

H. MAGISTRADOS  
**SECCIÓN PRIMERA**  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Referencia: Demanda de nulidad electoral del Sindicato de Procuradores Judiciales PROCURAR contra el nombramiento provisional de HERMAN RINCÓN CUÉLLAR como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, por violación del principio del mérito y el régimen de carrera administrativa.

**Con solicitud de suspensión provisional.**

Respetados Magistrados:

HECTOR JAVIER MALAVERA DAZA, abogado en ejercicio, identificado con la cedula de ciudadanía N° 80.155.080 y Tarjeta Profesional N° 165.521 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder otorgado por el SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES, PROCURAR a través de su Presidente, DR. PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL (prueba aportada #1) en ejercicio del medio de control de nulidad electoral que consagra el artículo 139 del C.P.A.C.A., comedidamente acudo ante este Honorable Tribunal, con el fin de solicitarle que, previos los trámites de rigor, en sentencia de mérito, se acceda a la siguiente

**PRETENSIÓN**

Se **DECLARE** la nulidad del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad, por el término de seis meses, al doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC (prueba aportada #2).

**FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN  
(CONTEXTO FÁCTICO Y JURÍDICO DE LA CONTROVERSIA)**

1. **Sentencia de constitucionalidad que convirtió el cargo de Procurador Judicial en un cargo de carrera administrativa y ordenó la realización de un concurso de méritos para proveerlo.** Mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “*Procurador Judicial*” contenida en el numeral 2) del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, luego de considerar que la calificación que allí se hacía de dicho empleo como de *libre nombramiento y remoción*, resultaba contraria al mandato de homologación de derechos previsto en el artículo 280 superior, comoquiera que entre los derechos a ser homologados a favor de los Procuradores Judiciales se encuentra el que su empleo sea considerado de carrera administrativa. En esa misma providencia y como consecuencia de la declaratoria de inexecutable, la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo

de seis meses convocara a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, el cual debía culminar a más tardar un año después de la notificación de la sentencia (prueba aportada #3).

**2. Régimen de carrera administrativa al cual quedó sujeto el cargo de Procurador Judicial por cuenta de la sentencia de constitucionalidad.**

En la mencionada sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013 la Corte Constitucional hizo claridad acerca de que, en materia de derechos de carrera, lo ordenado por el artículo 280 superior es una mera equiparación de regímenes, al precisar que *“una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los ‘procuradores judiciales’ es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación”* (subraya no original, prueba aportada #3). Similar precisión se reiteró por esa Corporación en el Auto 255 del 6 de noviembre de 2013 (prueba aportada #4). Luego, no hay duda de que el cargo de Procurador Judicial fue incorporado, por efecto de la sentencia C-101 de 2013, al régimen de carrera propio de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, regulado en forma especial por el Decreto Ley 262 de 2000.

**3. Reiteración de la orden de convocar a concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial.**

La orden de convocar a concurso de méritos para la provisión del cargo de Procurador Judicial se reiteró en la sentencia T-147 del 18 de marzo de 2013, mediante la cual la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que convocara *“el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y frente a las cuales no se ha convocado concurso de méritos”* (subraya no original, prueba aportada #5).

**4. Concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial.**

En cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional, casi dos años después, mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 el Procurador General de la Nación reglamentó, por medio de catorce convocatorias, el concurso de méritos para proveer en propiedad todos los cargos de Procurador Judicial (prueba aportada #6).

**5. Lista de elegibles para proveer el cargo de Procurador Judicial II Penal y su vigencia.**

Una vez cumplidas todas las etapas del concurso convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015, se produjeron las listas de elegibles correspondientes a cada una de las catorce convocatorias. Fue así como, mediante la Resolución 357 del 11 de julio de 2016, publicada ese mismo día, el Procurador General de la Nación expidió la lista de elegibles correspondiente a la convocatoria número 004-2015, esto es, la realizada para proveer en propiedad 208 cargos ofertados de Procurador Judicial II Penal. Se trata de una lista que estará vigente por pocos meses, hasta el próximo 11 de julio de 2018, en cumplimiento de la regla de vigencia señalada en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 de apenas dos años. Dicha lista resultó integrada por 366 personas, entre ellas,

la doctora SANDRA LUCÍA YEPES ARROYAVE, en el puesto 150 (prueba aportada #7).

