



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "D"

## FIJACIÓN TRASLADO EXCEPCIONES

**REFERENCIA: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RADICACIÓN: 25000-2342-000-2020-01166-00**

**ACCIONANTE: ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA**

**ACCIONADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**Magistrado: ISRAEL SOLER PEDROZA**

Hoy, **once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022)**, la Secretaria de la Subsección "D", de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, deja constancia que se fija en la página web de la Rama Judicial, el escrito de excepciones contenido en la contestación de demanda presentada por el apoderado de la Procuraduría General de la Nación, se fija por el término de un **(1) día**. Así mismo, vencido el día de fijación, se mantendrá en la Secretaría de la Subsección "D", a disposición de la parte contraria, por el término de **tres (3) días**.

Lo anterior, en virtud del parágrafo 2, del artículo 175 del C.P.A.C.A.

Dilia Maria Pascagaza Gonzalez  
DILIA MARIA PASCAGAZA GONZALEZ  
Escribiente Autorizado

CALLE 24 (AV. LA ESPERANZA) N° 53-28, TORRE C – PISO 2

TEL. 423 33 90 EXT. 8256

scs02sb04tadmincdm@notificacionesrj.gov.co



Señores

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

Sección Segunda – Subsección D

Doctor **ISRAEL SOLER PEDROZA**

Magistrado Ponente

[rmemorialessec02sdtadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:rmemorialessec02sdtadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá, D.C. - Cundinamarca

<b>REFERENCIA:</b>	ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>RADICACIÓN:</b>	25000-2342-000-2020-01166-00
<b>ACCIONANTE:</b>	ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA
<b>ACCIONADO:</b>	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

CARLOS FELIPE MANUEL REMOLINA BOTÍA, identificado con cédula de ciudadanía 7.166.818, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional 113.852 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando conforme al poder adjunto conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, dentro del término oportuno<sup>1</sup> acudo respetuosamente ante su despacho para dar **CONTESTACIÓN** a la demanda incoada por la ciudadana Enalba Rosa Fernández Gamboa, en los siguientes términos; así:

### **A. PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

Manifiesto que me opongo a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, por cuanto será demostrado en el proceso que la actuación de la Procuraduría General de la Nación estuvo totalmente ajustada al ordenamiento jurídico.

### **B. HECHOS DE LA DEMANDA**

Procedo a contestar los hechos de la demanda, conforme al orden presentado por el demandante, así:

**HECHO 1.** Es parcialmente cierto: La demandante fue reubicada en el cargo de Procuradora 56 Judicial II de Bogotá, D.C., pero como consecuencia inmediata y directa de la decisión de tutela del 17/04/2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío dentro del radicado 63001-2333-000-2018-00058-00 que dispuso su reubicación en alguno de los cargos vacantes no provistos por causa del concurso de méritos convocado en 2015 por la PGN.

Lo anterior teniendo en cuenta la orden mediata de tutela emitida con anterioridad el 23/11/16 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, dentro del radicado 11001-1102-000-2016-04187-01, dispuso “... reintegrar a la señora ENALBA ROSA FERNÁNDEZ GAMBOA a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba, **mantiéndola en el empleo hasta acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez...**” (subraya en negrilla ajena al original).

**HECHO 2.** Es cierto, precisando que dicha consideración se refiere a la sentencia 23/11/16 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, dentro del radicado 11001-1102-000-2016-04187-01, dispuso “... reintegrar a la señora ENALBA ROSA FERNÁNDEZ GAMBOA a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba, **mantiéndola en el empleo hasta acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez...**” (subraya en negrilla ajena al original).

<sup>1</sup> El auto admisorio de la demanda fue notificado el 27/07/2021 por mensaje de *datos enviado al buzón procesosjudiciales@procuraduria.gov.co* y, por tato, según lo señalado en el Decreto Legislativo 806 de 2020, especialmente en el inciso 3° del artículo 8 “... La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación...”; en concordancia el artículo 48 de la Ley 2020 de 2021; el término para contestar vence el 10/09/2021, descontados los días de vacancia judicial incluidos los feriados.



