

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veinte (2020)

Magistrado ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Referencia: Exp. No. 25002341000201900623-00

Demandante: DAVID RICARDO RACERO MAYORCA

Demandado: CAROLINA GUTIÉRREZ BACCI Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala profiere sentencia dentro del Medio de Control de Nulidad Electoral que instauró el señor David Ricardo Racero Mayorca contra el Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019, por medio del cual se efectuó el nombramiento en provisionalidad de la señora Carolina Gutiérrez Bacci en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América.

I. ANTECEDENTES

El señor David Ricardo Racero Mayorca, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad Electoral previsto en el artículo 139 de la Ley 1437 del 2011, formuló las siguientes pretensiones (Fl. 1 y 2):

"II. PRETENSIONES

PRIMERA: *Que se declare la nulidad del Decreto No. 919 de 28 de mayo de 2019, expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, CARLOS HOMES TRUJILLO mediante el cual se nombra provisionalmente a la señora CAROLINA GUTIÉRREZ BACCI, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.037.588.012, en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, código 2116, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la Organización*

de las Naciones Unidas, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América.

SEGUNDA: *Comunicar la sentencia a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores.”.*

Para fundamentar su pretensión, expuso los siguientes **hechos**.

El Ministerio de Relaciones Exteriores expidió el Decreto No. 919 de 28 de mayo de 2019, mediante el cual se decidió nombrar con carácter provisional a la señora Carolina Gutiérrez Bacci en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América.

El cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, adscrito la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América es un cargo de la Carrera Diplomática y Consular.

La señora Carolina Gutiérrez Bacci no es parte del personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular, por lo cual su nombramiento se hizo en calidad de provisional, bajo el argumento de la inexistencia de funcionarios de la planta global del ministerio, que estuvieran disponibles para ocupar dicho cargo.

Así mismo, para el momento de la expedición del Decreto No. 919 de 2019, sí era posible designar funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores en la Misión Permanente de Colombia ante la ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América, toda vez que existía y existe personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular que se encontraba cumpliendo funciones en Bogotá, en la Planta Interna, que estaban dentro del lapso de alternación previsto en los artículos 36 a 39 del Decreto No. 274 de 2000 y que, por sus categorías, podrían ser nombrados en el cargo de Tercer Secretario.

Tal es el caso de los señores Liz Carolina Lozano Garzón, Leonardo Andrés González Guzmán y David Camilo Salgado Canchano.

Indicó que el Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular estableció como alternativas para que funcionarios de carrera ocupen los cargos en las misiones diplomáticas y oficinas consulares, además de la figura de la alternación, los traslados anticipados mediante comisión y los encargos, tal y como lo dispone el artículo 40 del Decreto No. 274 de 2000. Lo anterior quiere decir que el Ministerio pudo nombrar en los cargos que designó en provisionalidad a funcionarios de la Planta Interna, que estuvieron comisionados o en encargos en Planta Externa, en un cargo inferior o superior.

La parte demandante señaló como **normas vulneradas** los artículos 125 de la Constitución Política y 60 del Decreto No. 274 de 2000.

Los alcances de las vulneraciones constitucionales y legales aducidas se analizarán en la oportunidad debida, al resolver sobre los reproches formulados contra el acto de nombramiento que se impugna.

1. Conducta procesal de las demandadas

El **MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES** presentó contestación de la demanda, mediante escrito radicado el 9 de octubre de 2019 (Fls. 53 a 69).

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, pues considera que el Decreto No. 919 de 28 de mayo de 2019 se expidió conforme a los parámetros constitucionales y legales, respetando las normas que establecen la institución de la provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular, especialmente el hecho de que no era posible designar ese cargo a ninguno de los servidores públicos en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Tercer Secretario de Relaciones

Exteriores, Código 2116, Grado 11, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Señala que el nombramiento se expidió de acuerdo con el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000, que confiere la facultad de nombrar en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular a personas que no pertenezcan a esta cuando no sea posible designar a funcionarios inscritos en el escalafón en la correspondiente categoría, motivo por el cual el decreto demandado goza de presunción de legalidad, pues se expidió de acuerdo con el sistema jurídico.