- 6. Primeros nombramientos a partir de la lista de elegibles de la convocatoria 004-2015.** El 8 de agosto de 2016 se produjeron los primeros nombramientos en período de prueba en los 208 cargos ofertados de Procurador Judicial II Penal. Cada uno de estos decretos de nombramiento es consultable en la publicación hecha el 22 de septiembre de 2016 en la página oficial de la Procuraduría General de la Nación, a la cual puede accederse mediante el siguiente enlace:

[https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/DECRETOS\\_AGOSTO\\_2016.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/DECRETOS_AGOSTO_2016.pdf)

- 7. Nombramiento en período de prueba de la doctora SANDRA LUCÍA YEPES ARROYAVE como Procuradora 100 Judicial II Penal de Bogotá y su posterior inscripción en carrera administrativa.** Mediante Decreto 3796 del 8 de agosto de 2016 el Procurador General de la Nación nombró en período de prueba por cuatro meses como Procuradora 100 Judicial II Penal de Bogotá a la doctora SANDRA LUCÍA YEPES ARROYAVE (prueba aportada #8).
- 8. Constitución de PROCURAR.** El 5 de mayo de 2017 se constituyó el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR; sindicato gremial que tiene por objeto la defensa del mérito como factor determinante del ingreso y permanencia en el cargo de Procurador Judicial (prueba aportada #9).
- 9. Comisión especial concedida a la doctora SANDRA LUCÍA YEPES ARROYAVE.** Luego que la doctora SANDRA LUCÍA YEPES ARROYAVE superara el período de prueba y, por ende, adquiriera derechos de carrera administrativa, mediante Decreto número 564 del 27 de octubre de 2017 del Procurador General de la Nación, le fue concedida comisión especial por un lapso de dos años para ocupar el cargo de Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia (prueba aportada #10).
- 10. Petición de nombramiento por el sistema de mérito.** Enterado de la vacancia temporal que sobrevino al cargo de Procurador Judicial 100 Judicial II Penal de Bogotá, el 1° de noviembre de 2017 vía e mail, y el 2 de noviembre mediante radicado físico, el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, solicitó al Procurador General de la Nación que dicho empleo fuera provisto con estricta sujeción al principio constitucional del mérito, proponiendo al efecto la figura del encargo (prueba aportada #11).
- 11. Respuesta a la petición anterior.** Mediante oficio número SGN8025 del 11 de noviembre de 2017 el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación manifestó la imposibilidad de atender la petición anterior por cuanto el cargo de Procurador Judicial 100 Judicial II Penal de Bogotá ya había sido provisto de manera provisional mediante el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017 (prueba aportada #12).

12. **Nombramiento acusado en nulidad.** Efectivamente, mediante Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, publicado solo hasta el 23 de noviembre de 2017, el Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad por seis meses al doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, en reemplazo de la doctora SANDRA LUCÍA YEPES ARROYAVE (prueba aportada #2).
  
13. **Carencia de derechos de carrera administrativa en cabeza del nombrado.** El doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR no es titular de derechos de carrera administrativa, según constancia expedida el 24 de noviembre de 2017 por el Jefe de la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación (prueba aportada #13). Tampoco hace parte de ninguna de las catorce listas de elegibles que resultaron del concurso convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 del Procurador General de la Nación. Esto último, según se advierte al revisar cada una de esas catorce listas, las cuales son consultables en la página oficial del concurso, a la cual puede accederse mediante el siguiente enlace:  
  
<http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/>
  
14. **Personas con mejor derecho a ser nombradas.** Varias son las personas que, bien por ser titulares de derechos de carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación o bien por haber superado un concurso de méritos para el cargo de Procurador Judicial II Penal, tenían mejor derecho, bien a ser encargadas o bien a ser nombradas en provisionalidad, en el cargo temporalmente vacante de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá.
  
15. **Publicación del nombramiento acusado en nulidad.** El nombramiento en provisionalidad dispuesto mediante el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017 del Procurador General de la Nación fue publicado en la página web de la Procuraduría General de la Nación el 23 de noviembre de 2017 a las 4:41 p.m. (prueba aportada #14).

