

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

Arauca, once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado No. : 81001 3333 002 2019 00191 00
Demandante : Nelly Navea Hidalgo
Demandado : Departamento de Arauca
Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Providencia : Auto que resuelve medida cautelar

I. ANTECEDENTES

Procede el Despacho a pronunciarse respecto de la solicitud de medida cautelar solicitada por la parte demandante a través de apoderado judicial, en la cual solicita que se suspendan provisionalmente los efectos de la Resolución 1916 del 19 de julio de 2018 y Resolución No. 2524 del 14 de septiembre de 2018 emitidas por la entidad accionada, por medio de la cual se retira del cargo a la demandante por tener resolución de reconocimiento de pensión de vejez.

La demandante aduce como fundamento de la medida cautelar deprecada que si bien la Resolución No. 2524 de 2018 citó la Ley 1821 de 2016, desvió su poder y no la aplicó. Debe tenerse en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016; se encontraba activa laboralmente, tenía la edad de 64 años y había manifestado por escrito desde 17 de mayo 2017, su voluntad de acogerse a dicha ley, y seguir laborando hasta los 70 años de edad. A ello la entidad no prestó atención y profirió el acto administrativo de desvinculación del servicio público, bajo el argumento que la señora NELLY CECILIA NAVEA HIDALGO, ya poseía una situación jurídica definida y consolidada, puesto que ya se le ha reconocido el derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de vejez. Situación que no corresponde a la realidad y que refleja una falsa motivación y consecuente ilegalidad del acto administrativo demandado

Señala que con la omisión flagrante de no haber aplicado el artículo 2 de la Ley 1821 de 2016, que señala que a las personas que se acojan a la opción

voluntaria en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Aduce además, que ninguna de las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 justificaba a la entidad para realizar el retiro, máxime cuando debe tener en cuenta que la demandante nunca ha estado incluida en la nómina de pensionados, con lo cual ni siquiera se garantizó la no solución de continuidad.

Por último, señala que si bien se cita el Decreto 2245 de 2012, no lo aplicaron en debida forma, pues el literal a) señala que el empleador debe informar por escrito a la administradora que efectuó el reconocimiento de la pensión con una antelación no menor a tres meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, allegando copia del acto administrativo de retiro del servicio. Y resalta que la fecha en todo caso será el primer día del mes siguiente al tercero de antelación, lo cual sería el 01 de octubre y no el 30 de septiembre como lo ordena el acto demandado. Sumado a ello, Colpensiones al recibir la comunicación le indica a la entidad que además del acto de retiro se requería la manifestación expresa de la empleada de querer retirarse del servicio.

También señala que el perjuicio de la demandante consiste en el no pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir, la falta de cobertura al Sistema de seguridad social desde la fecha en que fue desvinculada injustamente del servicio público, es decir, desde el 1 de octubre de 11/ 2018, hasta que se ordene su reintegro; perjuicios que de no decretarse la medida cautelar aquí solicitada, seguirían produciéndose causando no solo un detrimento patrimonial a las partes sino la afectación grave y actual al mínimo vital de la demandante.

De la anterior medida se corrió traslado a la parte accionada, quien se pronunció de forma extemporánea el 10 de agosto de 2017, siendo el último día para hacerlo el 09 de agosto de 2017.

II. CONSIDERACIONES

Las medidas cautelares son una institución jurídica, cuyo fin es garantizar la efectividad de la sentencia que ponga fin a un controversia, así como el objeto del proceso. En los arts. 229 al 241 de la Ley 1437 de 2011 el Legislador reguló tanto sustancial como procesalmente las medidas cautelares en todos los procesos declarativos que se surtan ante esta jurisdicción.

En tal sentido, el art. 230 del CPACA, preceptúa que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, enunciando las siguientes:

“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.”*

En cuanto a su procedencia, el art. 229 ejusdem consagró:

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. [...]*

Por su parte, el art. 231, preceptúa los requisitos para que pueda ser adoptada una medida cautelar, los cuales son los siguientes:

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.

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***
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios. / Negrillas fuera de texto.***

El Consejo de Estado a partir del anterior precepto legal, ha hecho una clasificación de los requisitos de las medidas cautelares, dividiéndolos en requisitos formales de procedibilidad y materiales de procedibilidad, así:

“i) Existen requisitos de formales procedibilidad¹, a saber: 1) debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011); 2) debe existir solicitud de parte² debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por

¹ En la medida en que estos requisitos únicamente exigen una corroboración formal y no un análisis valorativo.

