

00REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,
D.C., SECCIÓN SEGUNDA

AUTO DE SUSTANCIACIÓN No. 372

Marzo seis (6) de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: EXP. N.R. 11001-3335-007-2019-00158-00
DEMANDANTE: SHIRLEY ORTIZ DE PAREJA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

Se reconoce personería adjetiva a los Doctores JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.266.852 de Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 98.660 del C.S. de la J., y CINDY NATALIA CASTELLANOS ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.053.324.897 de Bogotá D.C., y portadora de la T.P. NO. 307.591 del C.S de la J., como apoderados principal y sustituta de la entidad demandada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos, visibles en los folios 190 y 193 del expediente, respectivamente.

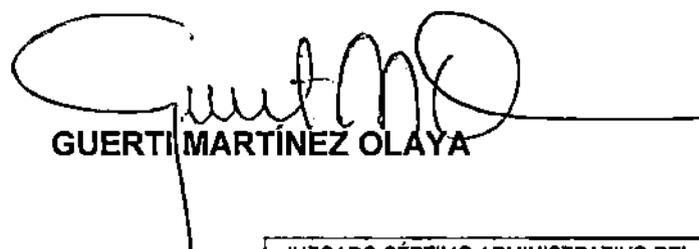
En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 612 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho, se dispone a fijar fecha para realizar Audiencia Inicial establecida en el artículo 180 ibídem, en consecuencia:

Señálese el día VEINTISÉIS (26) DE MARZO DE 2020, a las 2:30 P.M., en la carrera 57 No. 43-91 del Edificio CAN, de la ciudad de Bogotá, para llevar a cabo la citada diligencia.

Se advierte a los apoderados que la asistencia a esta audiencia es obligatoria, so pena de dar aplicación del numeral 4 del artículo 180 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


GUERTI MARTÍNEZ OLAYA

Jasr

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ, D.C. ESTADO No. 029 DEL 9 DE MARZO DE
2020.
LA SECRETARIA 

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

AUTO INTERLOCUTORIO No. 183

Marzo seis (06) de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: **Exp. N.R. No. 110013335007201900411-00**
DEMANDANTE: **GLORIA INÉS QUINCHANEGUA PINEDA**
DEMANDADO: **NACIÓN – DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA - DANE**

Cumplida la ritualidad procesal y atendiendo las previsiones de los artículos 229 a 233 del C.P.A.C.A, se procede a decidir sobre la solicitud de medida cautelar, presentada por el apoderado judicial de la señora Gloria Inés Quinchanegua Pineda, dentro de proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, iniciado en contra la Nación – Departamento Nacional de Estadística - DANE.

ANTECEDENTES

1.- Demanda presentada como fundamento de la medida cautelar y su solicitud.

Las pretensiones dentro de la demanda presentada por la señora Gloria Inés Quinchanegua Pineda, son las siguientes:

“1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0232 de 2019 del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA –DANE, por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba de una de las personas de la lista de elegibles de la convocatoria y declaran insubsistente a la Señora GLORIA INES QUINCHANEGUA PINEDA y la Resolución No. 0572 por medio de la cual se resuelven el recurso de reposición sobre el acto administrativo referido.

2. Que, como consecuencia de la declaratoria inicial, LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE reintegre al cargo que venía desempeñando en esa entidad o uno de iguales o mejores condiciones de manera transitoria hasta que el fondo de pensiones le reconozca la pensión de vejez y la incluya en la nómina de pensionados, puesto que en el momento no cuenta con recursos económicos con que cubrir sus necesidades básicas y demás obligaciones económicas.

3. Que LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE, Reconozca y pague, las mesadas atrasadas, con las respectivas primas, semestral y de navidad, incluyendo el valor de Los aumentos que se hubieren decretado, debidamente indexados, cuyo valor aproximado se estima en \$6'500.000 COP (SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS)

4. Que LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-DANE, liquide y pague los intereses comerciales y moratorios hasta que le dé cabal cumplimiento al acuerdo conciliatorios que le puso fin al proceso.”

En escrito separado, solicitó como medida cautelar:

(i) El reintegro de la demandante, al cargo de Secretario Ejecutivo Código 4210, Grado 18, con ubicación funcional en el Dirección de Difusión, Mercadeo y Cultura Estadística – DIMCE, el cual venía desempeñando en esa entidad, o uno de iguales o mejores condiciones de manera transitoria, hasta que el fondo de pensiones le reconozca la pensión de vejez y la incluya en nómina, por no contar en el momento con recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas y demás obligaciones económicas.

(ii) Como consecuencia de lo anterior, se suspenda temporalmente los efectos de la Resolución No. 0232 de 2019, por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba de una de las personas de la lista de elegibles de la convocatoria, y declaran insubsistente a la demandante.