Explicado el contexto fáctico y jurídico de la controversia procedo a precisar enseguida las razones por las que el acto de nombramiento acusado es contrario a derecho.

## **CARGO DE NULIDAD**

### **1. Causal de nulidad:**

La causal de nulidad que en este caso se invoca contra el acto administrativo acusado es la denominada “*infracción de las normas en que debería fundarse*”, prevista como causal de nulidad electoral en los artículos 137 y 275 del C.P.A.C.A.

La mencionada causal de nulidad se configura en el acto acusado por cuanto al momento de su expedición la autoridad demandada incurrió en violación de determinadas normas constitucionales y legales que a continuación se precisan,

así como la subregla jurisprudencial de motivar los nombramientos provisionales que recaen en cargos de carrera.

En el siguiente aparte se precisa el contenido de cada uno de los principios y reglas transgredidas, para luego explicar en detalle el concepto de su violación.

## **2. Normas de carrera administrativa violadas:**

Se presentan agrupadas en tres categorías, así:

2.2.1 De la **Constitución Política**, el principio del mérito como criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de los empleos de carrera:

*“ARTICULO 125. (...)*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*(...)”*

2.2.2 Del sistema general de carrera administrativa, el artículo 25 de la **Ley 909 de 2004** que consagra la figura del encargo como mecanismo preferente -por sobre el nombramiento provisional- para la provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa:

*“Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”*

La regla anterior, que supone el deber de todo nominador de agotar de manera preferente el encargo por sobre el nombramiento provisional, es aplicable tanto al sistema general de carrera como a los sistemas específicos.

Así lo precisó la Comisión Nacional del Servicio Civil en respuesta a las consultas radicadas bajo los números 22821 de 2008, 54342 de 2012, 56283 de 2012 y 2013-05-28 de 2013 (prueba aportada #15).

En efecto, en el último de los citados conceptos, la Comisión Nacional del Servicio Civil sostiene con toda claridad (destacado no original, prueba aportada #15):

*“3. CARACTERÍSTICAS.*

*A la luz de la normatividad vigente, es necesario resaltar las siguientes características jurídicas de la figura del encargo:*

- *NATURALEZA MIXTA. El encargo es un modo de provisión transitoria de los empleos de carrera, pero también constituye un derecho preferencial de carrera.*

- *CARÁCTER REGLADO DEL ENCARGO COMO DERECHO. El agotamiento del procedimiento para la provisión transitoria por encargo, su concesión a quien detente el mejor derecho y cumpla con los requisitos, su desarrollo y terminación se encuentran presupuestados en la ley. Para su otorgamiento, deben concurrir ciertos elementos de hecho y de derecho exigidos por el ordenamiento. El carácter reglado de la figura de encargo implica entre otros aspectos, que éste se predica respecto de un sujeto calificado, esto es, el empleado titular de derechos de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la ley, para hacerse a creador al encargo. La figura del encargo no puede aplicarse respecto de servidores nombrados en provisionalidad o en empleos de otra naturaleza (...)*

- *ES UN MECANISMO PREFERENTE DE PROVISIÓN TRANSITORIA DE EMPLEOS DE CARRERA. El procedimiento de encargo debe agotarse de manera preferente al nombramiento en provisionalidad. Sólo en defecto de la posibilidad de otorgar un encargo para la provisión transitoria de un empleo de carrera en vacancia temporal, es procedente acudir al nombramiento en provisionalidad. Así mismo, debe tenerse en cuenta que, **el deber de agotar de manera preferente el encargo, por sobre el nombramiento en provisionalidad es aplicable, tanto al sistema general de carrera como a los sistemas específicos.***

(...)

- *TRANSITORIEDAD. Siendo un modo de provisión transitoria el encargo no tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo, sino que por el contrario, tiene un carácter temporal, que debe ser establecido desde el momento mismo de la concesión.*

(...)

