

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 11 de noviembre de 2020

Auto Interlocutorio No. \_\_\_\_\_

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA FEUILLET PALOMARES

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL
EXPEDIENTE:	76001-23-33-000-2019-00404-00
DEMANDANTE:	CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO (Apoderado HERNANDO MORALES PLAZA <a href="mailto:notificaciones@hmasociados.com">notificaciones@hmasociados.com</a> )
DEMANDADO:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTROS (Apoderado JAIME ANDRES TORRES CRUZ <a href="mailto:desajclinotif@cendoj.ramajudicial.gov.co">desajclinotif@cendoj.ramajudicial.gov.co</a> )
ASUNTO	NIEGA MEDIDA CAUTELAR

I. OBJETO DE LA DECISION

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar formulada por la parte actora, con la que pretende suspender provisionalmente los efectos de la Resolución nro. 140 del 06 de agosto de 2018<sup>1</sup>, suscrita por el presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual se nombró en propiedad al doctor Andrés Fernando Muñoz Quintero en el cargo de juez 11 penal municipal con funciones de control de garantías de Cali y consecuentemente se retiró del cargo que venía ocupando la doctora Carmen Emilia Maldonado Navarro.

II. ARGUMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La parte demandante solicitó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, en razón a que, a su juicio, al momento de su expedición, se vulneraron los principios de transparencia, publicidad, debido proceso y protección especial – retén social y el fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali.

Respecto al retén social y protección especial a las personas que están próximas a pensionarse, el Decreto 190 de 2003 y la Ley 790 de 2002, dentro del programa de renovación de la administración pública, disponen que no podrán ser retirados del servicio, entre otros, los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de la pensión de jubilación o vejez, cuando les falten tres años o menos.

<sup>1</sup> Ver folios 48 a 49



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

2

Al respecto señaló que puso en conocimiento su situación cuando contaba con 57 años y 1.042 semanas cotizadas, lo que indica que, si bien cumplía con uno de los requisitos exigidos para solicitar la devolución de los aportes realizados al fondo de pensiones privado, la modalidad escogida requería de 1.150 semanas, lo que imposibilitaba acceder a la pensión.

Que en el momento en que el Tribunal Superior de Cali aplicó la lista de elegibles, la actora contaba con 58 años y 1.089 semanas, faltándole solo 61 semanas para acceder a la pensión de vejez, por tanto, se le vulneró el derecho que le asiste por haber adquirido la calidad de prepensionada, protección especial que cesa cuando la actora cumpla con las semanas cotizadas para ser pensionada.

Frente a los principios de publicidad y transparencia, señaló que la Ley 1437 de 2011 en los artículos 8 y 9 consagran que toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal, y que las autoridades deben dar a conocer al público y a los interesados sus actos, contratos y resoluciones, mediante los mecanismos que ordena la ley.

Indicó que, en virtud de los anteriores principios, los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que se derivan de la carrera, sin embargo, tienen derecho a que el acto administrativo por el cual son retirados de su cargo sea motivado y debidamente notificado para que se garantice el debido proceso. Adujo que los cargos provisionales no son iguales a los de carrera y, por tanto, no le son aplicables los derechos derivados de ella, toda vez que los provisionales no fueron sometidos a concurso de méritos y periodos de prueba.

### **III. TRASLADO DE LA MEDIDA CAUTELAR**

Dentro del término de traslado, la entidad demanda guardó silencio. Sin embargo, posteriormente, el apoderado judicial de manera extemporánea allegó escrito en el que señaló que la solicitud no es procedente debido a que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 229 del CPACA.

Dijo que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad, y que la medida cautelar no guarda ninguna relación con el objeto del proceso, puesto que el cumplimiento del acto administrativo no está sujeto a control jurisdiccional, pues a partir de su notificación y ejecutoria produce efectos jurídicos al interesado, y solo mediante la sentencia proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se puede desvirtuar la presunción.

A su juicio, que la medida cautelar no es necesaria para garantizar la efectividad de la sentencia, pues la Rama Judicial goza de autonomía presupuestal y asignación presupuestal de orden nacional, lo que no permite maniobras que pongan en riesgo el pago de una eventual sentencia en favor de la demandante.



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

3

Finalmente, informó que la actora ya fue vinculada nuevamente desde el mes de mayo de 2019 y está devengando un salario similar al que devengaba antes de su desvinculación.

#### IV. CONSIDERACIONES

##### Problema Jurídico

El asunto que se discute se contrae a establecer:

- ¿Es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo demandado?

Para resolver el problema jurídico, se realizará un recuento normativo y jurisprudencial de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, de la suspensión provisional, las medidas preventivas y luego se analizará el caso concreto.