En tal sentido, sostiene que con la expedición del acto acusado no se incurrió en las causales establecidas en los numerales 1 y 5 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ni hubo una falsa motivación, ni vulneración de la Constitución Política, ni de las normas que rigen la Carrera Diplomática y Consular, ni se afectaron los derechos laborales de los funcionarios inscritos en el escalafón de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, ni hubo un desconocimiento del Principio de Especialidad.

Aclara, de otro lado, que quien expidió el acto demandado fue el Presidente de la República, en virtud de la facultad nominadora que la que goza para su ejercicio en forma discrecional.

Señala que, precisamente, por el hecho de que la señora Carolina Gutiérrez Bacci no es parte del personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular, fue nombrada en provisionalidad, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000; y por cuanto no era posible designar en ese cargo a un funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, como quiera que cada uno de los funcionarios está designado en la categoría a la que corresponde en el escalafón o, incluso, en una categoría superior como Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, cumpliendo con sus funciones en los cargos respectivos.

Señala que la Dirección de Talento Humano adelantó los trámites administrativos a efecto que la alternación al exterior de la funcionaria Liz Carolina Lozano Garzón, se llevara a cabo en el mes de julio. En efecto, por medio de Decreto No. 828 de 15 de mayo de 2019, fue trasladada al Consulado de Colombia en Boston y tomó posesión del cargo el 29 de julio de 2019. Por su parte, el funcionario Andrés Leonardo González Guzmán, a través del Decreto No. 829 de 15 de mayo de 2019, fue trasladado a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la Federación de Rusia y tomó posesión el 2 de septiembre de 2019. Por último, señala que el funcionario David Camilo Salgado Canchano, por medio del Decreto No. 891 de 22 de mayo de 2019 fue trasladado al Consulado de Colombia en Santiago de Chile, en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, del cual tomó posesión el 22 de julio de 2019.

En este orden de ideas, manifiesta que para el 28 de mayo de 2019, no había personas de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, por debajo de su escalafón.

Concluye señalando que el acto acusado se expidió en ejercicio de la facultad discrecional, se adecuó a los fines de la norma que la autoriza y fue proporcional a los hechos que la motivaron. También, que como el Ministerio cumplió con las exigencias legales para dictar el acto de nombramiento demandado, este goza de presunción de legalidad. Finalmente, que el Decreto No. 919 de 28 de mayo de 2019, no fue expedido con falsa motivación, por cuanto, de conformidad con los dos presupuestos del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, la regla y la 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 los límites justos y ponderados, sometidos al sistema jurídico, en este caso, en el nombramiento de los agentes diplomáticos y consulares, que va en concordancia con la dirección de las relaciones internacionales.

Por su parte, la demandada, señora **CAROLINA GUTIERREZ BACCI**, se

pronunció con respecto a la demanda, mediante escrito radicado el 13 de noviembre de 2019, en el sentido de oponerse a la pretensión formulada, por los siguientes motivos (Fls. 75 a 91).

Ausencia de funcionarios disponibles para el nombramiento en el cargo objeto de la controversia. Señala que con respecto de los funcionarios que aduce la parte demandante, que se encuentran en el mismo escalafón que la señora Gutiérrez, esto es, el de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, ninguno de estos se encontraba disponible para el momento en que se realizó su nombramiento.

Por su parte, en el presente caso, tampoco resulta aplicable la excepción contenida en el parágrafo del artículo 37 del Decreto No. 274 de 2000, toda vez que ninguno de los funcionarios anteriormente mencionados se encontraba prestando sus servicios en Planta Externa. Todos se encontraban cumpliendo su periodo de alternación en Planta Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, de modo que su situación administrativa ya se encontraba consolidada, para el momento en el que se realizó el nombramiento de la señora Carolina Gutiérrez Bacci.