- *EL ENCARGO ES UN MECANISMO DE PROVISIÓN QUE CONCEDE UNA ESTABILIDAD PRECARIA. Esto significa que el encargo debe ceder ante la provisión definitiva del empleo por cualquiera de los mecanismos de provisión establecidos en la Ley y, que la estabilidad en el empleo no es equiparable a la que se adquiere a través de los mecanismos de provisión definitiva.*

- *EL DERECHO A ENCARGO SUSCEPTIBLE DE SER EXIGIDO POR VÍA DE RECLAMACIÓN DE CARRERA. Siendo un derecho preferencial del empleado de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la norma, este derecho puede exigirse mediante el procedimiento de reclamación de carrera, dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 760 de 2005.*

(...)"

2.2.3 Del sistema específico de carrera de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, contenido en el **Decreto Ley 262 de 2000**, las siguientes normas:

En primer lugar, las que regulan la figura del encargo y que deben ser interpretadas conforme al principio constitucional del mérito como criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de empleos (artículo 125 superior) y en armonía con lo señalado en el ya citado artículo 25 de la Ley 909 de 2004:

*“ARTÍCULO 82. Clases de nombramiento. En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:*

*(...)*

*c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.*

*Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.*

*(...)*”

*“ARTÍCULO 183. Concepto. La carrera de la Procuraduría es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma.*

*Para alcanzar estos objetivos, **el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera de la Procuraduría se hará exclusivamente con base en el mérito,** sin que las consideraciones de raza, religión, sexo, filiación política u otro carácter puedan influir sobre el proceso de selección”.*

*“ARTÍCULO 185. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.*

*Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.*

*El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.*

*El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.*

*Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.*

*Parágrafo. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1º de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000.”*

*“ARTÍCULO 187. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos **podrán ser provistos por encargo** o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.*

*El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.”*

Y en segundo lugar, la regla que otorga a los elegibles el derecho a ser nombrados en cualquier tipo de vacante que se presente en el mismo empleo para el cual se concursó o en otro igual:

*“ARTÍCULO 216. Lista de elegibles. (...)*

*El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.”*

Para los efectos de este artículo, tratándose de vacantes transitorias, debe entenderse que el nombramiento del elegible tendrá que ser en provisionalidad, en atención a lo señalado en el ya citado artículo 82, literal c), del Decreto Ley 262 de 2000.

### **3. Subreglas jurisprudenciales violadas:**

#### **3.1.1. Deber de motivación de los nombramientos provisionales en cargos de carrera**

La jurisprudencia constitucional ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en cargos de carrera administrativa, en el sentido de imponer al nominador la carga de justificar las razones por las cuales se recurre a las vías de excepción para proveer cargos de carrera.

Dicha subregla jurisprudencial se estructura a partir de lo considerado, entre otras, en las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2001, T-392 de 2005, C-733 de

2005 y especialmente en la C-753 de 2008, oportunidad en la que la Corte Constitucional sostuvo (subraya no original):

*“Así mismo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso.”<sup>1</sup>*

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

La anterior subregla jurisprudencial es exigible tanto en el sistema general de carrera administrativa como en los específicos. Para corroborar tal afirmación basta con advertir que la anterior transcripción corresponde a la *ratio decidendi* conforme a la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 74 del Decreto Ley 91 de 2007, norma propia del sistema especial de carrera del Sector Defensa que autoriza los nombramientos provisionales y en encargo en dicho Sector. De hecho, la decisión de la Corte al respecto fue la siguiente:

*“5.2 Declarar EXEQUIBLE de manera condicionada el inciso primero del artículo 74 del Decreto 091 de 2007 en el entendido que la provisión de cargos en provisionalidad o en encargo en la administración del sector defensa se realizará hasta cuando se provea el cargo respectivo mediante concurso público o hasta cuando se reintegre el titular del cargo, según sea el caso; así mismo deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado, en donde se deberán exponer las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesario dicha provisión excepcional.”*

No hay duda, entonces, del deber inexcusable de la administración de motivar los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en cargos de carrera administrativa, sean éstos del sistema general o de alguno de los sistemas específicos.

---

<sup>1</sup> Ver, Sentencias T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada en T-884 de 2001, MP: Clara Inés Vargas, T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra, C-733 de 2005, MP: Clara Inés Vargas.