##### **Recuento normativo y jurisprudencial acerca de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo – De la suspensión provisional y las medidas preventivas – Reiteración jurisprudencial:**

- **Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo – Reiteración jurisprudencial:**

El artículo 238 de la Constitución Política establece:

*“ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*

La Corte Constitucional, en sentencia C-834 de 2013, se pronunció respecto a la finalidad de las medidas cautelares, de la siguiente manera:

*“(…) Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos*



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

4

*para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...)*<sup>2</sup>.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en el artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “*proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”. Además, indicó que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte debidamente sustentada, y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 230 del CPACA clasificó las medidas cautelares como: **i) preventivas** (numeral. 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante, y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Los artículos 231 a 233 ibídem determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las medidas cautelares enunciadas en el artículo 230.

En providencia del 31 de mayo de 2019, el Consejo de Estado – Sección Primera, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, radicación número: 11001-03-24-000-2014-00682-00, recordó, en relación a los criterios que debe tener en cuenta el juez para adoptar una medida cautelar, lo siguiente:

*“En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “podrá decretar las que considere necesarias”<sup>3</sup>. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “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” (Resaltado fuera del texto).*

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

<sup>3</sup> Artículo 229 del CPACA



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

5

*Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:*

*“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]”<sup>4</sup> (Negrillas fuera del texto).*

*Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:*

*“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]”<sup>5</sup> (Negrillas no son del texto).*

<sup>4</sup> Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>5</sup> Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad” // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA, da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con 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.’”





Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

6

Se tiene entonces que, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada, debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: *(i) fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *(ii) periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, *(iii)* la ponderación de intereses.

- **La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado – Reiteración jurisprudencial:**

Como se dijo en líneas anteriores, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado tiene su fundamento constitucional en el artículo 238 de la CP y su trámite, procedencia y demás requisitos se desarrolla en los artículos 229 y ss del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”.<sup>6</sup>

Para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la Ley 1437 de 2011 indica que debe referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el juez de la medida, es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas.

El Consejo de Estado – Sección Primera, en providencia del 31 de mayo de 2019, C.P: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, anteriormente citada, recordó los postulados de la providencia del 13 de mayo de 2015<sup>7</sup> y señaló que:

*“(...) la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio (...)”.*

<sup>6</sup> Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

7

Tal visión ha sido compartida por la precitada Sección Primera del Consejo de Estado, en el auto del 27 de agosto de 2015<sup>8</sup>, en el cual subrayó lo siguiente:

*“(…) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”.*

Acerca de la forma en la que el juez debe abordar este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

*“(…) 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 (…)”* (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Primera, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”<sup>9</sup>.

- **La Medida Cautelar Preventiva**

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>9</sup> Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa [ ]. 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”.(Negritas fuera del texto).



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

8

Como se señaló en precedencia, conforme al artículo 230 del CPACA, las medidas cautelares son preventivas (num. 4), conservativas (num. 1 primera parte) anticipativas o de suspensión (nums. 1 segunda parte, 2 y 3). En este orden de ideas, la norma enumera las posibles medidas que pueden adoptarse, entre las que se encuentran cautelas negativas y positivas.

La cautela negativa por excelencia es la suspensión provisional, cuando el objeto de control es un acto administrativo. Las cautelas positivas operan cuando el litigio versa sobre la inactividad o las actuaciones de la administración: hechos u operaciones administrativas, y dichas cautelas son de tipo preventivo, conservativo y anticipativo.

Respecto de las medidas preventivas, estas tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante<sup>10</sup>. La Ley 1437 del 2011 consagró, dentro los procesos contencioso administrativos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal<sup>11</sup>, que corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política sino también busca materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia<sup>12</sup>.

Así, las medidas cautelares preventivas buscan proteger la materialización de las decisiones judiciales, ya que permiten que el objeto del juicio permanezca inalterado durante el trámite del proceso, pues, de lo contrario, el restablecimiento del ordenamiento jurídico por medio de la sentencia sería puramente formal y no material.

Por ende, para su decreto se requiere que: (i) exista la apariencia de buen derecho, esto es, que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, es decir, que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o derechos invocados; (ii) que se efectúe un juicio de ponderación de intereses que permita determinar si resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, y (iii) que exista peligro para la efectividad de la sentencia, esto es, que se produzca un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios<sup>13</sup>.

### Caso concreto

<sup>10</sup> Consejo de Estado Sección Cuarta, sentencia de 21 de mayo de 2015, radicación 11001-03-24-000-2013-00534-00

<sup>11</sup> Gómez Aranguren, Gustavo. El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En: Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Banco de la República. Bogotá.

<sup>12</sup> Constitución Política de Colombia:

Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

<sup>13</sup> *Ibíd.*





Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

9

Como se señaló en el cuadro normativo y jurisprudencial, en el examen de procedencia de la medida cautelar solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora y (iii) la ponderación de intereses.

Se procederá, entonces a establecer si se cumplen cada uno de los ítems en el caso concreto.

### **Fumus Boni Iuris o Apariencia de Buen Derecho**

Dicho requisito consiste en que las pretensiones del proceso aparezcan debidamente fundadas, que el demandante haya demostrado así sea sumariamente y se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho.

La parte demandante consideró que procede la suspensión provisional de los actos demandados, en síntesis, por la violación a las siguientes normas:

- La Constitución Política de Colombia (artículos 29, 243).
- Ley 790 de 2002 - artículo 12.
- Decreto 190 de 2003 – artículos 12 y 13.
- Ley 1437 de 2011 – artículo 3, numerales 8 y 9.
- Sentencia C-795 de 2009.

Ahora bien, la solicitud de suspensión provisional se fundamenta en las mismas consideraciones de orden legal que las pretensiones de la demanda, pues considera que al momento de la expedición del acto demandado se vulneraron los principios de transparencia, publicidad, debido proceso y protección especial – retén social.

A continuación, se citan algunas de las normas que considera infringidas la parte solicitante de la medida cautelar:

Artículo 29 de la Constitución Política:

*“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su*



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

10

*contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”.*

Artículo 243 de la Constitución Política:

*“Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”.*

Artículo 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el artículo 12 del Decreto 190 de 2003 Protección especial:

*“ARTÍCULO 12. 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. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.”.*

Artículo 13 del Decreto 190 de 2003 Protección especial:

*“Artículo 13. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:*

*(...)*

*d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.*

*El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.”.*

Artículo 3, numerales 8 y 9 de la Ley 1437 de 2011:

*ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad,*



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

11

*participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

*(...)*

*8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.*

*9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.”.*

Revisado el acto administrativo demandado, Resolución nro. 140 del 06 de agosto de 2018<sup>14</sup> por medio de la cual se nombró en propiedad al doctor Andrés Fernando Muñoz Quintero en el cargo de juez 33 penal municipal con funciones de control de garantías de Cali y se desvinculó a la actora del cargo que venía desempeñando, se observa que fue expedido en aplicación de la lista de elegibles para proveer los cargos vacantes en la Rama Judicial, conformada por el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca mediante el Acuerdo nro. CSJVAA18-95 del 17 de julio de 2018.

Por consiguiente, la lectura y cotejo del acto enjuiciado, con las normas invocadas y el estudio de los medios probatorios aportados por la parte actora, por sí solos, no resultan suficientes para decretar la medida cautelar solicitada, pues para establecer si el acto acusado adolece del cargo de nulidad citado, se hace necesario contar con mayores elementos de juicio, entre ellos, el análisis de las pruebas que aporte la parte demandada en el trámite del proceso.

Entonces, al no encontrarse configurada a partir de un simple ejercicio de confrontación con las normas superiores que se argumentan como violadas, una situación de manifiesto desconocimiento de las mismas, necesaria para decretar la suspensión provisional solicitada, no se infiere *prima facie* la violación de las mismas y, por ende, la apariencia de buen derecho que exige el decreto de una medida cautelar.

Se reitera que un requisito de prosperidad de la medida cautelar de suspensión provisional consiste en que de la confrontación del acto demandado con la norma invocada como vulnerada y las pruebas que se pretendan hacer valer se derive la violación de las disposiciones superiores. En este asunto es necesario examinar y valorar diversos aspectos de carácter probatorio e interpretativo que no son propios de esta etapa procesal, por lo que no se advierte en este momento la violación normativa alegada por el demandante y, por ende, la apariencia de buen derecho que exige el decreto de una medida cautelar.

---

<sup>14</sup> Ver folios 48-49



Radicación : 76001-23-33-000-2019-00404-00  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL  
Demandante : CARMEN EMILIA MALDONADO NAVARRO  
Demandado : NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DESAJ

12

Ahora bien, según lo manifestado por la entidad demandada en su escrito y conforme a las pruebas allegadas, se tiene que la actora desde el 17 de mayo de 2019 fue vinculada nuevamente en provisionalidad a la Rama Judicial en el cargo de juez 35 penal municipal de conocimiento de Cali con un salario similar al devengado antes de su desvinculación, actuación que implica una modificación de su situación jurídica que le garantiza un mejoramiento económico, laboral, personal y estabilidad hasta que cumpla la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a la pensión.

Finalmente, se aclara que, de conformidad con el inciso 2º del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, las consideraciones anteriormente expuestas para resolver la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, no implican prejuzgamiento alguno, debiéndose en definitiva revisar los cargos por los cuales se acusa el acto demandado al momento del fallo, por lo que su análisis debe efectuarse de conformidad con lo que se pruebe y otras disposiciones normativas, aspecto que supera lo permitido en esta etapa previa del proceso.

Por todo lo anterior, el Despacho considera que no es procedente la solicitud de medida cautelar y, por tanto, será negada.

En consecuencia, se

## **R E S U E L V E**

**NEGAR** la medida cautelar solicitada por la parte demandante, consistente en la suspensión provisional del acto administrativo demandado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia<sup>15</sup>.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**PATRICIA FEUILLET PALOMARES**  
**Magistrada**

---

<sup>15</sup> VoBo Secretario  
Proyectó Andrés M.