Ausencia de violación del principio de especialidad y procedencia del nombramiento en provisionalidad. Aduce que el Decreto No. 274 de 2000 regula el principio de especialidad en el artículo 7, el cual no se vulneró con la expedición del Decreto No. 919 de 28 de mayo de 2019. No se desconoció el derecho ni la prevalencia que existe en cabeza de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, en la medida en que, para el momento de la designación de la señora Carolina Gutiérrez Bacci, no era posible designar funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular para proveer el cargo en el exterior de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, ante la Misión Permanente de Colombia ante la ONU en Nueva York.

Cumplimiento de los requisitos legales para el nombramiento en provisionalidad. Indica que de acuerdo con lo indicado en el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000 son dos los requisitos que deben satisfacerse en

los eventos de un nombramiento en provisionalidad, los cuales se cumplen en este caso por las siguientes razones.

1. Que la persona no pertenezca a la Carrera Diplomática y Consular, como sucede en el caso de la demandada.
2. Que no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos, dado que para el momento en que se nombró a la señora Carolina Gutiérrez Bacci en el cargo, no había servidores de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, que pudieran ser comisionados como Tercer Secretario en la Planta Externa.

La facultad nominadora como facultad discrecional. Señala que el acto administrativo que se demanda, en cuanto a su objeto y contenido particular, fue expedido en ejercicio de una facultad nominadora de carácter discrecional, adecuándose a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que la motivaron.

Lo anterior, con base en lo previsto expresamente por el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000, que autoriza a la administración para ejecutar tal atribución, concediéndole la facultad para adoptar la decisión que estime conveniente, es decir, hacer un nombramiento en provisionalidad, en los términos precisos que allí se ordena, tal y como sucedió en el presente caso con la señora Carolina Gutiérrez Bacci.

La ausencia de falsa motivación del acto de nombramiento. Señala que en el presente caso el Decreto No. 919 de 2019 no adolece de falsa motivación, si se tiene en cuenta que: i) la administración actuó dentro de los límites legales, y de acuerdo con la autorización contenida en el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000 para adelantar un nombramiento en provisionalidad; ii) actuó de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad al designar en el cargo a la señora Carolina Gutiérrez Bacci, quien cumple con todos los requisitos exigidos en la norma para su nominación; iii) tal motivación quedó expresamente plasmada en el acto administrativo acusado.

2. Audiencia Inicial

La Audiencia Inicial se llevó a cabo el 3 de diciembre de 2019; en ella se fijó el litigio; y se recaudaron la totalidad de las pruebas. En la misma audiencia, se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar los correspondientes alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (Fls. 117 a 120).

3. Alegatos de conclusión

Mediante memoriales del 18 de diciembre de 2019, las demandadas, esto es el Ministerio de Relaciones Exteriores y la señora Carolina Gutiérrez Bacci, de forma oportuna, presentaron sus alegatos de conclusión (Fls. 139 a 140 y 141 a 147)

La parte actora presentó sus alegatos, mediante escrito radicado el 19 de diciembre de 2019 (Fls. 148 a 151).

5. Concepto del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público, delegado ante esta Corporación, rindió concepto el día 13 de diciembre de 2019 (Fl. 122 a 133).

Cita el artículo 125 de la Constitución Política, así como los artículos, 10,12,35,38,39 40 y 53 del Decreto No. 274 de 2000 y señala que de acuerdo a los principios rectores de la Carrera Diplomática y Consular, en especial los de eficiencia y especialidad, los funcionarios que hacen parte de la carrera deben cumplir los lapsos de alternación, tanto en planta interna como externa, por el tiempo determinado en las normas.