**HECHO 3.** Es parcialmente cierta la primera parte del hecho: La demandante fue reubicada (no reintegrada) como consecuencia de la orden de tutela del Tribunal Administrativo del Quindío, orden cumplida por la PGN mediante su reubicación en el cargo en el cual es titular el doctor, Juan Manuel Laverde Álvarez, quien se encontraba en comisión especial y regresó a su cargo el 07/09/2019.

No es cierto que el Secretario General haya retirado del cargo a la demandante puesto que dicho funcionario solamente le comunicó la terminación de su vinculación por causa y con ocasión del retorno a su cargo del titular en carrera administrativa.

No es cierto que la actuación del Secretario General haya sido realizada sin competencia.

No es cierto, tampoco, que la PGN hubiera tenido que proferir un acto administrativo de retiro motivado en el que diera cumplimiento a la condición impuesta en el fallo de tutela proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que el acto administrativo demandado mediante el cual se le solicitó entregar el cargo obedeció al regreso a su cargo del titular en carrera administrativa, máxime cuando para aquella data y desde mucho antes la demandante ya tenía acreditados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de tal manera que la orden de tutela a su favor se encontraba agotada por sustracción de materia.

**HECHO 4.** Es parcialmente cierto, me atengo al contenido del oficio referido, precisando que mediante tal acto administrativo solamente se le comunicó a la demandante el retorno a su cargo del titular en carrera administrativa, se le informó la consecuencia lógica y legal de dicho regreso, a saber, la terminación de su provisionalidad y, en tal virtud, se le solicitó la entrega del empleo.

La demandante no fue reubicada en ningún otro cargo puesto que para aquella data y desde mucho antes ya tenía acreditados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de tal manera que la orden de tutela a su favor se encontraba agotada por sustracción de materia.

**HECHO 5.** Es cierto.

**HECHO 6.** No es un hecho. Lo señalado por la demandante corresponde a normas y consecuencia jurídicas, me atengo a su contenido.

### **C. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA** **(EXCEPCIONES)**

#### **1. Excepción previa de ineptitud de la demanda por demandarse un acto no enjuiciable (Art. 100 Código General del Proceso):**

El artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 dispone que son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.

El artículo 187 del Decreto Ley 262 de 2000 establece que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos, por encargo o en forma provisional, **por el tiempo que duren aquellas situaciones.**

El Oficio 1110030000000-I-007964-2019 del 30/08/2019 no deviene enjuiciable puesto que no constituye por sí mismo una decisión administrativa que cree, modifique o extinga una situación jurídica, toda vez que mediante el mismo la Secretaria General de la PGN se limitó única y exclusivamente a comunicarle a la demandante el acaecimiento de la condición resolutoria a la que estaba sometida su vinculación por Decreto 1935 del 24/04/2018, informándole el retorno a su cargo del titular en carrera administrativa y la consecuencia lógica y legal de dicho regreso, a saber, la terminación de su provisionalidad.



En este orden, resulta claro que la decisión que definió la situación jurídica de la demandante estuvo contenida desde un comienzo en el propio Decreto 1935 del 24 de abril de 2018 que, con fundamento en lo establecido en el artículo 187 del DL 262/00, sometió a condición resolutoria legal (retorno del titular de carrera) el nombramiento de la demandante en provisionalidad, en el cargo del ciudadano Juan Manuel Laverde Álvarez.

Sobre el particular valga traer a colación un pronunciamiento del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve, Radicado 05001-2331-000-2002-03400-01 (1388-12), Actor Leonel Urrego Murillo, Demandado Departamento de Antioquia, que en sentencia del 31/10/2013 y refiriéndose a un oficio de comunicación de un nombramiento efectuado en un acto administrativo dirigido al funcionario que por aquella designación quedó desvinculado; señaló:

*“... Respecto al oficio de 22 de marzo de 2002 cuya nulidad se pretende, advierte la Sala que el mismo se limita a informar al demandante la decisión contenida en el Decreto 0542 de 20 de marzo de 2002, por lo tanto, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, careciendo de contenido decisorio, motivo por el cual, no constituye un acto administrativo enjuiciable al tenor del artículo 85 del C.C.A y en tal sentido, la Sala procederá a declararse inhibida para pronunciarse respecto al mencionado oficio. **En este orden, no es enjuiciable el medio que utiliza la Administración para informar sobre un acto administrativo por cuanto con él no crea ni modifica situación alguna dado que su función consiste en poner en conocimiento la decisión contenida en otro acto administrativo...**” (subraya en negrilla ajena al original).*

En conclusión, tenemos que el Secretario General en el acto que se acusa no retiró del servicio a la actora, como lo malinterpreta la demanda, sino lo que hizo fue simplemente comunicar el cumplimiento de la condición resolutoria del Decreto 1335 del 24 de abril de 2018; a saber, que el doctor Laverde Álvarez se reintegraría a su cargo de carrera y por lo tanto se entendía terminado su vínculo en provisionalidad.

## **2. Excepciones de mérito:**

En gracia de discusión y de ser considerado verdadero acto administrativo el Oficio 1110030000000-I-007964-2019 del 30/08/2019, me permito formular los siguientes medios exceptivos de fondo:

### **2.1. Innecesariedad de expedición por parte del nominador de un acto administrativo de retiro por decaimiento del nombramiento (inexistencia de incompetencia):**

Refiere la demandante que en aplicación de la máxima relativa a que “... *las cosas se deshacen como se hacen...*”, su desvinculación del servicio debió estar precedida por un acto administrativo puntual y concreto firmado por el Procurador General de la Nación, toda vez que su reintegro y reubicación en el cargo de Procurador Judicial II lo fue por el nominador en cumplimiento de sentencia judicial.

Respecto a este asunto, hay que tener en cuenta la doble situación particular y concreta de la convocante, esto es: **(i)** su reintegro en el cargo estaba supeditada al cumplimiento de la orden de tutela proferida a su favor por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del C. S de la J., en el sentido que su permanencia estaría hasta tanto cumpliera con los requisitos para obtener pensión de vejez, y **(ii)** su vinculación en el cargo en el que se la reubicó como consecuencia de la orden de tutela emitida por el Tribunal Administrativo del Quindío estaba, igualmente supeditada, al retorno del titular de carrera por terminación de su situación administrativa (comisión especial).



En lo que interesa al cargo endilgado por la actora interesa tener en cuenta la segunda (2ª) condición resolutoria, esto es, el reintegro del funcionario con derechos de carrera.

Nótese que el Decreto 1935 del 24 de abril de 2018 señaló que en cumplimiento de la sentencia de tutela se reubicó a la demandante en el cargo del doctor Laverde Álvarez, señalando con claridad que estaba en comisión especial según los términos del artículo 105 del Decreto Ley 262 de 2002, comisión que en todo caso tiene un máximo de disfrute de dos (2) años.

De esa forma, desde la misma expedición del anotado decreto la actora conocía que permanecería en el servicio por un máximo de dos (2) años o hasta cuando se cumpliera el reintegro del titular de carrera. Así las cosas, al haberse informado que el doctor Laverde se iba a reintegrar al servicio simplemente se puso de presente y en conocimiento el cumplimiento de la condición resolutoria que traía implícita el Decreto 1935 del 24 de abril de 2018, esto es, que la actora permanecería en el servicio hasta tanto se diera el retorno del titular con derechos de carrera.

En efecto, lo que jurídicamente sucedió en este asunto fue el decaimiento del Decreto 1935 del 24 de abril de 2018, según los términos del numeral 4º del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 que señala:

*"ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTOR/EDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:*

*(...) 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto".*

Siendo así lo anterior y reiterando la configuración del decaimiento del acto administrativo de reubicación (Decreto 1935/18) por acaecimiento de la condición resolutoria a la que estaba sometido (retorno del titular de carrera), valga destacar que no se requería un acto administrativo del nominador que así lo declarara porque la pérdida de fuerza ejecutoria de que trata el artículo 91 *ibídem*, opera de pleno derecho, valga decir, automáticamente.

