

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020)

**EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00447-00**  
**DEMANDANTE: MIGUEL ALBERTO BOCANEGRA CONDE**  
**DEMANDADO: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**  
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

---

**ASUNTO**

Procede el despacho a pronunciarse sobre la medida cautelar presentada por el apoderado de la parte demandante, visibles a folios 86-88 del expediente.

**I. ANTECEDENTES**

**De la medida Cautelar**

El apoderado del demandante solicita la suspensión provisional de la Resolución No. 1561 de 07 de junio de 2019, por medio de la cual se terminó el nombramiento en provisionalidad al señor Miguel Alberto Bocanegra, entre otros

**Replica**

Notificado el auto de 05 de diciembre de 2019<sup>1</sup>, y corrido el respectivo traslado la parte pasiva guardó silencio sobre la medida cautelar interpuesta por la parte demandante.

Así las cosas, este Despacho resuelve atendiendo las siguientes,

**II. CONSIDERACIONES:**

---

1. Folio 96.

En orden a resolver la solicitud de suspensión provisional, son indispensables las siguientes precisiones:

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y con los requisitos que establece la ley.

El CPACA señala la procedencia de las medidas cautelares (art. 229), su finalidad y alcance (art. 230), lo mismo que los requisitos para solicitarlas (art. 231) y el trámite para decretarlas (art. 233).

En relación con la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo el nuevo ordenamiento contencioso administrativo señala que ésta puede ser solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso, por escrito o en audiencia, y que 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”*.

Como lo destacó el H. Consejo de Estado en un pronunciamiento anterior proferido en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA (Ley 1437 de 2011), para la suspensión provisional se prescindió de la *“manifiesta infracción”* hasta allí vigente y se interpretó 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”*<sup>2</sup>. Esta es una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que ello 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. Todo esto, lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, *“[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”*.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

El referido artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respecto de la procedencia de las medidas cautelares, dispone:

ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

Por su parte, el artículo 230 del C.P.A.C.A., contiene una lista no taxativa de medidas cautelares, las cuales pueden ser decretadas de forma singular o conjunta:

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. (Negrita del despacho).

Así, una de las medidas cautelares fijadas en la ley es la suspensión provisional del acto administrativo, respecto de la cual el artículo 231 del C.P.A.C.A., fija unos requisitos para su decreto.

“ARTÍCULO 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 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. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. (...)”.

Sobre los requisitos para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, es preciso indicar que el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 del 1984), establecía mayor rigurosidad en cuanto a la aplicación de dicha figura, pues los requisitos establecidos en el artículo 152<sup>3</sup> de la referida codificación, exigían que de la simple comparación entre el acto administrativo y las normas acusadas como vulneradas, se evidenciara de forma manifiesta u ostensible, mientras que en el nuevo código, se eliminó la expresión “*manifiesta*”, lo que supone que una menor rigidez, frente a la procedencia del decreto de la suspensión provisional del acto administrativo.

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, respecto de la procedencia de la suspensión provisional de actos administrativos demandados ante la Jurisdicción Contenciosa, en el nuevo código de lo contencioso, ha indicado lo siguiente:

“Como se aprecia a partir de una simple comparación textual, el tránsito legislativo acarreó una modificación efectiva de los requisitos legales a los que debe sujetarse el juez para decretar o no una medida de suspensión provisional de actos administrativos. El Consejo de Estado ya ha tenido oportunidad de precisar el alcance de esta modificación legal, explicando al respecto lo siguiente:

“La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1º) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas**

<sup>3</sup>ARTÍCULO 152. Modificado por el art. 31, Decreto Nacional 2304 de 1989 El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que **haya manifiesta** infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor. (Negrilla no original).

**superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. 2º)** Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1º) realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgĕre)- significa aparecer, manifestarse, brotar.<sup>4</sup>

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer “prima facie”, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”<sup>5</sup>.

## Caso concreto

Analizado el caso concreto, conforme lo anteriormente considerado, encuentra el Despacho que en el asunto que nos atiende no es procedente decretar la medida cautelar solicitada por el accionante.

<sup>4</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, 13 de marzo de 2014, Radicación número: 110010325000201300171 00(0415-2013)

Debe recordarse que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, 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.

Observa el despacho que, a través de la Resolución No. 1561 de 07 de junio de 2019, la entidad demandada dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de unos docentes, entre ellos, el señor Miguel Alberto Bocanegra Conde. En efecto, en dicho acto administrativo se advierte que el retiro del demandante se da con ocasión del traslado del señor Luís Eduardo Rincón Valero, y que pese a realizarse acciones tendientes para la reubicación del demandante, ello no fue posible por no existir vacantes.

Además, obra copia del Oficio N°. S-2019-78305 de 22 de abril de 2019, a través de la cual la jefe de la oficina de personal de la Secretaría de Educación, niega la solicitud del demandante tendiente a ampliación del perfil del demandante para efectos de una posible reubicación laboral.

Ahora bien, la Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones constitucionales y legales, y los regímenes especiales de creación constitucional. El propósito de tal previsión constitucional es crear un mecanismo objetivo de acceso a los cargos públicos, en el cual las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro respondan a criterios reglados, y no a la discrecionalidad del nominador.

La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales.

En relación con los primeros, se trata de funcionarios que acceden a estos cargos mediante un concurso de méritos, por lo que su permanencia en ellos implica mayor estabilidad al haber superado las etapas propias del concurso, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales. De ahí, que el acto administrativo por medio del cual se desvincula a un funcionario de carrera administrativa deba, además de otros requisitos, ser motivado para que la decisión sea ajustada a la Constitución.

Por su parte, los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

El retén social es un beneficio creado por la Ley 790 de 2002<sup>6</sup>, a través del cual se brinda de estabilidad laboral reforzada en favor de los servidores públicos, ya sea que estén o no en carrera administrativa. Dicho derecho consiste en la imposibilidad de ser retirados del cargo, en tanto no se cumpla con la condición por la cual está incluido en la referida figura, esto es, personas con limitaciones físicas, mentales, visuales o auditivas, los padres<sup>7</sup> y madres cabeza de familia o los que cumplan con los requisitos de edad y tiempo de servicios para disfrutar de su pensión de jubilación.

Aunque, en principio, el retén social solamente estaba previsto para el Programa de Renovación de la Administración, la Corte Constitucional, en sentencias T-186 de 2013 y T-326 de 2014, consideró que, por tratarse de acciones positivas tendientes a garantizar la estabilidad en el empleo respecto de sujetos de especial protección, es posible extender sus efectos a otros escenarios, entre ellos, cuando se provean cargos de carrera administrativa a través de concursos de méritos<sup>8</sup>.

De manera que, dada la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, es posible otorgárseles un trato

---

<sup>6</sup> ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. <Apartes en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles> 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".

<sup>7</sup> Mediante sentencia C-1039 de 2003 la corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, bajo el entendido que el beneficio del retén social debía extenderse a los padres que fueran cabeza de familia.

<sup>8</sup> CE, SCA, S4, Sentencia de 08 de febrero de 2018, Radicación número: 63001-23-33-000-2017-00508-01(AC), Actor: Martha Cecilia Restrepo Gómez, Demandado: Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE

preferencial, siempre que estén incurso en las causales previstas en el artículo 790 de 2002, entre ellas la de ser prepensionado; sin que ello implique por sí mismo la configuración de un derecho al cargo.

En consecuencia, los servidores públicos prepensionados, es decir, *“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”*, tienen un derecho preferente a no ser removidos del cargo cuando la situación fáctica lo permita, así por ejemplo, cuando el número de cargos vacantes sea superior al número de la lista de elegibles.

Igualmente, se advierte que, según lo dicho por la Corte Constitucional, en tratándose de prepensionados, cuando solo se esté solo falte el requisito de la edad no es procedente la aplicabilidad de la figura del reten social por ser prepensionado, pues dicho requisito puede ser cumplido con o sin vinculación vigente<sup>9</sup>.

De conformidad con lo expuesto, y revisado el material probatorio allegado al expediente, se observa que, si bien el demandante, eventualmente, podría cumplir con el requisito de edad, toda vez que tiene 55 años; cierto es que no se encuentra acreditado con suficiencia que tenga el número suficiente de semanas cotizadas que le permitan acceder a la pensión de jubilación dentro de los próximos 3 años.

En efecto, no existe prueba que determine con meridiana claridad las semanas cotizadas al Ministerio de Defensa (servicio militar obligatorio) ni al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre este último se tiene que, si bien la parte actora allegó certificaciones que acreditan la existencia de un vínculo laboral con la Secretaría de Educación de Bogotá, aquellas no permiten determinar con suficiencia los extremos de la relación laboral, toda vez que en la certificación obrante a folio 33 del expediente se indica que el demandante prestó sus servicios desde el 24 de julio de 2002 hasta el 06 de febrero de 2019; mientras que en la obrante a folio 71 del expediente, se certifica que el demandante prestó sus servicios desde el 05 de febrero de 2005, con interrupciones.

Conforme a lo expuesto, no se advierte, en esta etapa procesal, que el acto administrativo acusado este vulnerando el ordenamiento jurídico, por tanto, para llegar a esa conclusión se requiere un completo análisis normativo, jurisprudencial

---

<sup>9</sup> Sentencia SU003/18

y probatorio, el cual solo es posible realizar cuando se reúnan todos los elementos probatorios necesarios para ello.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda:

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Ejecutoriado el presente proveído, vuelva el expediente al Despacho para continuar con el trámite pertinente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**  
Juez

JUZGADO 46 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.

Hoy 17 de febrero de 2020 se notifica el auto anterior por  
anotación en el Estado No. 04 CQ

MARÍA DEL PILAR CORCHUELO SAAVEDRA  
SECRETARIA