De otro lado, considera que los nombramientos en provisionalidad para cargos de la Carrera Diplomática y Consular son el resultado de una facultad

excepcional del Ministerio de Relaciones Exteriores, que se encuentra determinada por la urgencia en la prestación del servicio que permite el nombramiento transitorio de personas que no son de carrera, mientras se surte el procedimiento para su provisión en propiedad; no obstante, la misma reglamentación permite que también en circunstancias excepcionales, funcionarios inscritos en la carrera puedan ocupar esas vacantes sin cumplir los lapsos de alternación previstos en la norma o que sean designados por comisión.

Para el caso concreto, señala que debe verificarse, si en efecto había funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular que pudieran ocupar dicho cargo, para lo cual se tendrán en cuenta no solo las normas relacionadas en el escrito, sino el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la materia.

Advierte que el cargo en el que fue designada la demandada señora Carolina Gutiérrez Bacci es de la Carrera Diplomática y Consular, y la misma no se encuentra inscrita en la mencionada carrera.

En ese orden de ideas, en principio dicho cargo debe proveerse con funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular. No obstante, de manera excepcional, puede designarse a personas que no pertenecen a ella, como lo preceptúa el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000, siempre y cuando se encuentre acreditado que no existen funcionarios de Carrera Diplomática y Consular disponibles para ser designados en la vacante a proveer, de conformidad con las normas y línea jurisprudencial antes referida.

En el expediente obra una certificación aportada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de la cual se puede inferir que para la fecha en que fue nombrada la señora Carolina Gutiérrez Bacci, es decir, el 28 de mayo de 2019, se encontraban en el escalafón de carrera como Terceros Secretarios de Relaciones Exteriores, noventa y nueve personas.

De este listado, ninguna persona se encontraba ocupando un cargo de

categoría inferior, por cuanto este es el primer nivel de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

De otro lado, y con relación a los tres servidores públicos referidos en la demanda, obra en plenario no solo la certificación del Director de Talento Humano del Ministerio según la cual frente a cada uno de ellos se presentaron situaciones particulares que alteraron dicho término, como fueron la concesión de comisiones de estudio por un año para la señora Liz Carolina Lozano Garzón y David Camilo Salgado Canchano, y la prórroga de servicio en planta interna por seis (6) meses para el señor Leonardo Andrés González Guzmán, pero sobre todo que fueron trasladados al Consulado de Colombia en Boston, a la Embajada ante la Federación Rusa y al Consulado de Colombia en Santiago de Chile, mediante los decretos Nos. 828 del 25 de mayo de 2019; 829 del 15 de mayo de 2019 y 891 del 22 de mayo de 2019.

En este sentido, los funcionarios inscritos en el cargo de Tercer Secretario no habían culminado su periodo de alternación y no hay funcionarios que hubieren cumplido con el término de doce (12) meses prestando su servicio en el exterior como Tercer Secretario, y que se encuentren en un cargo de menor jerarquía pues no existe un empleo de menor rango en el referido escalafón.

De otro lado, señala que de las pruebas aportadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores se observa que la señora Carolina Gutiérrez Bacci cumple con los requisitos exigidos en el artículo 61 del Decreto No. 274 de 2000 para ser designada en provisionalidad, pues es nacional colombiana, posee título universitario oficialmente reconocido y certifica hablar y escribir, además del Español, el idioma Inglés.

Concluye señalando que no hay prueba que permita establecer que hay funcionarios de carrera que podían ser nombrados en el lugar de la señora Carolina Gutiérrez Bacci, ni que era una obligación de la Entidad demandada hacer uso de la designación de otro servidor por Comisión, por lo que se considera que el Ministerio de Relaciones Exteriores acató las exigencias del

artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000 para realizar este nombramiento en provisionalidad.

Solicita a esta Corporación que, si lo considera, se denieguen las pretensiones de la demanda y, como consecuencia, se declare ajustado a derecho el acto administrativo demandado, esto es, el Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Agotados los trámites inherentes a la acción impetrada, sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala a emitir el fallo correspondiente.

1. Problema jurídico

La Sala pasará a estudiar los siguientes asuntos.