#### **4. Concepto de violación de los principios y reglas vulneradas:**

Con la expedición del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017 el Procurador General de la Nación desconoció la naturaleza reglada que, por aplicación del principio constitucional del mérito (artículo 125 superior), se predica de todo acto de nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa, como es en este caso el de Procurador Judicial.

En concreto, las omisiones que se censuran a la administración al momento de expedir el acto acusado fueron las tres siguientes:

- Omitió acudir a la figura del encargo que, según el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, constituye el mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, incluso de los que pertenecen al régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con la doctrina autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- En caso de haber comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado (cuestión que deberá probar la parte demandada), omitió acudir a la figura del nombramiento provisional del elegible que sigue en turno; mecanismo que en el régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación se impone en virtud de lo señalado en el inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en armonía con lo señalado en el artículo 82, literal c), *ibídem*. En este caso, de haberse comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado, era deber de la administración utilizar la lista de elegibles que se encuentra vigente para el cargo de Procurador Judicial Penal II hasta el 11 de julio de 2018.
- Omitió motivar la decisión, pues contrario a lo exigido por la ya precisada subregla de la jurisprudencia constitucional (sentencia C-753 de 2008), ninguna explicación ofrece el acto acusado en punto a las *razones del servicio* (artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000) que obligaron al Procurador General de la Nación no solamente a no preferir un nombramiento en encargo, sino a acudir al nombramiento provisional que recayó en alguien que ni es titular de derechos de carrera administrativa ni integra la lista de elegibles actualmente vigente para proveer el cargo.

#### **5. El principio constitucional del mérito como criterio de interpretación de las normas que regulan la provisión temporal de empleos de carrera (en particular, el de procurador judicial) en el régimen de carrera especial de la Procuraduría.**

Con ocasión de la sentencia C-101 de 2013 se produjo un cambio en la naturaleza jurídica de los cargos de procuradores judiciales, los cuales, de ser cargos de libre nombramiento y remoción como los contemplaba originalmente el Decreto 262 de 2000, pasaron a ser de carrera administrativa. Ello implica,

por un lado, la erradicación de la discrecionalidad para proveer las vacantes (temporales o definitivas) que se lleguen a presentar, y por otro, la obligación de respetar el mérito para la provisión de esos empleos.

En efecto, la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “*Procurador Judicial*” contenida en el numeral 2) del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, por considerar que la calificación que allí se hacía de dicho empleo como de *libre nombramiento y remoción*, como lo concluyó la Corte, resultaba contraria al mandato de homologación de derechos previsto en el artículo 280 superior, y ello apareja que todas las normas referidas a la provisión de dichos cargos, se ven necesariamente irradiadas por la orientación del principio del mérito como fuente de acceso a los mismos.

Dentro de ese plexo normativo se encuentra el artículo 187 del Decreto 262 de 2000, según el cual la provisión de empleos de carrera por vacancia temporal “podrá” efectuarse “por encargo o en forma provisional”. Dicha expresión (podrá), a efectos de garantizar la vigencia y aplicación material del principio constitucional del mérito, apunta a señalar que el agotamiento de las posibilidades que da el encargo se trata realmente de un deber y no de una facultad, y solo en el caso en que no sea posible proveer el cargo a través de dicho mecanismo resultará constitucionalmente admisible acudir a la figura de la provisionalidad para el nombramiento de procuradores judiciales.

De manera que uno de los modos de provisión transitoria de empleos públicos de carrera previsto en el artículo 187 del Decreto 262 de 2000, es la figura del encargo en la cual, como es sabido, se le otorga un derecho preferente a los empleados inscritos en carrera administrativa, es decir aquellos frente a los cuales ya se ha comprobado su idoneidad para el desempeño de la función pública.

Otro de dichos modos es el mecanismo de la provisionalidad en el cual se impone la discrecionalidad del nominador sobre el criterio objetivo del mérito, pues dicha figura recae sobre personas que no se han sometido al escrutinio propio de un concurso de méritos, y puede justificarse y hasta resultar necesaria en cargos de libre nombramiento y remoción.

