

## REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

**Magistrado Ponente:** OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS  
**Radicación:** No. 250002341000201800096-00  
**Demandante:** SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES  
**Demandados:** PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
**Referencia:** ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL

Por reunir los requisitos formales y ser esta Sección del Tribunal competente para conocer del proceso, se **admitirá en única instancia** la demanda presentada por el Sindicato de Procuradores Judiciales-Procurar, por intermedio de apoderado judicial, de conformidad con lo establecido en el numeral 12 del artículo 151 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA).

Así las cosas, decide la Sala la admisión de la demanda con solicitud de suspensión provisional del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, "*Por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad*", escrito presentado por el Sindicato de Procuradores Judiciales-Procurar, en ejercicio de la acción electoral establecida en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

En consecuencia, procede la Sala<sup>1</sup> a resolver la solicitud de suspensión provisional haciendo el siguiente análisis:

1) La solicitud de medida cautelar consagrada en el Capítulo XI – Título V de la Segunda Parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) aplicable por remisión expresa del artículo 296 de esta misma normatividad, prevé la procedencia en cualquier estado del proceso de las medidas cautelares, en demandas que son competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en tanto sean necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto

---

<sup>1</sup> Inciso segundo numeral 6º del artículo 277 C.P.A.C.A.

del proceso y la efectividad de la sentencia. Lo anterior, sin que dicha decisión constituya prejuzgamiento<sup>2</sup>.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 229 a 231 C.P.A.C.A., cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo y se solicita la suspensión provisional de sus efectos, ésta procederá *por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.*<sup>3</sup>

Si se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se deberá demostrar aunque sea sumariamente, la existencia de perjuicios que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor, situación que no se presenta en el caso objeto de estudio, debido a que su naturaleza en medio de control de nulidad electoral.

2) En cuanto a la petición de suspensión provisional de los actos demandados, la parte actora la fundamentó de la siguiente manera:

### **"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 de la cual el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad, por el término de seis meses, al doctor HERMAN RINCÓN CUELLAR como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá código 3PJ, grado EC.*

**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 de la Constitución Política, 25 de la Ley 909 de 2004 y 82,185, 187 y 216 del Decreto 262 de 2000, así como la subregla jurisprudencial de la Corte Constitucional que impone el deber de motivación de los*

<sup>2</sup> Artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

<sup>3</sup> Artículo 231 *ibídem*.

actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o encargo en empleos 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 CPACA., 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 que lo desarrollan que, se explicó 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 sería 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 de la Ley 262 de 2000, en armonía con lo señalado en el artículo 82, literal c), ibidem. (...)" (fls. 13 y 14 ibidem).*

En el presente caso, el demandante solicitó la suspensión provisional del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, mediante el cual se nombró provisionalmente al señor Herman Rincón Cuellar, en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC, en el cargo de Sandra Lucía Yepes, quien se encuentra en comisión especial, argumentado que la Procuraduría General de la Nación 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.

La Sala accederá a la medida cautelar solicitada por la parte actora, por las siguientes razones:

El artículo 125 de la Constitución Política, establece:

**"ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*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.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

**PARÁGRAFO.** *<Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.*

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 209 de 1994 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispone:

**"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".*

El Decreto 262 de 2000, "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos, señala:

**"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 186. Nombramiento provisional.** El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata.

*También tendrá carácter provisional la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto.*

**Parágrafo transitorio.** El empleado que esté desempeñando un cargo de carrera en calidad de provisional al momento de la entrada en vigencia de este decreto, podrá participar, en igualdad de condiciones, en el concurso realizado para la provisión del respectivo empleo, aunque éste sea de ascenso.

**"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".**

(...)

**ARTÍCULO 216. Lista de elegibles.** Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan, un puntaje total igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso.

La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.

La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente.

La lista deberá fijarse en donde se publicaron los demás actos expedidos dentro del proceso de concurso.

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar, el nombramiento recaerá en quien haya obtenido el puntaje superior en la prueba de conocimientos y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente.

Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad. **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.***

A su vez el artículo 3º de la Resolución No. 357 de 2016, "Por medio de la cual se establece una lista de elegibles", señala:

**"ARTÍCULO TERCERO: VIGENCIA.** La presente lista de elegibles tiene vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su publicación y **será utilizada de conformidad con lo previsto en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en consonancia con el artículo vigésimo de la Resolución 040 de 2015**". (fls. 73 a 83 cdno. ppal.).