Al respecto, en sentencia T-152 de 2009 la Corte Constitucional señaló que la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo "... opera ipso iure, esto es, que no requiere ser declarada ni en sede administrativa ni mucho menos en sede judicial, pues, incluso, no puede solicitarse al juez contencioso administrativo porque no existe una acción autónoma que lo permita (recuérdese que el decaimiento del acto administrativo no constituye causal de nulidad del mismo). Su análisis puede hacerse en vía judicial, de manera excepcional, cuando, por ejemplo, para evitar la ejecución forzosa se interpone la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria..." (subraya en negrilla ajena al original).

## **2.2. Cosa juzgada frente al cumplimiento por parte de la PGN de la orden de tutela de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (inexistencia de falsa motivación y de desviación de poder):**

La demandante centra los cargos de falsa motivación y de desviación de poder en la supuesta falta de cumplimiento o concreción de la orden de tutela proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, esto es, permanencia en el cargo hasta que cumpla los requisitos para la obtención de su pensión de vejez, ya que mientras ellos no se cumplan seguiría gozando de la condición de prepensionada.

Pues bien, dicha condición resolutoria ordenada por el juez constitucional para que se diera su retiro del servicio, efectivamente había acaecido al momento de la comunicación hoy demandada, siendo así que la actora para la fecha de desvinculación por el retorno del



titular de carrera y desde mucho antes incluso, ya contaba con los requisitos para la obtención de la pensión de vejez, motivo por el cual no se encontraba bajo la condición de prepensionada.

En efecto, desatando un incidente de desacato promovido por la demandante por el supuesto incumplimiento de la orden de tutela emitida a su favor en el radicado 2016-04187, incidente que soportó y/o fundamentó ante el juez constitucional, precisamente, con la comunicación hoy demandada contenida en el Oficio 1110030000000-I-007964-2019 del 30/08/2019; la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, D.C., en auto del 02 de octubre de 2019 resolvió con efectos de cosa juzgada para las mismas partes, allá y acá, involucradas:

***“DECLARAR cumplido el fallo de tutela proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dentro del radicado de la referencia a favor de la doctora ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA y, como consecuencia de ello, ABSTENERSE de imponer sanción alguna al Procurador General de la Nación”.***

En la providencia referida el juez constitucional recabó que en la orden de tutela emitida a su favor “... se tuvieron en cuenta todos los aspectos expuestos por la actora en su demanda de tutela y en el incidente de desacato, entre ellos, su condición de prepensionada, que había solicitado el cambio o traslado del fondo de pensión, su calidad de mujer cabeza de hogar y la dependencia económica de su señora madre...”, pero que **“... la orden de reintegrarla a un cargo de igual o equivalente categoría, tanto en la parte motiva como en la resolutive del fallo, quedó sujeta a que sería mantenida en el empleo hasta que acreditara los requisitos para acceder a la pensión de vejez (...)”** (subraya en negrilla ajena al original). En el auto, el juez constitucional además determinó que la demandante, ya cumplió con todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez (tiempo y edad).

Sea del caso precisar que la demandante atacó la decisión del desacato mediante acción de tutela radicada 2019-01940, logrando dejar sin efectos el auto del 02/10/19 por fallo de primera (1ª) instancia emitido el 20/11/19 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, D.C, mismo que en sede de impugnación fue final y definitivamente revocado el 30/09/20 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, avalando lo decidido en el desacato, concluyó:

*“... Pero del análisis del auto proferido por los acá accionados de fecha 2 de octubre de 2019, se tiene que fue resuelto de conformidad con las pruebas allegadas y practicadas y además en cumplimiento con lo determinado en el numeral 4º del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual, el fallo de tutela debe contener: “la orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela”; es decir que en el caso en concreto la Procuraduría General de la Nación dio cumplimiento a la orden impartida: “... reintegrar a la señora ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA a un cargo igual o equivalente al que desempeñaba, manteniéndola en el empleo hasta acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez...”.*

### **2.3. Inexistencia de ilegalidad por existencia de mejor derecho para ocupar el cargo:**

Reiterando que la accionante se encontraba vinculada en provisionalidad en un cargo en el que el ciudadano Juan Manuel Laverde Álvarez ostenta derechos de carrera y a quien se le había concedido comisión de servicios para ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción, es preciso afirmar que la solicitud de entrega del cargo en manera alguna debió sorprender a la accionante quien conocía dicha situación desde su aceptación y vinculación, siendo así acá no estamos propiamente ante la desvinculación “... como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles...”, sino ante la pérdida de fuerza ejecutoria derivada



del acaecimiento de la condición resolutoria por el retorno de un funcionario con derechos de carrera.

Ahora bien, en materia de primacía de los derechos de los ciudadanos que ingresan al servicio público por mérito, la H. Corte Constitucional se ha referido sobre el retiro de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados; así:

*“... Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación<sup>12</sup>, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación<sup>13</sup>. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente **la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos...**”<sup>2</sup> (subraya en negrilla ajena al original).*

*“... **la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa es objeto de protección constitucional, en el sentido de que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y hasta el momento en que sean reemplazados por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados**”<sup>3</sup> (subraya en negrilla ajena al original).*

En consecuencia, estando de por medio los derechos de carrera del funcionario titular del empleo la demandante debía ceder los suyos propios, máxime cuando está debidamente demostrado que no ostenta la condición de prepensionable protegida por fuero de estabilidad puesto que ya contaba sobradamente con las semanas mínimas de cotización y con la edad para acceder a su estatus pensional.

#### **2.4. Innominada o genérica:**

Con el debido comedimiento y de conformidad con lo señalado en el inciso 2° del artículo 187 de la Ley 1437/11, solicito declarar la existencia de toda aquella excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso.

### **D. PRUEBA Y EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.**

Como medios probatorios a decretar, incorporar y valorar, solicito respetuosamente tener en cuenta lo siguiente; así:

1. Solicito disponer Oficiar a las siguientes entidades pensionales con el fin de que aporten con destino al proceso:

#### **1.1. COLFONDOS:**

- Certificación de semanas cotizadas en cualquier tiempo a favor de la señora ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA, identificada con cédula de ciudadanía 63.286.186., con corte al 30 de agosto de 2019.

<sup>2</sup> SU-446 de 2011.

<sup>3</sup> C-588 de 2009.



- Certificación de estado pensional a la fecha de la señora ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA, identificada con cédula de ciudadanía 63.286.186.

## 1.2. COLPENSIONES:

- Certificación de semanas cotizadas en cualquier tiempo a favor de la señora ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA, identificada con cédula de ciudadanía 63.286.186., con corte al 30 de agosto de 2019.
- Certificación de estado pensional a la fecha de la señora ENALBA ROSA FERNANDEZ GAMBOA, identificada con cédula de ciudadanía 63.286.186.

2. Documentos adjuntos contentivos de los antecedentes administrativos correspondientes.

3. Documentos adjuntos contentivos de las providencias de tutela referidas y relacionadas en este escrito:

- Auto de desacato del 02 de octubre de 2019 (2016-04187).
- Acción de Tutela (2019-01940).
- Fallo de tutela de 1ª instancia (2019-01940).
- Fallo de tutela de 2ª instancia (2019-01940).

## **E. NOTIFICACIONES.**

La Procuraduría General de la Nación recibe las comunicaciones y notificaciones a que haya lugar en la Carrera 5 N° 15-81 de Bogotá, D.C., buzón electrónico [procesosjudiciales@procuraduria.gov.co](mailto:procesosjudiciales@procuraduria.gov.co)

El suscrito apoderado recibo comunicaciones y solicito comedidamente que me sean enviadas al el buzón electrónico [cremolina@procuraduria.gov.co](mailto:cremolina@procuraduria.gov.co)

Sin otro particular por el momento, me suscribo atentamente del señor Magistrado.

**CARLOS FELIPE MANUEL REMOLINA BOTÍA**

C.C. No. 7.166.818 de Tunja.

T.P. de Abogado No. 113.852 del C. S. de la J.

[cremolina@procuraduria.gov.co](mailto:cremolina@procuraduria.gov.co)

**Anexos:** Lo enunciado