Esas características sucintamente expuestas hacen que la figura del encargo sea la que de mejor y mayor manera desarrolla el principio constitucional del mérito y por lo tanto constituye un mecanismo preferente de provisión temporal de empleo de carrera, y a la par, un derecho de quienes hacen parte de un sistema especial. Así incluso lo reconoce el artículo 183 del Decreto 262 cuando refiere que “el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera de la Procuraduría se hará exclusivamente con base en el mérito”

En el caso específico que nos ocupa, tal como se refirió en los hechos de la demanda, el Sindicato de Procuradores Judiciales “PROCURAR”, una vez conocida la vacante temporal de Procurador 100 Judicial II Penal, y antes de que se procediera al nombramiento mediante el mecanismo de la provisionalidad, solicitó directamente y a través de derecho de petición dirigido al nominador, que dicha vacante se proveyera mediante la figura del

encargo, requerimiento que no fue tenido en cuenta por el Procurador General de la Nación quien procedió a nombrar discrecionalmente al Dr. Herman Rincón Cuéllar, empleado no inscrito en carrera.

Con dicho proceder se incurrió en una aplicación del artículo 187 del Decreto 262 de 2000 en forma contraria a la constitución, a la ley y a los consolidados antecedentes jurisprudenciales que regulan el principio del mérito, circunstancia que hace que el nombramiento así efectuado devenga nulo.

#### **6. Precedentes jurisprudenciales que defienden la naturaleza reglada de toda actuación administrativa orientada a proveer empleos de carrera:**

No son pocos los precedentes jurisprudenciales que en sede constitucional y administrativa defienden la naturaleza eminentemente reglada de *todo* nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa. Gracias a esa sólida jurisprudencia hoy día no se discute la sujeción que debe garantizar el nominador al principio del mérito y a las reglas de carrera administrativa siempre que deba proveer, definitiva o transitoriamente, un empleo de carrera.

Del conjunto de sentencias que integran ese derrotero jurisprudencial, destacamos las siguientes por considerarlas ilustrativas para resolver el caso planteado

Sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de abril de 2015 en el expediente 76001-23-33-000-2014-01181-01, acerca del carácter reglado de los encargos:

*“2.3.4.4. De lo anterior puede concluirse:*

- i) El encargo es un derecho de los servidores públicos de carrera.*
- ii) El encargo siempre debe sujetarse a las disposiciones legales que lo regulan.*
- iii) El encargo hace parte de los incentivos no pecuniarios.*
- iv) Los incentivos hacen parte de la política estatal para mejorar el desempeño laboral de los empleados y premiar la excelencia.*
- v) Los incentivos pueden ser pecuniarios o no pecuniarios, los cuales, en todo caso, se otorgarán conforme a las normas legales correspondientes.*
- vi) Es obligación del jefe de las entidades públicas fijar anualmente el plan de incentivos para los empleados.”*

Sentencia C-288 de 2014 de la Corte Constitucional, sobre el deber de acudir a la figura del encargo ante la inexistencia de listas de elegibles tratándose de la provisión de empleos de carrera transitorios:

*“Ante la ausencia de lista de elegibles, se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad pública”.*

Sentencia C-713 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre el deber de acudir a las listas de elegibles tratándose de la provisión de empleos de carrera transitorios:

*“(...) es cierto que los jueces de descongestión tienen vocación de transitoriedad y, por lo tanto, sus titulares no pertenecen a la carrera judicial. Sin embargo, la Corte quiere llamar la atención, con especial rigor, para dejar en claro que en virtud de los principios constitucionales de transparencia e igualdad, y del mérito como criterio de acceso a la función pública, su designación hace inexcusable tomar en cuenta y respetar el orden de las listas de elegibles, conformadas por quienes han agotado todas las etapas del concurso de mérito y se encuentran a la espera de su nombramiento definitivo. Sólo de esta manera la creación de jueces de descongestión es compatible con los principios que rigen la función pública y la designación de los jueces, en particular el mérito.”*

Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre la naturaleza excepcional del nombramiento en provisionalidad o en encargo en materia de provisión de cargos de carrera administrativa:

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

## **7. Precedente jurisprudencial aplicable al caso concreto:**

Se trata de la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de marzo de 2009 en el expediente 11001-03-28-000-2008-00010-00; oportunidad en la que esa Corporación declaró la nulidad de un acto de nombramiento provisional con el cual fue provisto un cargo de carrera administrativa, luego de concluir que la forma de provisión que procedía en el caso concreto era el encargo, de manera preferencial, en los términos de la Ley 909 de 2004 (prueba aportada #17).