(iii) De manera **subsidiaria**, en el evento de no ser posible la suspensión temporal de los efectos de la Resolución No. 0232 de 2019, se solicita reubicar a la demandante, en un cargo de iguales o mejores condiciones, de manera transitoria, hasta que el fondo de pensiones le reconozca la pensión de vejez, y la incluya en nómina de pensionados, por no contar con los recursos económicos para suplir sus necesidades básicas.

La solicitud de medidas cautelares, se sustenta en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley 790 de 2002, tiene la calidad de prepensionada, toda vez que nació el 15 de febrero de 1959, contando con 56 años de edad para el 10 de febrero de 2015, momento en el que se dio apertura a la convocatoria No. 326 de 2015, mediante el Acuerdo No. 534 del 10 de febrero de 2015.

Manifiesta además, que la actora tiene una situación económica precaria, y que depende de su sueldo en el DANE para poder seguir cotizando y así acceder a la pensión de vejez, debido a que por su edad, esto es, 60 años, no le es posible acceder a un empleo, que le garantice sus derechos fundamentales, por tratarse de una persona de especial protección constitucional.

2.- Trámite procesal

Conforme lo ordena el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, se dispuso correr traslado de la referida solicitud de medida cautelar, mediante Auto del 29 de noviembre de 2019¹, decisión que fue notificada a la parte demandada, el 12 de febrero de 2020², quien se manifestó sobre la misma, en escrito del 19 de febrero de 2020³, y a la vinculada, el 14 de febrero del mismo año⁴, quien se pronunció respecto de la medida, el 18 de febrero de 2020⁵.

3.- Argumentos de oposición.

3.1. Señora Gloria Inés Moreno Bohórquez, en su calidad de vinculada (fl. 14 a 16).

A través de apoderada judicial, la señora Gloria Inés Moreno Bohórquez, vinculada como tercera interesada en las resultas del proceso, en razón a que es la persona que fue nombrada en periodo de prueba en el cargo que venía desempeñando la demandante, manifestó que las medidas cautelares solicitadas no resultan procedentes, por cuanto la demanda no está fundada razonablemente en derecho, pues se desconocen los derechos de carrera adquiridos con ocasión al concurso de méritos que se adelantó conforme a la normatividad vigente, y en el que también participo la actora, sin que lograra el puntaje requerido para acceder al cargo.

Señala, que la demandante no demostró la titularidad del derecho invocado, por cuanto no resultó elegible en la convocatoria, conllevando a que no pueda pretender que se remueva del cargo a quien obtuvo el derecho, para en su lugar, volverla a vincular.

Indica, que la demandante no demostró, conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, que resultara más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que reconocerla, por el contrario, ésta se afectaría gravemente, al desconocerse normas

¹ Folio 4.

² Folio 7.

³ Folios 30 a 39

⁴ Folio 10

⁵ Folios 13 a 16

constitucionales que instituyen la figura de la carrera administrativa, ya que su cargo fue adquirido legalmente.

Alude, a que no se causa un perjuicio irremediable para la actora, y que tampoco hay motivos para considerar que de no otorgarse la medida, los efectos de la sentencia sean nugatorios, toda vez que no se le ha causado ningún perjuicio, más aun cuando el acto administrativo está causando efectos jurídicos, por lo que solicita se rechacen las medidas cautelares.

3.2. Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE (fl. 30 a 39).

Por intermedio de apoderado judicial, la entidad demandada se opone a la medida cautelar, refiriéndose específicamente a la suspensión temporal de la Resolución No. 0232 del 21 de febrero de 2019, realizando un recuento de los hechos de dicha solicitud, y analizando las normas que regulan las medidas cautelares, indicando como cuestión previa, que no puede pretenderse solo la suspensión de la citada Resolución, cuando la misma fue objeto de reposición, y resuelto mediante la Resolución No. 0572 del 12 de abril de 2019.

Señala, que el acto administrativo demandado sobre el cual se solicita la suspensión, no vulnera las normas invocadas como violadas, en especial la Ley 790 de 2002, la cual es aplicable a los servidores públicos retirados en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública, entre el 1 de septiembre de 2002 y el 31 de enero de 2004.

Hace mención, a la forma de provisión de empleos públicos, de acuerdo con la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, dentro de los cuales está la carrera administrativa, explicando el procedimiento adelantado respecto de la convocatoria No. 326 de 2015, mediante el Acuerdo No. 534 del 10 de febrero de 2015, donde se expidió la Resolución No. 20172220029045 del 5 de mayo de 2017, que conformó la lista de elegibles, advirtiendo que la demandante tenía un nombramiento provisional, razón por la cual se procedió a nombrar a la señora Gloria Inés Moreno Bohórquez, en periodo de prueba, declarándose insubsistente a la actora.

