Folios 150 al 151

<sup>52</sup> Folios 1 al 23 del cuaderno de contestación de demanda

<sup>53</sup> Folio 20 del cuaderno de contestación de demanda

<sup>54</sup> Folio 155

<sup>55</sup> Folio 181

<sup>56</sup> Folio 182

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-26 05:50:19