

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

**Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**  
**Radicación: No. 250002341000201800260-00**  
**Demandante: MARIO ANDRÉS SANDOVAL ROJAS**  
**Demandados: NICOLÁS RINCÓN MONCALEANO**  
**Referencia: 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 señor Mario Andrés Sandoval Rojas de conformidad con lo establecido en el numeral 12 del artículo 151 de la Ley 1437 del 2011, y el artículo 1º del Decreto 3356 de 2009, por el cual se establece la nomenclatura y la denominación del cargo objeto de controversia.

Así las cosas, decide la Sala la admisión de la demanda con solicitud de suspensión provisional del Decreto 099 de 18 de enero de 2018, *"Por el cual se hace un nombramiento provisional en un cargo de carrera Diplomática y Consular en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores"*, (fls. 1 a 4), solicitada por el señor Mario Andrés Sandoval Rojas 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

---

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

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 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:

*"De manera respetuosa le solicito al señor (a) Magistrado (a) que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 229 y subsiguientes del CPACA, se decrete como medida cautelar, LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL del DECRETO 099 DE 18 DE ENERO DE 2018, mediante el cual se nombra con carácter provisional a NICOLÁS RINCÓN MONCALEANO, con cédula de ciudadanía 81.721.141, en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, código 2112, grado 19, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Árabe de Egipto.*

*Lo anterior, hasta que se resuelvan de fondo los cargos de nulidad endilgados en la acción de la referencia, y con el fin de*

<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*.

*evitar que se cause un perjuicio irremediable para la Nación y el interés general.*

*Esta solicitud se respalda en lo establecido en el artículo 231 del CPACA*

*(...)*

*A continuación, se demostrará que la Medida Cautelar solicitada cumple la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 231 ibidem y las disposiciones subsiguientes:*

*1) En efecto, la Medida Cautelar solicitada es procedente en el entendido que se encuentra razonablemente fundada en derecho, tal y como se evidencia en el cuerpo de la demanda de nulidad electoral, donde se ha puesto de manifiesto la contradicción entre el acto acusado y las normas en que debe fundarse.*

*Específicamente, se ha logrado hacer EVIDENTE, sin que se tenga que realizar un análisis jurídico complejo para arribar a esa conclusión, que el decreto acusado incurre en la Violación de la prohibición establecida por el literal b del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, CARGO DE NULIDAD que para darse por probado no requiere de más pruebas que las aportadas con la demanda.*

*2) Por su parte, el requisito de acreditar la titularidad de los derechos invocados no aplica para el presente caso, dado que los intereses jurídicos cuya protección se demanda a través de la acción electoral, son derechos colectivos como el patrimonio público, la legalidad, la moralidad administrativa, el mérito como principio de acceso a los cargos públicos, entre otros. En consecuencia, su titularidad está radicada en cabeza de la sociedad en general.*

*3) Con la acción de nulidad electoral se presentaron todos los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permiten concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resulta más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. A continuación, se ahondará en este punto:*

*Es claro que optar por **NO** decretar la medida cautelar resulta significativamente más oneroso y lesivo para el patrimonio público y el interés general, que decidirse por sí decretarla. Basta poner de presente las siguientes razones:*

**3.1)** Al no decretar la medida cautelar impetrada, el fallo de la acción electoral podría llegar a ser nulatorio para la protección del patrimonio público en tanto ya no podrían recuperarse los salarios ni demás beneficios pagados al provisional nombrado, pues este los habría recibido de buena fe. Entre los dineros que no podrían recuperarse, tenemos los siguientes:

**3.1.1)** A la fecha de presentación de esta solicitud, el señor NICOLÁS RINCÓN MONCALEANO NO SE HA POSESIONADO DE SU NUEVO CARGO. Pero, si no se decreta la medida cautelar solicitada, esta posesión está próxima a presentarse, con lo cual se presentaría una grave afectación al patrimonio público.

Por lo anterior, aún no ha recibido ningún salario ni beneficio especial de los que se reconocen en el artículo 63 del Decreto Ley 274 de 2000, pues el artículo 2.2.5.5.5 del Decreto 1083 de 2015 prohíbe la provisión de empleos con efectos fiscales anteriores a la posesión. Sin embargo, la posesión en el cargo deberá producirse en el término contemplado en el artículo 2.2.5.7.1 ibídem.

**3.1.2)** Sin embargo, de no decretarse la medida cautelar deprecada, el señor NICOLÁS RINCÓN MONCALEANO se posesionará en su nuevo cargo, donde recibirá los emolumentos consagrados en el Régimen Salarial y Prestacional de los servidores públicos diplomáticos y consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores establecido en el **Decreto 2348 del 2014** que, para el cargo de Primer Secretario

(...)

De manera que, **cada mes** que tarde en definirse la acción de la referencia, el Estado deberá costear **USD 6.170** por concepto de salarios y demás emolumentos a un funcionario provisional que está ocupando un cargo para el cual existen funcionarios de carrera con un mejor derecho que, sin embargo, están comisionados por debajo, eso sí, percibiendo el sueldo correspondiente a su escalafón.