Refiere, a la estabilidad laboral de los provisionales, quienes la tienen de manera relativa o intermedia, y para el caso bajo estudio, con ocasión a que la lista de elegibles estaba conformada por un número mayor de aspirantes que el número de cargos a proveer, la Administración se vio en la necesidad de retirar al personal provisional que se encontraba desempeñando esos cargos, procedimiento que ha sido definido por el H. Tribunal Constitucional, donde se estableció quienes haría parte de dicha estabilidad, dentro de los cuales están los prepensionados, de acuerdo a la aplicación de unos criterios de razonabilidad o proporcionalidad, y que fueron tenidos en cuenta por la entidad, para tomar la decisión de declarar insubsistente a la demandante, debido a que el cargo que desempeñaba era la única vacante, y la lista de elegibles estaba conformada por 9 personas.

Indica, que el Departamento Administrativo de la Función Pública, rindió concepto donde analizó la terminación de los nombramientos provisionales, estableciendo un orden de protección, estando el de prepensionado en el tercer lugar de prevalencia, aspecto aplicable en el evento en que existan más cargos vacantes que el número de elegibles, lo cual no opera para el caso concreto, pues solo existía una vacante, y que la demandante se encontraba desempeñando de manera provisional.

Aludió, a que la entidad no contaba con el margen de maniobrabilidad para disponer la continuidad de la actora como servidora pública, pues se imponía la obligación de proveer el cargo con el personal de carrera administrativa, de manera definitiva, lo que provocó la terminación de su nombramiento, evidenciándose razones meramente objetivas, como quedó plasmado en los actos administrativos demandados.

Señala, cuándo se adquiere la calidad de prepensionado, mencionando para tal efecto la Sentencia del Consejo de Estado, de fecha 8 de junio de 2017, donde se consideró que se debe tener dicha calidad, al momento en que se da apertura a la respectiva convocatoria pública, y en el caso de la demandante, para el 10 de febrero de 2015, apertura de la convocatoria No. 326 de 2915, tenía 55 años de edad, y no obstante reunir uno de los requisitos para ser considerada como prepensionada, no ocurrió lo mismo respecto de las semanas cotizadas, pues solo contaba con 1072 semanas aproximadamente, por tanto no era sujeto de protección especial para permanecer en el cargo, toda vez que debía reunir las dos exigencias.

Manifiesta, que se están invocando normas que no tienen aplicación al caso de la demandante y que están derogadas, como la Ley 790 de 2002, la cual dispuso el denominado reten social como una garantía laboral, lo cual no guarda relación con la materia objeto de estudio, pues la desvinculación no obedeció al programa de renovación de la Administración Pública, ni estuvo relacionado con liquidación, supresión o fusión de entidades, por el contrario, de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, su retiro obedeció a la provisión del cargo en carrera administrativa, aunado a que de conformidad con dicha norma, no tiene la calidad de prepensionada. De igual forma, menciona, que la Ley 812 de 2003 no le resulta aplicable, toda vez que su retiro no obedeció a ningún rediseño institucional, sumado a que dicha norma fue derogada por la Ley 1450 de 2011.

Para finalizar, se refiere a las consecuencias de la suspensión del acto administrativo demandado, el cual no debe prosperar, por cuanto no se reúnen los requisitos de procedibilidad, y de decretarse, se causarían efectos perjudiciales, vulnerando derechos de carrera adquiridos legalmente, como el que tiene la vinculada al proceso, adicional a ello, no se reúnen los requisitos para que la demandante sea considerada como prepensionada.

CONSIDERACIONES

1. Sobre las medidas cautelares.

En primer lugar, es necesario precisar que las medidas cautelares son instrumentos que tienen como finalidad proteger de manera provisional y mientras dura el proceso los derechos que se controvierten, el objeto del proceso, al igual que buscan asegurar el cumplimiento o efectividad de la Sentencia que se dicte.

Con la expedición la Ley 1437 de 2011, se consagró un nuevo régimen de medidas cautelares, mediante las cuales se amplió el campo de acción del juez administrativo, en cuanto se le otorgó la posibilidad de decretar otras medidas.

En efecto, el artículo 230 ibídem, estableció las medidas cautelares y sus clases, en los siguientes términos:

"Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente." (Negrillas del Despacho).