## **SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR**

Se sustenta de conformidad con los requisitos formales indicados en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A. aplicables al caso, así:

1. **Tipo de medida.** Comedidamente solicito que, como medida cautelar se disponga la señalada en el artículo 230, numeral 3, del C.P.A.C.A., esto es, la consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado en nulidad, contenido en el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad, por el término de seis meses, al doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC (prueba aportada #2).
2. **Causal de procedencia.** En los términos del primer inciso del artículo 231 del C.P.A.C.A., me remito al capítulo anterior de esta demanda, en donde se expusieron en detalle los argumentos por los cuales se configura en este caso la violación de los artículos 125 superior, 25 de la Ley 909 de 2004 y 82, 185, 187 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000, así como de la subregla jurisprudencial de la Corte Constitucional que impone el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en empleos de carrera administrativa, sean éstos del sistema general de carrera administrativa o de alguno de los sistemas específicos.
3. **Juicio de ponderación de intereses.** En cumplimiento del requisito de procedibilidad regulado en el artículo 231, numeral 3, del C.P.A.C.A., es del caso informar que, de no accederse ahora a la suspensión solicitada resultaría más gravoso para el interés público esperar hasta la ejecutoria de la sentencia para que la administración ajuste su proceder en el sentido de proveer el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá conforme al principio del mérito y reglas de carrera administrativa que lo desarrollan y que, según se explicó en el capítulo anterior, fueron abiertamente desconocidas.

Nótese, por ejemplo, que de esperarse hasta ese momento procesal, lo más seguro es que ya habrá perdido vigencia la lista de elegibles correspondiente a la convocatoria número 004-2015, adoptada mediante la Resolución 357 del 11 de julio de 2016. De manera que, para entonces ya no será posible acudir a una de las posibilidades legales de provisión del cargo, según el sistema específico de carrera aplicable al caso: la regulada en el inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en armonía con lo señalado en el artículo 82, literal c), ibídem.

4. **Caución.** Aun cuando la caución no procede cuando la medida solicitada es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos o cuando se actúe en defensa de la legalidad en abstracto, comedidamente solicito que, de llegar a considerarse necesario prestar caución, a la mayor brevedad se siga el trámite señalado en el artículo 232 del C.P.A.C.A.

## **OPORTUNIDAD PARA DEMANDAR**

De conformidad con el artículo 164, numeral 2, literal a), en casos como este la oportunidad para demandar es la siguiente:

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código”.*

Aplicada dicha regla de oportunidad al caso concreto y teniendo en cuenta que la publicación del acto de nombramiento acusado ocurrió el 23 de noviembre de 2017 (prueba aportada #14), el plazo para demandar su nulidad vencerá el próximo **29 de enero de 2018**, descontándose en este conteo los días de vacancia judicial que correrán entre el 20 de diciembre de 2017 y el 10 de enero de 2018, por tratarse de un plazo en días y no en meses o años (artículos 67 y 70 del C.C. y 118 del C.G.P.).

## **INAPLICABILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL PREVIA**

El medio de control de nulidad electoral no es de aquellos que requieran agotar la conciliación prejudicial administrativa como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículos 37 de la Ley 640 de 2001, 161 del C.P.A.C.A. y 2.2.4.3.1.1.2 del Decreto 1069 de 2015).

## **COMPETENCIA**

Es competencia de este Tribunal, en única instancia, por la naturaleza del asunto y por el factor territorial, en los términos del artículo 151, numeral 13, del C.P.A.C.A., según interpretación fijada en auto dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 10 de octubre de 2016 en el expediente 11001-03-28-000-2016-00069-00 (prueba aportada #18).

## **PRUEBAS QUE SE APORTAN**

1. Certificado de existencia y representación legal del Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.
2. Copia del Decreto de nombramiento en provisionalidad número 5715 del 30 de octubre de 2017 del Procurador General de la Nación (acto acusado).
3. Copia de la sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional.
4. Copia del auto 255 de 2013 de la Corte Constitucional.
5. Copia de la sentencia T-147 de 2013 de la Corte Constitucional.
6. Copia de la Resolución 40 de 2015 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se convocó a concurso.
7. Copia de la Resolución 357 de 2016 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se adoptó una lista de elegibles.
8. Copia del Decreto de nombramiento en período de prueba número 3796 del 8 de agosto de 2016 del Procurador General de la Nación.
9. Copia del acta de constitución del Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.

10. Copia del Decreto 594 del 27 de octubre de 2017 del Procurador General de la Nación, por medio del cual confiere una comisión especial.
11. Copia de la petición elevada el 1 de noviembre de 2017 por el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, al Procurador General de la Nación.
12. Copia de la respuesta dada a la petición anterior, emitida mediante oficio número SGN8025 del 14 de noviembre de 2017 del Secretario General de la Procuraduría General de la Nación.
13. Certificación sobre inexistencia de derechos de carrera administrativa en cabeza del doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR expedida el 24 de noviembre de 2017 por el Jefe de la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación.
14. Certificación sobre la fecha de publicación del nombramiento acusado.
15. Copia de los conceptos emitidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil en respuesta a las consultas radicadas bajo los números 22821 de 2008, 54342 de 2012, 56283 de 2012 y 2013-05-28 de 2013.
16. Copia de la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de marzo de 2009 en el expediente 11001-03-28-000-2008-00010-00
17. Auto dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 10 de octubre de 2016 en el expediente 11001-03-28-000-2016-00069-00.

### **PRUEBAS A CARGO DE LA ENTIDAD DEMANDADA**

Al momento de decretar las pruebas en la audiencia inicial, ruego tener en consideración la carga procesal que el parágrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A. impone a la entidad pública demandada, así:

*“Parágrafo 1º. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.*

(...)

*La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.”*

Por tanto, de no aportarse con la contestación el expediente administrativo que contiene la actuación administrativa que culminó con la expedición del acto acusado, comedidamente solicito que en la audiencia inicial se ordene compulsar copias para la investigación disciplinaria del caso y llegado el momento de dictar sentencia dar aplicación al artículo 241 del C.G.P.

### **ANEXOS**

1. Lo descrito en el acápite de pruebas.
2. Copia de la demanda y de sus anexos para el traslado a los dos demandados y al Ministerio Público.
3. Copia en medio magnético de la demanda y sus anexos.

## **DETERMINACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES**

1. Demandante: Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, representado por su Presidente, quien suscribe esta demanda.
2. Entidad demandada: Procuraduría General de la Nación, representada legalmente por el Procurador General de la Nación.
3. Nombrado demandado: Doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR.
4. Sujetos procesales especiales: Agente del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

## **NOTIFICACIONES**

1. La entidad demandada recibe notificaciones judiciales en la carrera 5 # 15-80 de Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico:

[procesosjudiciales@procuraduria.gov.co](mailto:procesosjudiciales@procuraduria.gov.co)

2. El nombrado demandado recibe notificaciones judiciales en sus oficinas ubicadas en la carrera 10 #16-82, piso 10, y en la carrera 5 # 15-80, piso 22, de Bogotá. La primera corresponde a la sede de la Procuraduría 100 Judicial II Penal y la segunda a la Dirección de Investigaciones Especiales. También en el correo electrónico:

[hrincon@procuraduria.gov.co](mailto:hrincon@procuraduria.gov.co)

A fin de evitar demoras y eventuales nulidades, se solicita a la Secretaría del Tribunal que, sin perjuicio de acudir al correo electrónico suministrado, la notificación del auto admisorio al nombrado demandado se haga con estricta sujeción a las especiales ritualidades del artículo 277 del C.P.A.C.A., norma especial para esta clase de procesos.

3. El Sindicato demandante en la carrera 10 # 16-82, piso 3, de Bogotá y en las siguientes direcciones de correo electrónico:  
[sindicatodeprocuradores@gmail.com](mailto:sindicatodeprocuradores@gmail.com)  
[procurar@procuraduria.gov.co](mailto:procurar@procuraduria.gov.co)

Atentamente,

**HECTOR JAVIER MALAVERA DAZA**

C.C. No. 80.155.080

T.P. N° 165.521 del C.S. de la J.