Aunque esto no vaya en contra de los derechos salariales de los miembros de la Carrera Diplomática y Consular, **SÍ ES TOTALMENTE CONTRARIO AL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y ECONOMÍA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y REPRESENTA UN GRAVE DETRIMENTO PATRIMONIAL.**

Lo anterior demuestra que, esta Carrera Diplomática y Consular paralela, no solamente afecta los derechos a la igualdad y al mérito, sino que **DESANGRA LOS RECURSOS PÚBLICOS** mediante una gestión ineficiente del talento humano.

**3.1.3)** De posesionarse en su cargo, el funcionario designado en provisionalidad también percibirá los beneficios especiales consagrados en el artículo 62 del Decreto 274 de 2000, que tampoco podrían recuperarse. Entre estos beneficios se encuentran:

- los pasajes de ida y regreso de la nombrada y su núcleo familiar.
- los viáticos (la suma equivalente a la asignación básica mensual del cargo de destino más el 75%)
- la Prima de Instalación
- el Transporte de Menaje Doméstico (Una suma equivalente a la asignación básica mensual del cargo de destino en el exterior)

Todos estos beneficios le son aplicables al funcionario designado en provisionalidad, en virtud del artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000

(...).

**3.1.4)** Además, en el evento de no decretarse la medida cautelar incoada, ya para el momento de emitirse sentencia, los 7 Primeros Secretarios de Relaciones Exteriores que están actualmente disponibles para ser nombrados en el cargo provisto por estar comisionados por debajo de su cargo, estarían en otras situaciones administrativas y probablemente ya no podrían ser designados en él.

Durante el tiempo que tarde el proceso, la Administración habría tenido que cancelar dos salarios de Primer Secretario por un solo cargo ejercido: un salario a quien ostenta en rango, pero está comisionado por debajo, y otro a quien sin ser de carrera está ocupando el cargo en provisionalidad por la' supuesta falta de miembros de la carrera disponibles para proveer su cargo.

Se repite que, aunque no se afecten los derechos salariales del funcionario de carrera **SÍ SE ESTÁ AFECTANDO GRAVEMENTE EL ERARIO CON UNA GESTIÓN ANTIECONÓMICA.**

Esta situación ya ha sido calificada por la Contraloría General de la República como una gestión antieconómica, tal como lo consigna en el Oficio 203EE0012424 de 22-02-2013 dirigido a la Ministra de Relaciones Exteriores, donde realizó un estudio de los

*sobrecostos en que incurría la entidad por abusar de la provisionalidad y las comisiones.*

*(...)*

*En contraste con el escenario expuesto, si se decreta la medida cautelar, al señor **NICOLÁS RINCÓN MONCALEANO** no se le estaría vulnerando ningún derecho pues, como se ha repetido incansablemente por la jurisprudencia, la provisionalidad solo consagra una estabilidad intermedia en el cargo, estabilidad que en todo caso estará siempre supeditada al respeto a los derechos de carrera, de conformidad con el artículo 125 constitucional y que, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en su jurisprudencia*

*(...)*

*Es más, la suspensión provisional de los efectos del acto demandado haría aún menos gravosa la situación de la persona designada en provisionalidad, puesto que le evitaría el desgaste innecesario de trasladarse con su familia desde Filipinas hasta Egipto, para cumplir las funciones del cargo para el cual fue nombrado, para luego tener que regresar unos meses después cuando se declare la nulidad de dicho acto.*

**4)** *En cuanto al requisito previsto en el numeral 4 del artículo 234 bajo análisis, el mismo se cumple a cabalidad en el presente caso, ya que de no otorgarse la suspensión provisional del acto administrativo demandado, se causaría un perjuicio irremediable para el patrimonio público puesto que, como se argumentó previamente, no podrían recuperarse los salarios ni demás prestaciones sociales y beneficios administrativos que fuesen pagados y/u otorgados al funcionario provisional debido a que este los habría recibido de buena fe y, en virtud del principio de seguridad jurídica, gozaría de la protección de sus derechos adquiridos en claro desmedro del interés y el patrimonio público.*

*En virtud de lo anterior, se está a tiempo de evitar la configuración del daño inminente para el patrimonio del Estado y del perjuicio irremediable para el interés general que ocasionaría este acto administrativo ilegal e inconstitucional en el evento de que surta efectos, pues una vez pagados los salarios y demás prestaciones laborales al provisional, la recuperación de estos dineros sería imposible.*

*En ese mismo sentido, debe ponerse presente que dentro del presente caso se evidencian serios indicios para considerar que, de no otorgarse la medida cautelar, la sentencia sería nugatoria puesto que, para el momento en que se profiera el fallo, el*

**provisional ya habrá ejercido sus funciones durante un largo periodo, en un cargo en el que no podía haber sido nombrado nuevamente por llevar más de 4 años como provisional en el servicio exterior. No hay que olvidar que el espíritu de la norma y concretamente de la prohibición establecida en el literal b. del artículo 61 del Decreto 274 de 2000 es garantizar que se respete el mérito y la igualdad pues, los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular tardan 12 años para llegar al cargo de Primer Secretario y sería cuando menos injusto, que una persona que no es de la carrera disfrute de la estabilidad que esta ofrece, ostentando un nombramiento desde el año 2013, sin haberse tenido que someter al concurso, a los exámenes de ascenso y a la alternación entre diferentes sedes para prestar un buen servicio diplomático y consular.**(fls. 1 a 4 escrito de demanda y 31 a 37 de la subsanación de la demanda).