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁶, ha analizado dichas medidas cautelares, con las siguientes precisiones:

"El Juez puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que considere necesaria(s) para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Las medidas anticipadas pueden ser solicitadas y decretadas en cualquier clase de proceso declarativo que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos. El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, en cualquier estado del proceso. La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. En las acciones populares y de tutela el Juez puede decretar de oficio las medidas cautelares. El Juez deberá motivar debidamente la medida. El decreto de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento. Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de "una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto". Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la "manifiesta infracción" hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que "la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud". (Resaltado fuera del texto)

Con estas orientaciones, el Despacho analizará la medida cautelar en los términos solicitados, que es de una de aquellas autorizadas en el numeral 3º del artículo 230 del C.P.A.C.A., la cual resulta procedente siempre que tenga relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, y cumpla con los requisitos que se encuentren legalmente previstos.

2. Sobre los requisitos para decretar las medidas cautelares.

En cuanto a los requisitos para decretar las medidas cautelares, el artículo 231 del C.P.A.C.A., prescribe:

"ART. 231.- Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocada 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. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

⁶ C. De Estado, auto de 16 de mayo de 2014, Exp. 11001-03-24-000-2013-00441-00, M.P. Guillermo Vargas Ayala. medio de control de nulidad. Sección Primera. Boletín No. 144 del Consejo de Estado. Extractos.

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. (Se resalta)

De acuerdo al contenido de la norma, puede concluirse, que para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, debe existir violación de las disposiciones invocadas, transgresión que puede surgir del análisis del acto administrativo demandado y su confrontación con las normas superiores mencionadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En los demás casos, se deben reunir una serie de requisitos que le permitan al Juez, a través de un juicio de ponderación de intereses, decretar la medida respectiva.

En virtud al alcance que otorga al juez administrativo la norma transcrita en precedencia, al tenor de lo previsto en el inciso 2° del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, es necesario precisar que tal potestad no puede convertirse en omnímoda e ilimitada, ni puede comportar un acto de prejuzgamiento.

En los casos en que se pida la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, no se requiere de la caución que exige el nuevo ordenamiento procesal para los demás eventos, en los que se autoriza otras medidas cautelares.

En efecto, pese a la potestad y amplio margen que se le otorga al Juez, no le es dable efectuar un análisis riguroso y exhaustivo que implique en esta etapa inicial expresar o esbozar los argumentos del fallo definitivo, ni menos aún definir sobre la legalidad del acto, pues un actuar en tal sentido implica una ostensible vulneración del derecho de defensa de las partes y la pretermisión de las etapas procesales.

3. Caso concreto

En el presente asunto, se pide como medidas cautelares:

(i) El **reintegro** de la demandante, al cargo de Secretario Ejecutivo Código 4210, Grado 18, con ubicación funcional en el Dirección de Difusión, Mercadeo y Cultura Estadística – DIMCE, el cual venía desempeñando en esa entidad, o uno de iguales o mejores condiciones de manera transitoria, hasta que el fondo de pensiones le reconozca la pensión de vejez y la incluya en nómina, por no contar en el momento con recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas y demás obligaciones económicas.

(ii) Como consecuencia de lo anterior, se **suspenda temporalmente** los efectos de la Resolución No. 0232 de 2019, por medio de la cual se efectúa un nombramiento en periodo de prueba de una de las personas de la lista de elegibles de la convocatoria, y declaran insubsistente a la demandante.

(iii) **De manera subsidiaria**, en el evento de no ser posible la suspensión temporal de los efectos de la Resolución No. 0232 de 2019, se solicita **reubicar** a la demandante, en un cargo de iguales o mejores condiciones, de manera transitoria, hasta que el fondo de pensiones le reconozca la pensión de vejez, y la incluya en nómina de pensionados, por no contar con los recursos económicos para suplir sus necesidades básicas.

Arguye la parte demandante, tal como quedó expuesto en la sustentación de la medida cautelar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley 790 de 2002, tiene la calidad de prepensionada, pues nació el 15 de febrero de 1959, contando con 56 años de edad para el 10 de febrero de 2015, momento en el que se dio apertura a la convocatoria No. 326 de 2015.

Manifestando además, que la actora tiene una situación económica precaria, y que depende de su sueldo en el DANE para poder seguir cotizando, y así acceder a la pensión de vejez, debido a que por su edad, esto es, 60 años, no le es posible acceder a un empleo, que le garantice sus derechos fundamentales, por tratarse de una persona de especial protección constitucional.

Ahora bien, a fin de resolver sobre las medidas cautelares solicitadas, es necesario verificar, de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente hasta este momento, en primer lugar, si la demanda se encuentra razonablemente fundada, y si la demandante efectivamente tiene la calidad de prepensionada, en atención a lo dispuesto en las normas infringidas, como se manifiesta, y de esta manera establecer si las medidas reclamadas, resultan procedentes en el caso bajo estudio.

Al respecto, se ha de considerar lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, en providencia del 22 de octubre de 2018⁷, en donde se precisó sobre la procedencia de las medidas cautelares, lo siguiente:

"De esta disposición el Despacho extrae lo siguiente sobre la procedencia de las medidas cautelares:

- Pueden ser solicitadas y decretadas en cualquier clase de proceso declarativo que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos⁸.
- Se requiere solicitud previa del demandante.
- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, en cualquier estado del proceso.
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.
- El decreto de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento, lo que obliga al juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional⁹.

(...)

Respecto de la sustentación que debe realizar el actor del proceso, para solicitar la medida cautelar, esta Corporación ha establecido que "la carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia". (Negrilla y subraya fuera del texto)

En ese contexto, la parte demandante tiene el deber de allegar todo el material probatorio y argumentar de manera suficiente la procedencia de la medida cautelar que se pretende, de tal manera, que sin mayor análisis, se lleve al convencimiento al Juez de su decreto, circunstancia, que no se evidencia en el caso bajo estudio, como pasa a exponerse.

Una de las normas invocadas como vulneradas, refiere a la Ley 790 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la Administración Pública, y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, que consagra en su artículo 12, lo siguiente:

"ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley." (Resaltado del Despacho)

Es así, que la protección laboral reforzada establecida en dicha norma, denominada "reten social", se circunscribe a programas de renovación o reestructuración de la Administración Pública.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", con ponencia del Consejero, Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, expediente No. 11001-03-26-000-2018-00041-00(61279)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto del veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicado n.º 11001-03-24-000-2015-00408-00.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto del tres (3) de diciembre de dos mil doce (2012). Radicado n.º 11001-03-24-000-2012-00290-00.

La H. Corte Constitucional, en Sentencia SU-897 de 2012, definió en términos generales la calidad de prepensionado, en los siguientes términos:

"En la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez." (Resaltado fuera del texto)

Por consiguiente, la figura de reten social, no puede confundirse con la estabilidad de un prepensionado, ostentado por un trabajador, toda vez que la primera se creó mediante la referida Ley 790 de 2002, para evitar la desvinculación de las personas que estuvieran cercanas a adquirir el status pensional, cuando se adelantara el programa de renovación pública, y la segunda, se deriva de los mandatos constitucionales de protección a grupos vulnerables, tal como lo ha dispuesto la H. Corte Constitucional, en Sentencia T-357 de 2016.

Por su parte, el máximo Órgano de lo Constitucional, en Sentencia T-595 del 31 de octubre de 2016, se refirió a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse, indicando que:

"En síntesis, la Sala colige que la estabilidad laboral reforzada de la que gozan los prepensionados no es solo aquella que se desprende del retén social, sino que es una garantía susceptible de exigirse (i) ante la existencia de un vínculo laboral administrativo de funcionarios nombrados en propiedad¹⁰ o en provisionalidad y (ii) en los eventos en los que al solicitante desvinculado de su lugar de trabajo le falten 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional. En todo caso, el examen en sede de tutela de estas hipótesis exige un estricto examen de subsidiariedad, tal y como la Corte lo ha hecho en esta oportunidad.

No obstante, dicha estabilidad laboral reforzada para los prepensionados no constituye un derecho absoluto, pues en caso de existir una justa causa el empleador podrá desvincular al trabajador de su lugar de trabajo. Contrario a ello, si el empleado es apartado de su cargo debido a su condición de persona próxima a pensionarse o sin tomar en cuenta tales condiciones y sin existir justa causa que lo amerite, se activa la protección laboral.

(...)
En consonancia con lo indicado en el literal E. de la presente providencia, prepensionado en el contexto del examen de solicitudes de amparo constitucional, es aquella persona que fue retirada de su puesto de trabajo faltándole 3 años o menos para cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, según sea el caso, que le permitan acceder a la pensión de vejez.

Respecto de los requisitos para acceder a la pensión, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagra que para tener derecho a la pensión de vejez el afiliado debe (i) haber cumplido 57 años de edad en el caso de la mujer y 62 años para el hombre y (ii) haber cotizado 1300 semanas. Por tanto, no basta con que una persona acredite el cumplimiento de uno de los dos requisitos, pues la norma dispone dos condicionamientos para acceder a dicha prestación social.

En idéntico sentido ocurre para quienes pretendan hacer valer su condición de prepensionados, es decir, para que a una persona le sea reconocido el beneficio de la estabilidad laboral por encontrarse próxima a pensionarse, su rango de edad puede variar entre los 54 y 57 años si es mujer, y entre los 59 y 62 años si es hombre, e incluso puede ser mayor, pero además, le debe faltar máximo 156 semanas por cotizar, que corresponden a 3 años.

(...)
En suma, la Corte ha propendido por una interpretación armónica entre las reglas de la carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos próximos a pensionarse que ocupan en provisionalidad un cargo ofertado en un concurso de méritos. En aquellos casos en los que la Administración cuente con un margen de maniobra en la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del aspirante al concurso como del servidor público prepensionado, sin que exista una preferencia absoluta o incondicionada de los derechos fundamentales de unos sobre los de los otros. No obstante, en aquellos eventos en los que no se posea tal margen de maniobra, la Administración debe generar medios que permitan proteger a las personas en condiciones especiales, como los prepensionados, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera." (Resaltado del Despacho)

¹⁰ No puede tomarse como causal de desvinculación válida la edad de retiro forzoso sin antes verificar que el funcionario hubiese cumplido con todos los requisitos para adquirir el estatus de pensionado. En consecuencia, en estos eventos la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, también se activa. Al respecto ver sentencia T-376 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

De ahí, que el status de prepensionado sea protegido para determinados grupos de funcionarios, donde existe una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, para lo cual deben acreditar (i) que les falte 3 años o menos para hacerse acreedor de la pensión de vejez, (ii) tener entre 54 y 57 años de edad, en el caso de las mujeres, y (iii) faltarle máximo 156 semanas de cotización, para que pueda hablarse del reconocimiento de estabilidad laboral reforzada.

Particularmente, en el caso de la demandante, señora Gloria Inés Quinchanegua Pineda, observa el Despacho que su desvinculación obedeció a la provisión en carrera administrativa del cargo que desempeñaba de manera provisional, sin que se tuviera en cuenta su calidad de prepensionada, como ella lo afirma, por lo tanto, atendiendo a la jurisprudencia en cita, se debe efectuar un ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales invocados y los principios que conforman la carrera administrativa, de tal manera, que tampoco se desconozcan los derechos de quien participó y ganó su cargo, por haber superado el concurso de méritos, como ocurre con la señora Gloria Inés Moreno Bohórquez, aquí vinculada, por esta razón, se debe determinar si la demandante tenía o no la condición de prepensionada, para así adoptar las acciones que permitan garantizar sus derechos.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, Sección Primera, en Sentencia del 8 de junio de 2017¹¹, y que fue citada como argumento principal por la entidad demandada, en el escrito de oposición a las medidas cautelares, señaló sobre la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional, que ocupan cargos en provisionalidad, y de cuándo se adquiere la protección especial por la calidad de prepensionado, atendiendo a la situación especial de provisión de cargos de carrera por un concurso de méritos, así:

"En el asunto bajo estudio, el motivo del retiro de la actora de la Procuraduría General de la Nación fue que otra persona resultó ganadora del concurso de méritos respectivo y obtuvo así el derecho a ocupar el cargo que la demandante desempeñaba.

En casos como éste, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional ha reconocido la importancia del mérito para proveer los empleos en el sector público y, al mismo tiempo, garantizar de la protección debida a quienes están próximos a obtener una pensión de vejez.

(...)

En ese orden de ideas, se reconoce que en la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos, respecto de la protección de aquellas personas que los ocupan en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales de debilidad, entran en tensión varios derechos de raigambre constitucional, frente a lo cual "si bien priman los derechos a acceder al cargo, no es menos cierto que la entidad nominadora se encuentra en la obligación de dar un trato preferencial a quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad"¹².

(...)

La diferencia en las herramientas de protección obedece a las particularidades fácticas en las que se presenta la desvinculación del cargo de la persona próxima a pensionarse. A continuación, la Sala procederá a explicar los dos situaciones en donde, por excelencia, se plantea la tensión de derechos antes mencionada.

(...)

Con relación a situaciones que involucran derechos de personas que cuentan con una expectativa legítima de acceder a su pensión de jubilación y las que han obtenido el derecho a ocupar un cargo de carrera tras haber agotado satisfactoriamente las etapas de un concurso de méritos, la jurisprudencia constitucional se ha referido a dos escenarios: el primero, relativo a aquellos eventos donde se liquida la entidad o se suprime un cargo en el marco de una reestructuración administrativa, figura que se ha denominado retén social; y el segundo, corresponde a las demás circunstancias en las cuales la provisión de un empleo en cumplimiento de expresos mandatos constitucionales significa la desvinculación de sujetos amparados con acciones afirmativas por virtud de especiales condiciones de vulnerabilidad.

(...)

En esa medida, en tratándose de la provisión de cargos de carrera por concurso de méritos, en múltiples oportunidades se ha admitido la protección reforzada de los derechos fundamentales de las personas

¹¹ Con ponencia del Consejero, Dr. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2016-01924-01

¹² SU-446 de 2011 en la cual la Corte planteó que, aunque primaban los derechos de acceder al cargo de los empleados de carrera, la entidad tenía el deber constitucional de emplear medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad.

consideradas "prepensionadas", esto es, aquellos servidores públicos a los cuales les falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio, o semanas de cotización, para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. Dicha protección, se ha materializado a través de estrategias como la reubicación en cargos vacantes o no ofertados en concurso¹³.

El lapso de 3 años que faltan para obtener la pensión de jubilación configura entonces el presupuesto a partir del cual se reconoce una protección reforzada. En ese orden de ideas, y en atención al problema jurídico que nos ocupa, resulta trascendental considerar las reglas jurisprudenciales existentes en torno a cuál debe ser el momento que se tome como referencia para contabilizar el mencionado lapso, en el caso del retén social y en el evento de la provisión de cargos de carrera por concurso de mérito.

(...)

En el escenario donde la desvinculación del trabajador en condición de prepensionado tiene lugar a raíz de la provisión del empleo por efecto de un concurso de mérito convocado para proveer cargos de carrera, la Corte Constitucional ha precisado el análisis debe responder al discernimiento de un criterio razonado y ponderado de las circunstancias en el caso concreto, con el fin de sopesar el derecho subjetivo de quien pretende acceder al empleo público, por haber superado el concurso público de méritos, mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado-; y los derechos del prepensionado, dada la eventual vulnerabilidad económica derivada de su retiro del servicio.

(...)

En ese orden de ideas, el análisis de las providencias proferidas por esta Sección en casos similares al que nos ocupa, evidencia que la Sala ha optado por amparar los derechos del funcionario próximo a pensionarse cuando éste ostenta la calidad de prepensionado desde el momento en que se da apertura al concurso público de méritos, pues es ese el momento en que la entidad puede abstenerse de ofertar un cargo en concurso público de méritos, habida cuenta de las especiales condiciones que ostentan quienes en ese momento lo desempeñan, que para el caso es la de prepensionados.

(...)

En ese orden de ideas, los escenarios en los cuales esta Sala ha concedido el amparo a los derechos fundamentales de prepensionados distan sustancialmente de la situación de la actora, pues en ellos los solicitantes acreditaban la condición de especial protección desde el momento en que el cargo fue ofertado en concurso, e incluso, en uno de ellos ya se había solicitado el reconocimiento de la mesada pensional.

Por lo anterior, en aplicación del principio de razonabilidad, la Sala considera que en el escenario particular y concreto de la actora, no resulta justificado exigir a la entidad demandada que disponga medidas afirmativas a su favor, pues en últimas, una orden en ese sentido conllevaría condicionar, en todos los casos, el acceso al empleo público y desconocer el sistema de carrera administrativa y el principio de mérito en el acceso al empleo público, que ha sido reconocido por la Corte Constitucional como un criterio fundante de nuestra Constitución Política, cuyo desconocimiento acarrea su sustitución." (Resaltado del Despacho)

En este sentido, la señora Gloria Inés Quinchanegua Pineda, si bien, actualmente cuenta con 60 años de edad, pues nació el 15 de febrero de 1959¹⁴, y acredita un total 1.288,86 semanas de cotización, conforme al resumen de semanas cotizadas obrante en los folios 36 a 40 del cuaderno principal, se verificará, atendiendo la jurisprudencia expuesta, si para el momento en que se dio apertura al concurso de méritos - Convocatoria No. 326 de 2015, esto es, el 10 de febrero de 2015 (de conformidad con el Acuerdo No. 534, visto en los folios 43 a 58 del plenario), se cumplían los presupuestos para ser reconocida bajo la condición de prepensionada.

Así, se tiene que frente al requisito de la edad, la demandante contaba con casi 56 años de edad, para el 10 de febrero de 2015, por lo que se cumple con la primera exigencia, pues le faltaban menos de 3 años para los 57 años de edad para acceder a la pensión.

En relación con la semanas de cotización, de conformidad con el resumen de semanas cotizadas obrante en los folios 36 a 40 del cuaderno principal, para el 10 de febrero de 2015, tan solo contaba con 1.072 semanas aproximadamente, esto es, que le faltaban más de las 156 semanas requeridas para las 1300 exigidas, y así obtener la calidad de prepensionada, pues se recuerda, que para ello, no es suficiente acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos, sino que, deben reunirse los dos, edad y tiempo, tal como ocurre para el reconocimiento pensional, y así obtener la estabilidad laboral reforzada que se reclama.

¹³ Corte Constitucional. SU-897 de 2012. M.P.: Alexei Julio Estrada.