² De conformidad con el parágrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son las “medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 3) la medida debe ser solicitada en cualquier etapa del proceso antes o después de haberse notificado el auto admisorio de la demanda (artículo 233 y 234, Ley 1437 de 2011).

*ii) Existen **requisitos materiales de procedibilidad**³, a saber: 1) la medida cautelar debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011); y 2) debe haber una relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011). Ahora bien, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado –medida cautelar negativa–, se deben tener en cuenta otros requisitos adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda⁴ así: **1) si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud (artículo 231, inciso 1°, Ley 1437 de 2011) y 2) si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios (artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011).***
(...)”⁵

Teniendo en cuenta los anteriores supuestos normativos, se pasará a analizar si en el caso concreto es procedente acceder a las medidas cautelares deprecadas.

CASO CONCRETO

Como ya se indicó en párrafos anteriores los actos de los cuales se pretende la suspensión provisional, son: la Resolución No. 2524 del 14 de septiembre de 2018 y la Resolución No. 1916 del 19 de julio de 2018, por lo cuales se decide retirar a la demandante de un cargo. Se argumenta que tales actos son contrarios a la ley 1821 de 2016, comoquiera que la misma pese a contar con resolución de reconocimiento de pensión de vejez, había expresado a la entidad que, al tener a la entrada en vigencia de la Ley 1821 con menos de 65 años de edad, ella optaba por retirarse a la edad del retiro forzoso, es decir a los 70 años.

³ En la medida en que exigen por parte del juez un análisis valorativo.

⁴ Por esta razón en el acápite de antecedentes de esta providencia se hizo alusión al medio de control ejercido por el demandante y a las pretensiones de la demanda, toda vez que el legislador en la Ley 1437 de 2011 puso estos como elementos determinantes para el tipo de requisitos que el juez debe analizar al momento resolver sobre el decreto de la medida cautelar.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00474-00(1956-12) Actor: ABEL RODRÍGUEZ CÉSPEDES Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Por su parte la entidad demandada, señala que, en el caso en concreto, la parte actora dentro del cuerpo de la demanda, sólo se limita a realizar la solicitud de la medida provisional, más omite el deber legal que le exige las normas citadas anteriormente, de sustentar la petición de la medida cautelar, razón por la cual, dicha solicitud no está llamada a prosperar por cuanto no reúne los requisitos exigidos en los artículos 229 y 231 de la ley 1437 de 2011.

De igual forma expone que, “la oferta del cargo que ostentaba la accionante no obedece a un capricho o decisión arbitraria por parte de la entidad (...), *se hace es en cumplimiento de lo establecido en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política de Colombia, la ley 909 de 2004 y la Circular 017 de 2017 emanada de la Procuraduría General de la Nación, por lo que; es un imperativo constitucional y legal enviar a la Comisión Nacional del Servicio Civil el reporte de todos los cargos que se encuentren en vacancia definitiva para que estos a su vez sean sometidos a concurso público*”.

Previo a continuar con el estudio de la concesión o no de la medida, es pertinente señalar que dicha solicitud se encuentra en cuaderno aparte en cual se exponen las normas que se consideran mal interpretadas por la entidad. Sumado a que el argumento de la entidad en cuanto a lo oferta del cargo, no se acompasa con los supuestos fácticos de la demanda ni de la solicitud de medida, pues dicho tópico no se trastoca en el libelo genitor, pues la causal de retiro del cargo se limita a la existencia del reconocimiento de pensión de vejez, Por lo cual, las acotaciones del Departamento del Arauca al descorrer el traslado de la medida, no serán atendidas.

Dicho lo anterior, es pertinente hacer mención de los medios probatorios relevantes que encuentra el despacho para resolver la medida, a saber:

- Resolución No. 1916 del 19 de julio de 2018 por la cual el Gobernador de Arauca, resuelve: *Retirar del servicio a la señora NELLY CECILIA NAVEA HIDALGO, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.241.079, del empleo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06, una vez quede incluido en la nómina de pensionados, o en su defecto a partir del día 30 de septiembre de 2018.*
- Resolución No. 2524 del 14 de septiembre de 2018 que confirma dicha decisión.