Si hay lugar a declarar la nulidad del Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019
“Por la cual se hace una designación en provisionalidad en un cargo de Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.”.

Si la entidad demandada incurrió en alguna de las causales alegadas en la demanda al nombrar a la señora Carolina Gutiérrez Bacci, en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América, en lugar de otros funcionarios que, a juicio del actor, debían ocupar el empleo que se menciona.

2. Cargos formulados contra el acto que se cuestiona

Cargo único. Violación del artículo 125 de la Constitución Política; y desconocimiento del principio de especialidad del Decreto No. 274 de 2000.

Argumentos de la parte demandante.

Según el artículo 125 de la Constitución Política "*los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera*", norma que fue desconocida por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores porque el nombramiento en provisionalidad ignoró el sistema de carrera y esta figura no es una condición para ingresar a los cargos de carrera.

Sostiene que un nombramiento en provisionalidad solo encuentra justificación si no existe personal de carrera que cumpla con los requisitos para ser nombrado en dicho cargo, pero como se ha demostrado en el presente caso, había personal de carrera que cumplía con los requisitos para acceder al cargo de Tercer Secretario en la ciudad de New York y, por lo tanto, con el objetivo de dar prevalencia al sistema de carrera y del mérito, debieron ser preferidos sobre el personal externo.

En el presente caso, se puede demostrar que existen funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular, que para la fecha de expedición del Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019, ya habían cumplido con el periodo de alternación o que llevaban más de un año en misión en el exterior en un cargo inferior o superior.

Precisa que la funcionaria Liz Carolina Lozano Garzón, terminó su periodo de alternancia el 31 de mayo de 2018, toda vez que se posesionó en el cargo el 2 de junio de 2015. En ese mismo sentido, el funcionario Leonardo Andrés González Guzmán, terminó su periodo de alternancia el 8 de julio de 2018, debido a que su posesión en el cargo se realizó el 9 de julio de 2015; y el funcionario David Camilo Salgado Canchano, terminó su periodo de alternancia el 1 de junio de 2018, y si bien es cierto fue comisionado el 1 de marzo de 2019 en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores, dicha comisión se hizo en contravía de las reglas establecidas para el cumplimiento del periodo de alternancia en el Decreto No. 274 de 2000.

Así las cosas, para la parte actora, es evidente que los tres funcionarios referidos cumplían con el periodo de tres años exigido en planta interna por el artículo 37 anteriormente transcrito y, por lo tanto, tenían el derecho a ser preferidos para ocupar el cargo en planta externa que acá se demanda.

Considera que se desconoció el requisito de comprobación de inexistencia de personal de planta disponible para realizar el nombramiento en provisionalidad de la señora Carolina Gutiérrez Bacci, exigido por el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000, motivo por el cual debe anularse el Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019, pues su expedición vulneró la norma en la que se sustentó su expedición, así como también se configura la causal de nulidad de falsa motivación.

Defensa de las demandadas

En el acápite denominado "*Conducta procesal de las demandadas*", se hizo relación a las contestaciones de las demandadas y del contenido de tales escritos, razón por la cual en este acápite no se volverán a reiterar los argumentos esgrimidos por estas.

Análisis de la Sala

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto No. 274 de 2000 "*Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*", los cargos pertenecientes al régimen de la Carrera Diplomática y Consular pueden ser desempeñados por funcionarios que no pertenezcan a la misma, siempre y cuando no sea posible la designación de funcionarios de carrera:

"PROVISIONALIDAD

ARTICULO 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”. (Destacado por la Sala).

De la norma transcrita se advierte que la ley permite el nombramiento en provisionalidad de funcionarios que no pertenecen a la Carrera Diplomática y Consular únicamente en el evento previsto en la norma, esto es, **cuando no se pueda nombrar a funcionarios de carrera.**

Dicha norma fue objeto de control de constitucionalidad mediante la Sentencia C-292 de 2001; en dicha oportunidad, la H. Corte Constitucional precisó:

“(…)

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.