¹⁴ Ver folio 14 cuaderno principal

Así entonces, no le es dable al Despacho acceder al decreto de las medidas cautelares solicitadas, toda vez que no se evidencia, hasta este momento y de acuerdo al material probatorio que obra en el expediente, la vulneración a los derechos fundamentales invocados como trasgredidos, aunado a que debe realizarse un amplio estudio y valoración de las pruebas que se pretendan hacer valer en el curso del proceso, desestimándose en este momento la ilegalidad de la actuación surtida por la entidad demandada.

Se precisa además, frente a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en el caso de la solicitud de suspensión temporal de la Resolución No. 0232 del 21 de febrero de 2019, que no advierte el Despacho, hasta este momento, la existencia de la violación de las normas invocadas como infringidas.

Respecto de las otras medidas solicitadas, correspondientes al reintegro al cargo que venía desempeñando o reubicación en uno de igual o mejores condiciones, de manera transitoria, hasta que le sea reconocida la pensión y sea incluida en nómina de pensionados, se advierte, que la demanda no se encuentra razonablemente fundada en derecho, por cuanto de las normas violadas y concepto de violación, confrontado con las pruebas allegadas con la demanda, no se evidencia a simple vista su trasgresión, pese a que se demostró que la demandante tenía la titularidad del derecho, y que allegó las pruebas que consideró pertinentes para resolver sobre la medida cautelar, no ocurriendo lo mismo con el cuarto de los requisitos, por cuanto no se demuestra que de no otorgarse la medida, se cause un perjuicio irremediable, no siendo suficiente una manifestación de la presunta condición económica en la que se encuentra, o que de no otorgarse la medida, se considere que los efectos de la Sentencia sean nugatorios.

Aunado a lo expuesto, y de acuerdo a las normas invocadas en la medida cautelar, esto es, la Ley 790 de 2002 y la Ley 812 de 2003, no podrá procederse con la medida cautelar de suspensión temporal de la Resolución No. 0232 de 2019, toda vez que dicha normatividad, como quedo expuesto, no resulta aplicable en este caso, y además, los efectos de dicho acto administrativo, no pueden suspender, ni desconocer los derechos de carrera de la vinculada, señora Gloria Inés Moreno Bohórquez, quien es la persona que actualmente ocupa el cargo de Secretario Ejecutivo, código 4210, Grado 18, de la planta de personal de la entidad demandada, mismo que venía desempeñando la accionante.

No debe perderse de vista, que el análisis probatorio a la legalidad o ilegalidad de cada uno de los actos administrativos demandados, es un aspecto que no corresponde abordar en este momento procesal, sino cuando se profiera la correspondiente Sentencia. Así entonces, se deberá realizar un análisis integral normativo aplicable al caso de la accionante, momento en el cual se valorará la totalidad de las pruebas allegadas y las que se lleguen a recaudar, ya que los argumentos en que apoya la solicitud de medida cautelar, en especial la de suspensión temporal del acto administrativo demandado, no tienen en este estado de la actuación, la entidad de desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos.

Así lo precisó la Sala Plena del H. Consejo de Estado, en pronunciamiento emitido con ponencia de la Consejera, Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, el 17 de marzo de 2015, dentro del Expediente No. 11001-03-15-2014-03799-00, en el que sostuvo lo siguiente:

"(...)

Efectuando una interpretación integral y sistemática del inciso 1° del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, entonces, se concluye que para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado, que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud.

Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2o del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.

(...)

Ahora bien, buscar o pretender que para el decreto de las medidas cautelares el juez tenga conocimiento integral del material normativo, jurisprudencial, doctrinal, probatorio y táctico para atender el asunto, propio de un análisis de fondo al momento de proferir Sentencia, restaría su eficacia a las medidas, pues implicaría prácticamente abrir un proceso paralelo en el que, con la desventaja del tiempo y en detrimento del derecho de defensa, se resolviera el asunto, llevando, en este caso sí, a un posible prejuzgamiento por parte del Juez.

En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera ponderada y cuidadosa su estudio, analizando inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio surja del quebrantamiento invocado, recayendo sobre él la carga de motivar su decisión, exponiendo las razones que le permitieron acoger o negar la suspensión.

(...)

La contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el acto o las pruebas allegadas con la solicitud..." (Resaltado fuera de texto).

Por lo expuesto, no resulta procedente la solicitud de medida cautelar de reintegro, suspensión temporal del acto demandado, y reubicación, solicitados por la señora Gloria Inés Quinchanegua Pineda.

En consecuencia, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., - SECCIÓN SEGUNDA,**

RESUELVE

Primero: NEGAR las medidas cautelares solicitadas por la señora Gloria Inés Quinchanegua Pineda, de conformidad con razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

La Juez,


GUERTI MARTÍNEZ OLAYA

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. ESTADO No. 029 DEL 9 DE MARZO DE 201209. LA SECRETARIA 