



18

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN 11001-3335-012-2017-00281-00
DEMANDANTE MARGARITA ESTHER VALDEZ BAQUERO
DEMANDADO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

**ACTA No. 472 -19
AUDIENCIA DE PRUEBAS,
ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 181 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. el 28 de noviembre de 2019, siendo las 09:30 A.M., la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretario ad hoc constituyó en audiencia pública el recinto de la Sala 23 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDADA: DIANA PATRICIA ACOSTA CASTELLANOS

Se deja constancia que una vez verificados los antecedentes disciplinarios de la apoderada, no hay en su contra sanciones que le impidan actuar en la presente diligencia.

ETAPA I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados

ETAPA II. DECRETO DE PRUEBAS

En audiencia de pruebas del 26 de septiembre de 2019, se ordenó oficiar a **COLPENSIONES**, para que informara con destino al proceso si a la señora MARGARITA ESTHER VALDEZ BAQUERO le ha sido reconocida pensión por parte de esa entidad, y en caso afirmativo señalar desde qué fecha se hizo efectiva.

Mediante Oficio del 28 de octubre hogaño, la entidad allega al proceso copia del historial de cotizaciones que registra la demandante al sistema pensional, en el que da cuenta que se realizaron aportes como empleada de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES hasta el 28 de febrero de 2017, y se reanuda el pago de aportes el 01 de abril de 2017, figurando como empleador la U.A.E DIRECCION DE

IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), las cuales siguen activas hasta la fecha.

Se corre traslado de la prueba al apoderado de la parte actora.

No quedan pruebas pendientes por practicar y el Despacho no advierte la necesidad de decretar pruebas de oficio, razón por la que declara cerrada esta etapa procesal.

Decisión notificada en estrados.

ETAPA III. ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a la apoderada de la parte demandada para que presente alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Decisión notificada en estrados

ETAPA IV FALLO

En razón a que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae en establecer si en el presente asunto es procedente ordenar el reintegro de la señora MARGARITA ESTHER VALDEZ SUAREZ al cargo que desempeñaba como provisional en la planta de la entidad, y del cual fue declarada insubsistente con ocasión del concurso de méritos, desconociéndose en el trámite su condición de prepensionada. En caso afirmativo, deberá determinarse si la vinculación laboral con otra entidad limita el monto de la indemnización.

Para desatar el problema jurídico planteado debe precisarse la normatividad que regula el derecho que se reclama, de la siguiente manera:

1. Situación de los Prepensionada en cargos en provisionalidad cuando se realizan concursos de méritos.

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha sostenido que no puede confundirse la figura del reten social, con la de los empleados en provisionalidad que están próximos a pensionarse y que deben ser desvinculados de la entidad con ocasión a la realización de un concurso de méritos, puesto que el reten social se aplica exclusivamente respecto de quienes laboran en entidades que son objeto de reestructuración o liquidación.

Sobre el tema se ha pronunciado de la siguiente manera:

La jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa ha reiterado que las personas que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad no gozan de la misma estabilidad de quienes agotaron un concurso de méritos. En efecto, se les ha asimilado a quienes están nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha indicado que si la persona que está en provisionalidad tiene especial protección constitucional (madres o padres cabeza de

familia, personas próximas a pensionarse o con discapacidad) la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, dependen del reconocimiento de la estabilidad laboral, el cual debe darse luego de una ponderación entre esos derechos y los principios de la carrera administrativa.

Lo anterior no implica que los sujetos de especial protección puedan permanecer de forma indefinida en el cargo, pues ello implicaría un desconocimiento de los derechos de quienes participaron en el concurso y quedaron en la lista de elegibles, sino que deben adoptarse acciones afirmativas que permitan garantizar sus derechos.

Mediante la sentencia SU-446 del 2011, el máximo tribunal constitucional trató detalladamente la situación de las personas que están en circunstancias como las antes señaladas y ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Al respecto, sostuvo:

“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando [...]”