Atendiendo las normas antes transcritas, se tiene que un empleo puede estar vacante definitiva o temporalmente, no obstante, en los dos casos puede estar provisto de manera temporal o transitoria, mediante un encargo o un nombramiento provisional, en cuyo caso se considera que el empleo, si bien está vacante se encuentra ocupado, pero no de manera definitiva sino transitoria.<sup>4</sup>

En ese orden la Sala advierte que la Procuraduría General de la Nación cuenta con la habilitación legal para la designación provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

No obstante lo anterior, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, revisado el expediente, se advierte que de conformidad con lo señalado en el artículo 3º de la Resolución No. 357 de 2016, la lista de elegibles tiene vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su publicación y que la misma sería utilizada de conformidad con lo previsto en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000.

En efecto, el inciso 6 del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, establece que el nominador deberá utilizar las listas en estricto orden

<sup>4</sup> Concepto 201660000168941 Departamento Administrativo de la Función Pública.

descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales.

En ese sentido, reitera la Sala que es procedente decretar la medida cautelar solicitada en la demanda, porque el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, impone el deber al nominador de utilizar las lista de elegibles estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, como efectivamente sucedió en el caso objeto de estudio.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, ante la vulneración del inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, por parte de la Procuraduría General de la Nación se accederá a la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, mediante el cual se nombró provisionalmente al señor Herman Rincón Cuellar, en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC, en el cargo de Sandra Lucía Yepes, quien se encuentra en comisión especial, que se encuentra debidamente sustentada, permite adoptar la medida para asegurar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Tal como lo ha manifestado en su jurisprudencia el Consejo de Estado, lo anterior, quiere significar que es urgente adoptar la medida cautelar solicitada para que se garantice el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia como quiera solo así es posible evitar que el fallo que eventualmente declare la nulidad del acto acusado surta efectos.<sup>5</sup>

Por las anteriores razones la demanda se admitirá en única instancia y se accederá a la medida de suspensión provisional del acto administrativo cuya nulidad se pretende.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B,**

<sup>5</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D. C., 15 de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15).

**RESUELVE:**

**1º) Accédase a** la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 5715 de 30 de octubre de 2017, por el cual se nombró provisionalmente al señor Herman Rincón Cuellar en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC, en el cargo de Sandra Lucía Reyes quien se encuentra comisión especial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**2º) Admítase en única instancia** la demanda de la referencia y en consecuencia, **notifíquese** personalmente este auto al señor Herman Rincón Cuellar, cuyo nombramiento en provisionalidad en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC, en el cargo de Sandra Lucía Reyes quien se encuentra comisión especial, se impugna en este proceso, conforme a la regla prevista en el literal a) del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 con entrega de copia de la demanda y sus anexos e **infómersele** que la demanda podrá ser contestada dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda o al del día siguiente de la publicación del respectivo aviso, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 1437 de 2011.

Si no fuere posible la notificación personal dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición de este auto, **notifíquese** de conformidad con lo previsto en los literales b) y c) del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, con aplicación de lo consagrado en los literales f) y g) de esa misma disposición, según los cuales las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado sólo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según el caso; de igual manera, si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente.

**3°) Notifíquese** personalmente este auto al representante legal de la Procuraduría General de la Nación mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, e **infómersele** que la demanda podrá ser contestada dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda o al del día de la publicación, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 1437 de 2011.

**4°) Notifíquese** personalmente al Ministerio Público.

**5°) Notifíquese** por estado a la parte actora.

**6°)** Previa coordinación con las autoridades respectivas, por Secretaría **infórmese** a la comunidad la existencia del proceso en la forma prevista en el numeral 5 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

**7°) Notifíquese** personalmente al director general o al representante delegado para recibir notificaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS** **Ausente con Permiso**  
**Magistrado** **FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**

  
**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**  
**Magistrado**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECRETARÍA SECCIÓN PRIMERA  
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto de notificación por ESTADO de  
hoy, **08 MAR. 2018**

La (el) Secretaria (o) \_\_\_\_\_