En el presente caso, el demandante solicitó la suspensión provisional del Decreto 099 del 18 de enero de 2018, mediante el cual se nombró provisionalmente a Nicolás Rincón Moncaleano en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, código 2112, grado 19, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Árabe de Egipto, argumentado que el Ministerio de Relaciones Exteriores violó el principio de especialidad por nombramiento en provisionalidad sin tomar en cuenta el personal de la carrera diplomática y consular establecido en los artículos 60 y 61 del Decreto 274 de 2000, por desconocimiento del principio de publicidad establecido en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y por haberse expedido con falsa motivación.

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

a) El nombramiento en provisionalidad de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores está regulado en 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*"; cuyo texto es el que sigue:

**"ARTÍCULO 60. Naturaleza. Por virtud del principio 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"** (negritas fuera del texto).

De conformidad con esa preceptiva, se tiene que en el servicio exterior es permitido el nombramiento provisional de funcionarios que no pertenecen a la carrera diplomática y consular bajo la condición de que no exista la posibilidad de la provisión del respectivo cargo con funcionarios de carrera.

Así el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta con la habilitación legal para la designación provisional como excepción a la regla de la carrera diplomática y consular, atendiendo a las necesidades del servicio derivadas del denominado principio de especialidad.

La provisionalidad opera como forma excepcional de provisión del cargo de carrera a partir de la cual la Cancillería puede proceder al nombramiento de personas no inscritas en la carrera cuando no sea posible hacerlo con funcionarios pertenecientes a dicho régimen legal.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, revisado el expediente, contrario a lo manifestado por el demandante, en esta instancia procesal no obra prueba que demuestre que sí existían funcionarios inscritos para el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores al momento de la expedición del acto demandado inscritos en la Carrera Diplomática y Consular escalafonados en el grado de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, que habían cumplido su periodo de alternancia tal como lo exige el artículo 35 y siguientes de la norma reguladora del servicio exterior.

b) Aduce el demandante que el Decreto 099 del 18 de enero de 2018, fue expedido con falta de motivación, por cuanto el mismo fue expedido con la facultad que le confiere al nominador el artículo 60 de Decreto Ley 274 de 2000, para proveer en provisionalidad cargos de carrera y esta "imposibilidad" no se demostró.

Por consiguiente la demostración de que si era posible designar en dichos cargos a funcionarios de carrera deja al acto acusado, incurso en causal de nulidad por falsa motivación, como quiera que existen funcionarios de

carrera en la planta global del ministerio ascendieron a la categoría de Primer Secretario que están comisionados por debajo de esa categoría de la carrera, pero además, que pudo haberse recurrido a la comisión especial del artículo 53 y a las excepciones a la frecuencia de los lapsos de alternación contempladas por los artículos 37 y 40 para proveer en el cargo a otros miembros de carrera del mismo o de distinto rango.

Al respecto, reitera la Sala que en esta instancia no se ha allegado prueba que demuestre que al momento de expedirse el acto administrativo cuya suspensión se solicita existían funcionarios habilitados para ocupar el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores, por lo que la aplicación del régimen excepcional de la provisionalidad está debidamente sustentada en la facultad legal que permite esta clase de nombramientos de carácter discrecional.

Así las cosas, la Sala habrá de denegar la solicitud de suspensión provisional del Decreto 099 del 18 de enero de 2018, por el cual se nombró provisionalmente al señor Nicolás Rincón Moncaleano en el cargo de Primer Secretario de Relaciones Exteriores

Por las anteriores razones la demanda se admitirá en única instancia y se denegará la medida de suspensión provisional de los actos administrativos cuya nulidad se pretende.

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

**RESUELVE:**

**1º) Niégase** la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 099 de 18 de enero de 2018, por el cual se nombra provisionalmente al señor Nicolás Rincón Moncaleano como Primer Secretario de Relaciones Exteriores, código 2112, grado 19 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**2°) Admítase en única instancia** la demanda de la referencia y en consecuencia, **notifíquese** personalmente este auto al señor Nicolás Rincón Moncaleano cuya elección como Primer Secretario de Relaciones Exteriores, código 2112, grado 19 de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores 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.

Adicionalmente, **comuníquesele** a través de correo electrónico, visible en el folio 12 vltto de la demanda y 25 de la subsanación de la misma, acerca de la existencia del proceso.

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 del Ministerio de Relaciones Exteriores 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** **FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
Magistrado Magistrado

  
**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**  
Magistrado