Posteriormente, la Corte Constitucional¹ comenzó a aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Para ello ha sostenido que cuando el cargo ocupado por una persona próxima a pensionarse es ofertado en un concurso de méritos entran en tensión los derechos del aspirante que superó el concurso para acceder al cargo y la protección de los derechos del prepensionado, sin que sea posible resolverse únicamente a favor de alguno, sino que debe realizarse una ponderación de los derechos que no afecte el núcleo esencial de ninguno de los dos.

Para el efecto, ha considerado que las autoridades deben interpretar las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos de los involucrados, pues no pueden aplicarse de forma independiente la normativa sobre carrera administrativa. Así mismo, deben realizar un examen objetivo de las circunstancias del caso. En los eventos en que pueda garantizarse los derechos de carrera y de estabilidad laboral la autoridad está obligada a hacerlo. Así cuando no se haya provisto todos los cargos por el concurso debe adoptar la acción razonable para la protección correlativa de los derechos.

Por último, es importante precisar que el máximo tribunal constitucional² ha reiterado que no se debe confundir la figura del retén social con la condición de prepensionado ostentada por un trabajador; mientras la primera se creó mediante

la Ley 790 de 2002 para evitar la desvinculación de las personas que estuvieran cercanas a adquirir el estatus pensional cuando se adelantara el programa de renovación pública de la Rama Ejecutiva del poder público, la segunda se deriva de los mandatos constitucionales de protección a grupos vulnerables.

Por lo tanto, no puede concluirse que la estabilidad de aquellos cerca a pensionarse se limita a los eventos de renovación pública. Sobre el particular aquel ha sostenido que el retén social es apenas uno de los mecanismos de protección de las personas próximas a obtener la pensión. (Subrayado del despacho)

CASO EN CONCRETO

Conforme a lo expuesto en la fijación del litigio, se tiene por probado lo siguiente:

- La señora MARGARITA ESTHER VALDEZ BAQUERO nació el 19 de junio de 1961, y para el 21 de febrero de 2017 tenía 55 años y 8 meses.
- No es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, pues para el 01 de abril de 1994 no tenía 35 años de edad ni 15 años de servicios.
- Lo anterior implica que su situación pensional se rige íntegramente por la Ley 100 de 1993 reformada por la Ley 797 de 2003, y su derecho a la pensión se concreta con 1300 semanas de cotización, y 57 años de edad.
- La señora MARGARITA ESTHER VALDEZ fue nombrada en la Superintendencia de Sociedades el 09 de octubre de 2012 en el cargo de Secretario Ejecutivo, Código 4210, Grado 22. (fl 15)
- La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo 540 del 02 de julio de 2015, convocó a Concurso de méritos 329 de mismo año, con 269 vacantes de empleo, entre los que se encontraba el cargo de Secretario Ejecutivo Código 4210 grado 22, el cuál se ofertó con el OPEC 212818.
- Por medio de escrito del 06 de septiembre de 2016 la señora VALDEZ BAQUERO informó al área de talento humano de la Superintendencia de Sociedades sobre su condición de pre pensionada, pues para ese momento tenía 55 años de edad. (fl 20)
- Con Oficio 2016-01-475800 del 22 de septiembre de 2016 la Superintendencia le contestó que hasta que la CNSC devolviera las listas de elegibles y estas adquirieran firmeza, se procedería a estudiar las situaciones particulares y concretas de cada uno de los empleos en vacancia definitiva. (fl 21)
- Mediante petición del 9 de febrero de 2017 dirigida a la Superintendencia de Sociedades, la señora VALDEZ solicita el amparo por estabilidad reforzada. (fl 22)
- Con Oficio Nro 2017-01-057562 del 17 de febrero de 2017, la entidad informó a la peticionaria que el Grupo de Administración de Personal adelantaba en ese momento la revisión de su situación particular y concreta, puesto que la lista de elegibles se encontraba en firme. (fl 23)
- Mediante Resolución 510-000608 del 21 de febrero de 2017, la Superintendencia de Sociedades declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora VALDEZ BAQUERO y nombró en periodo de prueba a la señora MARCELA CAMPOS CASTIBLANCO. (fl 25)
- De conformidad con la jurisprudencia constitucional en concordancia con la ley 790 de 2002, al momento de ser declarada insubsistente, la