(…).” (Destaca la Sala).

Por su parte, la alternancia se ha establecido en los artículos 35 a 40 del Decreto Ley 274 de 2000 y, particularmente, se ha dispuesto lo siguiente:

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

ARTÍCULO 36. LAPROS DE ALTERNACION. *Constituyen lapsos de alternación los períodos durante los cuales el funcionario con categoría Diplomática y Consular*

cumple su función tanto en Planta Externa como en Planta Interna.

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

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

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúanse de lo previsto en este literal los funcionarios que 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.

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

ARTICULO 38. OBLIGATORIEDAD. *Es deber de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular prestar su servicio en Planta Interna de conformidad con lo estipulado en el párrafo del Artículo 12 de este Estatuto. Este deber constituye condición necesaria para la aplicación de la alternación en beneficio del Servicio Exterior. Por lo tanto, el funcionario de Carrera Diplomática y Consular que rehusare cumplir una designación en planta interna, en la forma prevista en dicho párrafo, será retirado de la Carrera Diplomática y Consular y, consecuentemente, del servicio.*

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

(Resaltado por la Sala)

Como se observa, esta exigencia especial, esto es la alternancia, ha sido establecida con el fin de desarrollar los principios de eficiencia y especialidad, teniendo como propósito garantizar que los funcionarios cumplan con sus funciones tanto en la planta interna (servicio interno) como externa (servicio en el exterior) en lapsos o periodos de alternación, la cual es obligatoria y en caso de renuencia acarrea como consecuencia una causal de retiro de la

carrera y del servicio. Estos lapsos de alternación son contabilizados a partir del momento en el que el funcionario toma posesión del cargo.

El legislador excepcional dispuso en el párrafo del artículo 37, precitado, que los funcionarios que se encuentren prestando sus servicios en el exterior, no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales que califique la Comisión de Personal de la carrera o por designaciones en otros cargos, dentro del mismo país.

Esta exigencia de la alternación fue analizada por la Corte Constitucional cuando declaró exequible el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000, mediante la sentencia C-808 de 2001¹ y, a su vez, el Consejo de Estado la definió como “...figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado.”²

Además, se ha adoptado como criterio jurisprudencial que “(...) no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga **disponibilidad** en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, **en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir que se haya terminado su periodo de alternancia para ser nombrado.**”³ (Destacado fuera de texto).

Es decir, de conformidad con esta postura jurisprudencial reiterada no basta

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

² Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente No. 2013-0227-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de enero de 2014, Expediente. No. 25000-23-41-000-2013-00227-01, C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez. Además de las sentencias del Consejo de Estado. Sección Quinta, sentencia de junio 3 de 2010, Expediente No. 11001-03-28-000-2009-00043-00, C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, y sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, de fecha 4 de marzo de 2004, Expediente. No. 11001-03-28-000-2003-0012-01, C.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, entre otras.

con que haya un funcionario que esté inscrito en la Carrera Diplomática y Consular; además, debe haber una condición imprescindible consistente en que haya cumplido con los periodos de alternación precitados en el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000; sólo de esta manera se entiende que el funcionario de carrera tiene disponibilidad para ser nombrado en el cargo que se encuentre vacante.

Bajo tales consideraciones, corresponde a la Sala determinar si en el presente caso, para la fecha de expedición del acto administrativo de que se trata, había o no personal disponible en la categoría de Tercer Secretario, Código 2116, Grado 11, del Ministerio de Relaciones Exteriores en condiciones de ocupar el empleo actualmente desempeñado por la señora Carolina Gutiérrez Bacci, con apego al requisito de alternación, que se aplica a la Carrera Diplomática y Consular.

El cargo de Tercer Secretario, Código 2116, Grado 11, del Ministerio de Relaciones Exteriores, para el cual fue designada la señora Carolina Gutiérrez Bacci hace parte de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores y, según lo señalado en el acto acusado, las funciones de la misma se desempeñan por la nombrada en la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América.