- Escrito del 27 de julio de 2018 presentado por la señora Nelly Navea ante la Gobernación de Arauca, en el cual indica que reitera lo dicho mediante petición del 15 de mayo de 2017 en cuanto a su interés de acogerse al retiro forzoso establecido en la ley 1821 de 2016 (71).
- Resolución No. 130647 de 2015, por medio del cual Colpensiones le reconoce pensión de vejez a la demandante.
- Oficio del 16 de julio de 2018 suscrito por Colpensiones y dirigido al Gobernador de Arauca en el que señala que, para la inclusión en nómina de los servidores públicos, además del acto administrativo en el cual se ordene el retiro, debe obrar el expediente escrito una manifestación expresa de la voluntad del afiliado en el que indique su voluntad de retirarse del servicio para disfrutar de la prestación reconocida o copia de la renuncia al cargo (59)
- Resolución No. 1821 del 19 de septiembre de 2018, por medio del cual se mantiene en suspenso el ingreso a nómina de la pensión de vejez de la demandante (63).

Conforme a los elementos probatorios puestos de presente, queda demostrado que, desde el 30 de septiembre de 2018, la demandante fue retirada del cargo y que no fue incluida en nómina de pensionados pues no se ha acreditado el requisito de la manifestación expresa de la voluntad de retirarse del servicio. Es decir, la demandante desde dicha calenda no está recibiendo ingresos mensuales provenientes del cargo que desempeñaba en el Departamento.

De igual forma se encuentra acreditado que la causal que tuvo el ente territorial para retirar a la señora Navea del cargo es que ya le había sido reconocida pensión de vejez, causal prevista en el artículo 41 de la ley 909 de 2004. Y estima la entidad que comoquiera que la señora Navea le había sido reconocida dicha pensión, tenía una situación jurídica definida y consolidada, por ende, no le aplicaba lo establecido en la ley 1821 de 2016.

En ese orden, es pertinente señalar que a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas de 65 a 70 años. Esta ley señala:

ARTÍCULO 1. *La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se*

causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el Artículo 1 ° del Decreto-ley 3074 de 1968.

ARTÍCULO 2. *La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. **Quienes, a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas podrán permanecer voluntariamente en los mismos,** con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), **aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.** A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el párrafo 3° del Artículo 9° de la Ley 797 de 2003.*

En consecuencia, esta ley amplía de 65 a 70 años la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado, a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el Artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968¹.

Luego entonces, si como en el caso de la demandante, al 30 de diciembre de 2016, el servidor público se encontraba en servicio activo (sin pensionarse) podía permanecer en el cargo hasta tanto cumpliera la edad de retiro forzoso de 70 años.

La misma norma aclara, que dicha potestad permanece aun cuando se tengan los requisitos para acceder a la pensión.

Bajo esa óptica, si la señora Nelly Navea de manera expresa había indicado a la entidad, mediante escrito del 27 de julio de 2018⁶, que no deseaba retirarse del cargo, sino continuar hasta el retiro forzoso, era menester que el Departamento de Arauca tuviera en cuenta su derecho a permanecer en el mismo. Máxime cuando COLPENSIONES le comunicó que se requería para efectos del ingreso de la actora a la nómina de pensionados, que esta presentara de manera expresa su voluntad de no querer seguir en servicio, requerimiento exigido luego de la entrada en vigencia de la ley 1821 de 2016.

⁶ En dicho escrito afirma que reitera la manifestación efectuada el 15 de mayo de 2017 no obstante de dicha solicitud no obra copia en el expediente.

Lo cual confirma que la demandante tiene derecho a no retirarse de hasta que cumpla los 70 años.

El Consejo de Estado emitió un concepto del 13 de diciembre de 2019⁷, en el que se establece que los funcionarios que son beneficiarios de la ley que modificó de 65 a 70 años la edad de retiro forzoso y que fueron retirados del servicio podrían ser reintegrados y permanecer en el servicio activo hasta cumplir los 70 años, así señaló:

(...)

1. *¿Podrían manifestar su voluntad de permanecer en el cargo con posterioridad a la expedición del acto administrativo de retiro?*

2. *¿De acogerse a la citada ley una vez retirado del servicio, se debe revocar el retiro?*

Los funcionarios a quienes cobija la Ley 1821 de 2016 pueden permanecer en el servicio hasta la edad de 70 años. En el evento de que se hubieren retirado mediante acto administrativo ejecutoriado, podrían volver a ser vinculados, siempre con sujeción a la edad de retiro forzoso establecida en la ley.