provisionalidad, ostentaba la calidad de prepensionada y como tal le asistía el derecho de estabilidad laboral reforzada.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dicha protección puede operar de manera previa a la realización del concurso, informándose a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la situación del personal en provisionalidad que se encontraba próximo a adquirir el derecho a pensión, para que la CNSC haga las previsiones necesarias al momento de ofertar el cargo.

Para este efecto, las entidades solicitan a los empleados informen sobre dicha situación a fin de realizar el respectivo reporte.

En la demanda no se aporta prueba sobre este requerimiento, ni que la demandante haya informado su condición de prepensionada antes de expedirse el acuerdo que reguló la convocatoria 329 y dado que su condición de prepensionada se originó días antes de expedirse el acuerdo, el Despacho estima que esta información no se produjo. En el plenario solo obra prueba de haber informado esta situación hasta el 6 de septiembre de 2016 y 9 de febrero de 2017, cuando el cargo ya había sido ofertado y adelantado las etapas de pruebas y consolidación de resultados, incluso para febrero del 2017 ya existía lista de elegibles, sujeta a adquirir firmeza.

En esas condiciones, según la jurisprudencia reseñada correspondía a la entidad buscar la manera de mantenerla vinculada en la medida de lo posible hasta que consolidara su derecho a la pensión.

Al respecto, si bien no fue consignado en el acto de insubsistencia el estudio que hizo la entidad para mantener vinculada a la actora, lo cierto es que dicho estudio sí se realizó el 17 de febrero de 2017 por el Comité de Transición Pacífica según acta 01 de la fecha.

La posibilidad de ser vinculada no fue probada por la actora, razón por la cuál la actuación de la entidad se ajustó a los parámetros jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional, que al respecto a manifestado:

*Ahora bien, respecto de aquellos funcionarios nombrados en provisionalidad y retirados del servicio para dar paso a la carrera administrativa, que se encontraban en una condición especial de protección, la Corte Constitucional, si bien no concedió la tutela respecto de esos casos porque ellos **“no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo”**, sí ordenó a la entidad demandada un trato preferencial como una medida de acción afirmativa, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política, y **de ser posible**, procedieran nuevamente vincularlos en forma provisional en cargos vacantes.*

En gracia de discusión es importante dejar anotado que de acuerdo a la certificación aportada por COLPENSIONES, se aprecia que la demandante se vinculó a partir del 01 de abril de 2017 y hasta la fecha a la U.A.E, DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, con lo que ha continuado realizando sus aportes pensionales y devengando un salario en un empleo público, por lo que los perjuicios que podrían ser indemnizables se limitarían al mes en que estuvo desvinculada.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado², se resolverá sobre

² Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

demandante se cataloga como pre pensionada, puesto que está a tres años de cumplir los requisitos de tiempo de cotización y edad para el reconocimiento de la pensión.

- Para el momento en que es retirada del servicio (29 de febrero de 2017), tenía cotizadas 1161 semanas¹.

Como consecuencia de lo anterior, el apoderado de la parte actora solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cuál dispuso la insubsistencia y solicita a titulo de restablecimiento del derecho lo siguiente:

- Que se ordene reintegro de la actora al empleo que desempeñaba al momento del retiro o uno de igual o similar categoría, o se cree para el cumplimiento de la decisión judicial.
- Que se le reconozcan y paguen la totalidad de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación, hasta la fecha de su reintegro efectivo con los correspondientes intereses e indexación a que haya lugar.
- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A, y que se condene en costas a la demandada.

Pruebas obrantes en el proceso.

- Resolución 510-005483 mediante la cual fue nombrada la señora MARGARITA ESTHER VALDEZ en la Superintendencia de Sociedades el 09 de octubre de 2012 en el cargo de Secretario Ejecutivo, Código 4210. (fl 15)
- Derecho de petición del 06 de septiembre de 2016 mediante el cual la señora VALDEZ BAQUERO informó al área de talento humano de la Superintendencia de Sociedades sobre su condición de pre pensionada.
- Oficio 2016-01-475800 del 22 de septiembre de 2016, mediante el cual la Superintendencia informa que hasta que la CNSC devolviera las listas de elegibles y estas adquirieran firmeza, se procedería a estudiar las situaciones particulares y concretas de cada uno de los empleos en vacancia definitiva. (fl 21)
- Oficio Nro 2017-01-057562 del 17 de febrero de 2017, mediante el cual la Superintendencia de Sociedades informa que se revisará su situación particular y concreta, puesto que la lista de elegibles adquirió firmeza. (fl 23)
- Resolución 510-000608 del 21 de febrero de 2017, mediante cual la Superintendencia de Sociedades declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora VALDEZ BAQUERO.
- Según informe rendido por la entidad a este Despacho, el 17 de febrero de 2017 se realizó Comité de Transición Pacífica y en el acta 01 de la misma fecha se determinó frente a la demandante no existe una vacante disponible en el empleo de Secretario Ejecutivo código 4210 grado 22 por lo tanto debía ser declarada insubsistente para nombrar a la persona de carrera administrativa.
- Oficio del 22 de octubre de 2019 expedido por COLPENSIONES, en el que se certifica que en el caso de la actora se realizaron aportes como empleada de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES hasta el 28 de febrero de 2017, y se reanuda el pago de aportes el 01 de abril de 2017, figurando como empleador la U.A.E DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), las cuales siguen activas hasta la fecha.

Conforme a las pruebas obrantes en el proceso, el Despacho advierte que la actora al momento de ser declarada insubsistente del empleo que ocupaba en

¹ Folio 40

la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración de justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El presente proceso pretendía el reintegro de la demandante a la planta global de la SUPERTINTENDENCIA DE SOCIEDADES, toda vez que fue declarada insubsistente con ocasión al concurso de méritos adelantado, desconociendo su presunta situación de sujeto de especial protección al ser prepensionada.
- Las pretensiones del actor fueron negadas.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Bajo estas consideraciones se condenará en costas en cuantía equivalente al 10% de un salario mínimo legal mensual del año 2019.

REMANENTES DE LOS GASTOS

Por otra parte, de conformidad con lo expuesto en el artículo 8 del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de los gastos a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo

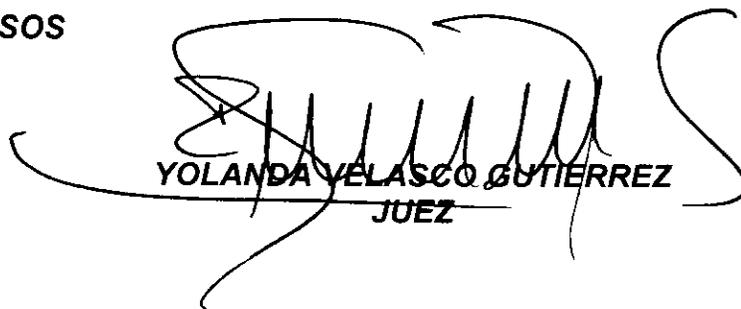
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS a la parte actora por valor 10% de un salario mínimo legal mensual del año 2019, suma equivalente a OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS (\$ 82.811)

TERCERO. DESTINAR los remanentes del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

Decisión notificada en estrados ~~Decisión notificada en estrados~~

SIN RECURSOS


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

**DIANA PATRICIA ACOSTA CASTELLANOS
APODERADO PARTE DEMANDANDA**

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, horizontal, scribbled lines that form a dense, somewhat rectangular shape.

**JOSE HUGO TORRES BELTRAN
SECRETARIO AD HOC**