Esto es, si bien la citada entidad cuenta con una planta global de personal, como el desempeño del cargo se realiza en el **exterior**, la vacante debe suplirse por el funcionario o funcionarios que estén disponibles para prestar su servicio en el **exterior**, pues esta es la forma de respetar el principio de alternación conforme al cual los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deben permanecer periodos determinados en planta externa (en el exterior) y otros periodos, también determinados, en planta interna (en Colombia).

Lo anterior resulta de una lógica interpretación del artículo 35 y siguientes del Decreto No. 274 de 2000 sobre el requisito de alternación de los funcionarios pertenecientes a la Carrera Diplomática y Consular, quienes si bien están

escalafonados dentro de una planta global; mantienen la condición de servicio en el exterior (planta externa) o en el país (planta interna) lo cual permite concluir que su situación siempre se va a regir bajo este principio de la función pública en la Carrera Diplomática y Consular, porque van a tener que cumplir con tiempos determinados.

En primer lugar, la parte demandante menciona a tres funcionarios, en su orden, Liz Carolina Lozano Garzón, Leonardo Andrés González Guzmán y David Camilo Salgado Canchano quienes, según lo expuesto en la demanda, cumplían con el periodo de tres años exigido en planta interna por el artículo 37 del decreto previamente mencionado y, por lo tanto, tenían el derecho a ser preferidos para ocupar el cargo en planta externa de Tercer Secretario del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Con el fin de resolver lo anterior, se realizará una comparación entre los argumentos de la parte demandante y lo probado dentro del expediente, con respecto a los funcionarios mencionados previamente.

Nombre del funcionario	Situación expuesta en la demanda	Situación de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente.
Liz Carolina Lozano Garzón	Terminó su periodo de alternancia el 31 de mayo de 2018, toda vez que se posesionó en el cargo el 2 de junio de 2015	Mediante Decreto No. 828 del 15 de mayo de 2019, fue trasladada al Consulado de Colombia en Boston, Estados Unidos de América, y tomó posesión del cargo el 29 de julio de 2019.
Leonardo Andrés González Guzmán	Terminó su periodo de alternancia el 8 de julio de 2018, debido a que su posesión en el cargo se realizó el 9 de julio de 2015	Mediante Decreto No. 829 del 15 de mayo de 2019, fue trasladado a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la Federación Rusa, y tomó posesión del cargo el 2 de septiembre de 2019.
David Camilo Salgado Canchano	Terminó su periodo de alternancia el 1 de junio de 2018, y si bien fue	Mediante Decreto No. 891 del 22 de mayo de 2019, fue trasladado al

	comisionado el 1 de marzo de 2019 en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exterior, dicha comisión se hizo en contravía de las reglas establecidas para el cumplimiento del periodo de alternancia en el Decreto No. 274 de 2000.	Consulado de Colombia en Santiago de Chile, y tomó posesión del cargo el 22 de julio de 2019.
--	---	---

En vista de lo anterior, no comparte la Sala los argumentos expuestos por la parte demandante, si se tiene en cuenta que conforme a las pruebas que obran en el expediente, fueron trasladados con anterioridad a la expedición del Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019, por lo tanto no podían haber sido nombrados en el cargo que ocupa la señora Carolina Gutiérrez Bacci.

Sin embargo, conforme a la prueba allegada en la contestación por el Ministerio de Relaciones Exteriores, para el 18 de mayo de 2019, fecha de nombramiento de la señora Carolina Gutiérrez Bacci, 99 personas se encontraban escalafonadas en la categoría de Tercer Secretario (Medio magnético que obra a folio 113 del expediente).

Una vez analizadas cada una de las situaciones de los 99 funcionarios de carrera escalafonados en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, se observa en particular lo siguiente.

99	80075 520	MANUEL ALEJAN DRO LOZANO RODRIG UEZ	TERCER SECRET ARIO	PLAN TA INTER NA	G.I.T. ACCIO N CULTU RAL	TERCER SECRET ARIO	2116	1 1	03- ago-15	II 2019	SEM
		Nombre	Rango			Cargo	Códi go	G	Fecha posesi ón	Disponibil idad	

Conforme a lo anterior, se observa que el señor Manuel Alejandro Lozano Rodríguez, ocupaba el cargo de Tercer Secretario para el momento en el que

se expidió el acto administrativo ahora acusado, ya había cumplido su alternancia en planta interna y estaba en disponibilidad para hacer la alternancia en planta externa en el I Semestre de 2019. Veamos.

El citado artículo 37, literal b, del Decreto Ley 274 de 2000⁴, dispone que la alternancia en planta interna del rango de Tercer Secretario, será de **dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba**; y como el periodo de prueba es de un (1) año, tal como lo establece el artículo 23 del mismo decreto⁵, entonces el periodo máximo de permanencia en planta interna del Tercer Secretario es de tres (3) años.

Teniendo en cuenta lo anterior, y una vez revisadas las pruebas allegadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en especial la información relacionada con el señor Manuel Alejandro Lozano Rodríguez, se observa que el mismo tomó posesión del cargo de Tercer Secretario, Código 2116, Grado 11, **en planta interna**, el 3 de agosto de 2015, por lo que los tres (3) años del periodo de alternancia en planta interna, contabilizando el año de periodo de prueba, se cumplieron el 3 de agosto de 2018 y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000⁶, la alternación del mencionado funcionario tendría que aplicarse el primer semestre del año 2019.

⁴ “**ARTICULO 37. FRECUENCIA.** La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:

(...)

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 periodo de prueba.”.

⁵ “**ARTICULO 23. PERIODO DE PRUEBA.** Los aspirantes seleccionados de conformidad con la lista de elegibles serán nombrados en periodo de prueba, en el cargo de Tercer Secretario o su equivalente en Planta Interna, por el término de un año.
(...)”

⁶ **ARTICULO 39. APLICACION.** La alternación se aplicará de la siguiente forma: a. La Dirección del Talento Humano o la dependencia que en cualquier tiempo hiciere sus veces, mantendrá un registro de los lapsos de alternación de cada funcionario. b. Cumplido por el funcionario el término correspondiente a cada lapso la Dirección del Talento Humano o la dependencia que hiciere sus veces, coordinará las gestiones administrativas para disponer el desplazamiento del funcionario en legal forma. c. Los desplazamientos para los Funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que sean resultado de la alternación, se harán efectivos en los siguientes meses: 1) Durante el mes de Julio, los causados durante los meses de Enero a Junio anteriores a dicho mes de Julio. 2) Durante el mes de Enero, los causados durante los meses de Julio a Diciembre anteriores a dicho mes de Enero.

Así las cosas, para el 28 de mayo de 2019, fecha en la que se expidió el acto demandado, se encontraba un funcionario que había cumplido con su periodo de alternancia en planta interna y, por ende, estaba **disponible** para ser nombrado en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidas, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América.

Por las razones anteriores, se declarará la nulidad del Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019.

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO.- DECLÁRASE LA NULIDAD del Decreto No. 919 del 28 de mayo de 2019, por medio del cual se efectuó el nombramiento en provisionalidad de la señora Carolina Gutiérrez Bacci en el cargo de Tercer Secretario de Relaciones Exteriores, Código 2116, Grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de las Naciones Unidad, ONU, con sede en Nueva York, Estados Unidos de América.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y devuélvanse los anexos sin necesidad de desglose.

DEMANDANTE: DAVID RICARDO RACERO MAYORCA
DEMANDADO: CAROLINA GUTIÉRREZ BACCI Y MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión realizada en la fecha.

**LUIS MANUEL LASSO LOZANO**

Magistrado

**CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

Magistrada

**FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

Magistrado