Una vez ejecutoriado el acto de desvinculación, vale decir retirada la persona del servicio, es improcedente la revocatoria del retiro.

Lo anterior, sin perjuicio de que pueda efectuarse un nuevo nombramiento.

La atenta lectura del artículo 2 de la Ley 1821 permite concluir que es posible no solo permanecer en el ejercicio de funciones públicas, sino acceder a ellas hasta la edad de 70 años.

Es claro entonces, que el hecho de tener reconocido su derecho pensional, dicha situación no era óbice para que la demandante no pudiera continuar en su cargo hasta la edad de retiro forzoso, máxime, cuando la demandante desde 30 de septiembre de 2018, fue retirada sin estar incluida en la nómina de pensionados, lo que de contera demuestra la causación de perjuicios a causa de los actos demandados, pues no cuenta con ingresos económicos mensuales y no está cotizando al sistema general de seguridad social.

Así las cosas, para el despacho es procedente acceder a la suspensión provisional de la Resolución No. 2524 del 14 de septiembre de 2018 y Resolución No. 1916 del 19 de julio de 2018 por cumplirse los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, si se espera hasta sentencia, puesto que la ausencia de remuneración y de cotizaciones al sistema aun se están produciendo. En tal sentido, se ordenará el reintegro de la señora

⁷ Concejero ponente: German Bula Escobar. Sala de Consulta y del Servicio Civil.

NELLY CECILIA NAVEA HIDALGO al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 o uno equivalente hasta tanto se emita sentencia en este caso y quede ejecutoriada, o en su defecto, hasta que cumpla los 70 años de edad (26 de septiembre de 2022) en caso que la sentencia para ese momento aun no haya sido emitida, o antes si la actora presentare su renuncia; y continúe efectuando las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión de la actora, y demás aportes que le por ley le corresponda.

En caso de resultar el reintegro imposible fácticamente para el Departamento de Arauca, le corresponderá pagar los salarios y las cotizaciones mencionadas, desde el día siguiente a la notificación de esta providencia hasta que se profiera sentencia y quede ejecutoriada, o en su defecto, hasta que cumpla los 70 años de edad (26 de septiembre de 2022) en caso que la sentencia para ese momento aun no haya sido emitida.

En mérito de lo expuesto se

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la suspensión provisional de la Resolución No. 2524 del 14 de septiembre de 2018 y la Resolución No. 1916 del 19 de julio de 2018 expedidas por el Departamento de Arauca y en consecuencia **ORDÉNESE** el reintegro de la señora NELLY CECILIA NAVEA HIDALGO identificada con la cédula de ciudadanía número 24.241.079.al cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 o uno equivalente hasta tanto se emita sentencia en este caso y quede ejecutoriada, o en su defecto, hasta que cumpla los 70 años de edad (26 de septiembre de 2022) en caso que la sentencia para ese momento aun no haya sido emitida, o antes si la actora presentare su renuncia; y continúe efectuando las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión de la actora, y demás aportes que le por ley le corresponda.

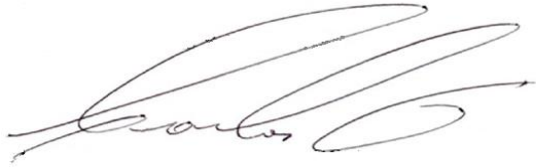
En caso de resultar el reintegro imposible fácticamente para el Departamento de Arauca, le corresponderá pagar los salarios y las cotizaciones mencionadas, desde el día siguiente a la notificación de esta providencia hasta que se profiera sentencia y quede ejecutoriada, o en su

defecto, hasta que cumpla los 70 años de edad (26 de septiembre de 2022) en caso que la sentencia para ese momento aun no haya sido emitida

Para lo anterior, se concede a la entidad el término de diez (10) días, imponiéndosele el deber de informar al Despacho sobre el cumplimiento de la medida.

SEGUNDO: Ordenar que por Secretaría se hagan los registros pertinentes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, consisting of several fluid, overlapping loops and strokes, characteristic of a cursive or semi-cursive script.

CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez