

Doctora:

FEDRA MORERA GIRALDO

Juez Dieciocho Administrativo Oral del Circuito de Cali

La Ciudad

REFERENCIA	Contestación de la demanda
RADICADO	76001333301820180016300
CONVOCANTE	NESTOR ARTURO PINCAY GORDILLO
CONVOCADA	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AEREA COLOMBIANA
ACCION:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Cordial saludo,

CLAUDIA LORENA CABALLERO SOTO, mayor de edad, residente en la ciudad de Cali, identificada civilmente con la cédula de ciudadanía No. 1.114.450.803 de Guacarí y profesionalmente como abogada, con la tarjeta profesional No. 193.503, del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada de la **NACIÓN – MINDEFENSA – FUERZA AÉREA COLOMBIANA**, entidad de Derecho Público, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, dentro del término legal, con mi debido y acostumbrado respeto, ante su señoría me permito presentar **CONTESTACIÓN AL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

FRENTE A LOS HECHOS:

En calidad de apoderada judicial de la parte demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA**, me pronuncié frente a las **HECHOS** en los siguientes términos:

Por la forma en que se encuentran redactados los hechos de la demanda se puede afirmar que en estricto sentido no se relacionan estrictamente con hechos sino manifestaciones y apreciaciones jurídicas que realiza la parte demandante, motivo por el cual, aceptamos como ciertos los hechos relativos a:

- a. El señor **NESTOR ARTURO PINCAY GORDILLO**, se vinculó como orgánico del Ministerio de Defensa — Fuerza Aérea Colombiana, como orientador de Defensa, Grado Dieciocho (18), en calidad de Civil con funciones de **DOCENTE**, según resolución No. 159 del 16 de marzo de 2005,

desarrollando las funciones propias del cargo en la Escuela de Aviación Militar – EMAVI de la ciudad de Santiago de Cali.

- b.** Que mediante comunicación del 19 de octubre de 2017, se citó al señor NESTORY ARTURO PINCAY GORDILLO, a efectos de ser notificado de la orden administrativa No. 0-10 del 02 de octubre de 2017 y el anexo orden administrativa 0-16 de la misma fecha, orden que resolvía sobre el “TRASLADO DE UN EMPLEADO PÚBLICO” a la Escuela Militar de Aviación de postgrados FAC en la Ciudad de Bogotá.
- c.** En virtud de lo anterior, el señor NESTOR ARTURO PINCAY GORIDILLO, el día 15 de noviembre de 2017 radicó con el Orfeo No. 2017708009152 recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la orden administrativa No. 0-10 del 02 de octubre de 2017.
- d.** Que a través del oficio No. 20186410002691 del 09 de enero de 2018, el comandante de la Fuerza Aérea, resolvió el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, CONFIRMANDO en todos sus apartes la orden administrativa de personal No. 1-010 para el 02 de octubre de 2017, anexo orden administrativa No.16 del 02 de octubre de 2017, en relación con el traslado del funcionario, además de no conceder el recurso de apelación.
- e.** En consecuencia, el señor NESTOR ATURO PINCAY GORDILLO, instaura recurso de queja contra la comunicación No. 20186410002691 del 09 de enero de 2018; la cual fue declarada improcedente a través del oficio No. 20182530077403 del 02 de febrero de 2018.
- f.** Que encontrándose en firme el acto administrativo por el cual se dio traslado al Señor NESTOR ARTURO PINCAY, debía presentarse a la Escuela de Aviación Militar de postgrados en Bogotá el día 31 de enero de 2018.
- g.** Que se constató que el señor PINCAY GORDILLO, no se presentó a laborar durante el término de tres (3) días consecutivos, sin causa justificada, por lo que, se levantó el acta No. 020 calendada el 06 de febrero de 2018, donde se determinó “Acta de abandono del cargo personal civil” del señor OD18 NESTOR ARTURO PINCAY GORDILLO en la ciudad de Bogotá.
- h.** Por lo anterior, la Fuerza Aérea de Colombia profirió el acto administrativo contenido en la Resolución No. 185 del 06 de marzo de 2018, a través del cual se determinó: “retirar del servicio a un empleado público del Ministerio de Defensa Nacional, al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana”, el cual

fue notificado al señor NESTOR ARTURO PINCAY GORDILLO, sin que contra el mismo procediera recurso alguno.

Los hechos no aceptados, sobre los cuales se fundamentan las pretensiones de la demanda, deberán ser probados todos y cada uno de ellos, a través de los medios de convicción, idóneos y pedidos en la oportunidad procesal respectiva, con las formalidades previstas en la ley, advirtiendo en todo caso que cuando se trata de documentos, estos deben ser expedidos o autenticados por el funcionario competente.

FRENTE A LAS PRETENSIONES:

En calidad de apoderada judicial de la parte demandada **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AEREA** desde ya solicito al honorable despacho judicial se denieguen las pretensiones efectuadas por la parte actora, toda vez que el acto administrativo del cual se depreca la ilegalidad se ajusta a las normas y reglas constitucionales, manteniendo así la presunción de legalidad y acierto del mismo, por tanto, no se vislumbra presupuesto fáctico o jurídico que lo logre desvirtuar, de tal manera, esta entidad se opone a la prosperidad de todo lo contemplado en la demanda.

ARGUMENTOS JURIDICOS DE LA DEFENSA:

En cuanto a la violación alegada por el actor, manifiesta que el acto administrativo se encuentra viciado de nulidad y, refiere como causales del mismo: Infracción de las normas en que debida fundarse, i) por falta de aplicación, ii) aplicación indebida o iii) interpretación errónea, la cual se contempla en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo.

Frente a la causal alegada, observa esta defensa que las misma no se configura por las razones que pasan a exponerse:

INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBIDA FUNDARSE. -

Al respecto es menester advertir que esta causal de anulación, encuentra consagración legal en el inciso 2º del artículo 137 del CPACA, en efecto, ella consiste en el desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo. En otros términos, el cargo de nulidad se configura luego de que el acto no se adecua a las normas superiores a las

cuales “debía respeto y acatamiento en la medida en que éstas le imponen su objeto y finalidad.”¹

Por una parte, para que se configure su existencia, es preciso demostrar que los preceptos normativos que se aducen como vulnerados, hacen parte del grupo de prescripciones normativas que reglan “la materia que es objeto de decisión administrativa.”²

Por otra, resulta indispensable para la prosperidad de este cargo que se acredite la inconformidad del acto enjuiciado a las normas marco del mismo, por lo que no basta con probar que la prescripción jurídica debía ser aplicada al procedimiento de expedición del acto, sino al mismo tiempo que este último transgrede lo allí preceptuado, discrepancia que puede tener lugar en las siguientes hipótesis:

“(i) **Falta de aplicación de la norma**, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa;

(ii) **Aplicación indebida de la norma**, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa;

(iii) **Interpretación errónea de la norma**, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver.”

Po lo anterior y al ponderar la materialización que resulta del cotejo entre las normas invocadas como infringidas y el acto administrativo acusado, metodología compuesta por dos momentos, a saber, (i) la determinación de la pertinencia y aplicabilidad de las normas invocadas respecto del procedimiento administrativo cuestionado; (ii) su quebrantamiento por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, es menester concluir que no se configuran los elementos en relación con el mentado motivo de anulación y desde luego, no es procedente la causal de anulación invocada por el actor, por las razones fácticas y jurídicas que se ampliarán al abordar y desarrollar el caso concreto de cara a la normatividad aplicable.

¹ “Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. N°. 08001-23-31-000- 2007-00972-01. C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Actor: Lourdes del Rosario López Flórez.

Del Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Mediante Decreto No. 1792 de 14 de septiembre de 2000, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional y el Director del Departamento de la Función Pública, se modificó el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil. Es así como en su artículo 10, estableció el sistema de planta global y plasmó lo siguiente:

ARTICULO 10. SISTEMA DE PLANTA GLOBAL. El Ministerio de Defensa tendrá un sistema de planta global y flexible, **consistente en un banco de cargos para todo el territorio nacional**, los cuales serán distribuidos por el Ministro de Defensa Nacional, en el Comando General de las Fuerzas Militares, **los Comandos de Fuerza** y la Policía Nacional y demás dependencias del Ministerio, atendiendo a los requerimientos de las mismas, sus funciones, planes y programas y las necesidades del servicio.

PARÁGRAFO. Previa delegación del Ministro de Defensa Nacional, el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza, el Director General de la Policía y los demás funcionarios que él determine, distribuirán al interior de las distintas dependencias los cargos a ellas asignados. (Negritas y subrayado fuera de texto).

Precepto normativo, que cobra fuerza con el pronunciamiento efectuado por la H. Corte Constitucional en Sentencia, T-468 de 2002, de la cual se extrae³:

Con tal propósito, algunas entidades disponen de plantas globales y flexibles que les permite adoptar con la suficiente celeridad las medias necesarias para garantizar el cumplimiento de las funciones a su cargo. En ellas el director goza de un margen de discrecionalidad más amplio al momento de valorar las circunstancias para ordenar un traslado, sin que esa potestad pueda confundirse con arbitrariedad, no solo porque siempre debe atender las necesidades del servicio sino, además, porque las especiales circunstancias de la persona y sus condiciones laborales son aspectos a tener en cuenta en decisiones de esta naturaleza. La Fiscalía General de la Nación, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Aeronáutica Civil, los cuerpos de la Fuerza Pública y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, son algunas de esas entidades.

Luego entonces, por razón de la naturaleza y la finalidad de sus funciones dentro de la estructura del aparato estatal, ciertos organismos y entidades gozan de un mayor grado de discrecionalidad al momento de adoptar medidas con la planta global, tendientes al cumplimiento de la prestación del servicio, ya sea por la necesidad del servicio o las calidades profesionales.

³ Magistrada Ponente: Martha Victoria Sachica Mendez.

Ahora bien, el artículo 38 ibidem establece las casuales de retiro del servicio, al tenor literal:

“ARTICULO 38. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de los empleados públicos del Ministerio de Defensa conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas, origina el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma y se produce en los siguientes casos:

1. Por renuncia regularmente aceptada.
2. Por supresión del cargo.
3. Por destitución.
4. **Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.**
5. Por orden o decisión judicial.
6. Por destitución, desvinculación o remoción, como consecuencia de investigación penal o disciplinaria.
7. Por pensión de invalidez, jubilación o vejez.
8. Por cumplir la edad de retiro forzoso.
9. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en los siguientes eventos:
 - a) Como consecuencia de calificación no satisfactoria en la Evaluación del Desempeño Laboral anual o extraordinaria para los empleados de carrera o de la evaluación del período de prueba.
 - b) Derivada de la facultad discrecional del nominador para los empleados de libre nombramiento y remoción.
 - c) Por informe reservado de inteligencia.
10. Por revocatoria del nombramiento.
11. Por muerte real o presunta del empleado.

Así mismo, el artículo 42 de la normativa en mención, consagra como causales de retiro por declaratoria de vacancia del cargo, en caso de abandono, las siguientes:

“ARTICULO 42. RETIRO POR DECLARATORIA DE VACANCIA DEL CARGO EN CASO DE ABANDONO DEL MISMO. El abandono del cargo se produce cuando un empleado, sin justa causa:

1. No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o comisión.
2. **Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.**
3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el presente Decreto.
4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.

...” (Negrita y subrayado fuera de texto).

En razón a lo anterior, es menester precisar que, la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-757 de 17 de julio de 2001, declaró la exequibilidad de los artículos anteriores, considerando que no se contraponen a la Constitución, en los siguientes términos:“...

Respecto de las demás disposiciones del decreto atacado, cuyas materias formaban parte del Decreto 1214 de 1990, incluidos los derechos, deberes y obligaciones del "personal civil del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional" a que este alude y que figuraba en el listado contenido en el artículo 2° de la Ley 578 de 2000, esta Corporación declarará su exequibilidad en relación con los cargos examinados en esta sentencia.

...”

Abandono del Cargo.

El Honorable Consejo de Estado, a través de la Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia de 22 de septiembre de 2005 M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante precisó que el abandono del cargo comporta efectos autónomos distintos en materia de Función Pública, que no derivan de la aplicación de un procedimiento disciplinario previo, o con el fundamento al derecho al trabajo como garantía de estabilidad laboral, ya que el retiro definitivo del servicio puede producirse por la declaratoria de vacancia por abandono del cargo; esta figura constituye una herramienta de la cual puede disponer la Administración, para a su vez, designar el reemplazo del funcionario **que de manera injustificada ha hecho dejación del cargo** y así evitar traumatismos en la prestación del servicio.

Para que la Administración llegue a la conclusión de que el abandono del cargo se configura y profiera la correspondiente declaratoria de vacancia del cargo, basta, entonces, que se verifique el hecho del abandono para que se declare la vacante, pues, tal declaratoria es la consecuencia obligada del abandono del cargo.

Con arreglo a las disposiciones contenidas, **en los eventos en que se presente la ausencia de un servidor al trabajo durante tres días consecutivos, el nominador deberá proceder a declarar la vacancia del empleo**, sin perjuicio de que el empleado pueda allegar oportunamente las pruebas que justifiquen su ausencia, que en ese caso la conducta descrita enervaría la anunciada declaratoria de vacancia.

En este orden de ideas al empleado le incumbe la carga de la prueba, porque nada indica que éste deba relevar al inculpado de la carga probatoria. Es apenas lógico que la insuficiencia de la prueba justificativa deba soportarla el empleado ausente⁴.

El alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. No. 4883-05, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, al analizar un caso similar, consideró:

“ ...

La vacancia del cargo por abandono es una de las formas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público. **Se presenta, entre otros casos, cuando un empleado sin justa causa: "Deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos"**. Si bien es cierto, la causal de retiro del servicio por abandono del cargo no requiere adelantar previamente una actuación a través de la cual se agoten instancias y ritualidades que den la forma de un procedimiento administrativo, sino que basta con la verificación del presupuesto objetivo plenamente probado de no haber concurrido el empleado durante el lapso de tres (3) días a desempeñar sus funciones, sí tiene como condición esencial de validez, el respeto de los derechos de contradicción y de defensa del funcionario a quien se acusa de faltar al trabajo, aportando pruebas y controvirtiendo las que la administración considera para imponer el retiro del servicio. En otras palabras, se entiende que la existencia de la causa justa que la norma exige solo puede ser aducida por quien no concurrió al servicio.

Por tanto, adicionalmente a la comprobación física de que el empleado ha dejado de concurrir por tres (3) días consecutivos al trabajo, la ley exige que no se haya acreditado justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse.

...

Frente a ello, dirá la Sala que el principio jurisprudencial del “ius variandi” consiste precisamente en que el empleador tiene la potestad de modificar algunos aspectos de la relación laboral, entre ellos el horario de trabajo, máximo en tratándose de la prestación del servicio

⁴ Sentencia de 6 de diciembre de 2007, Sección Segunda Subsección “B” Exp. No. 2911-05 Actor Candelaria Sepúlveda Escobar, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

público de salud por ser un servicio de carácter permanente. Por tanto, para efectos de la determinación del vicio que se pudiere incurrir con la expedición de actos como los analizados, tal aspecto es sencillamente intrascendente e inoportuno porque no tiene la relevancia de consumir un vicio invalidatorio fundado en desviación de poder.

Por el contrario, para que prosperen las súplicas de la demanda lo que se requiere en estos casos es la demostración clara e irrefutable de que no se configuraron los presupuestos legales para declarar la vacancia definitiva del cargo por abandono del mismo; situación que no se probó ni se alegó en el escrito contentivo del recurso de apelación. Lo anterior impone a la Sala a confirmar la sentencia apelada y mantener la legalidad de los actos acusados.

...”

CASO CONCRETO.

En el sub-lite, el Señor NESTOR ARTURO PINCAY GORDILLO fue trasladado de la Escuela de Aviación Militar – EMAVI a la Escuela de Aviación de Postgrados FAC de la ciudad de Bogotá, mediante la orden administrativa No. 0-10 del 02 de octubre de 2017 y anexo 016 de la misma fecha, a partir del 31 de enero del año 2018, cuya diligencia de notificación se realizó el día 19 de octubre de 2017, decisión ante la cual el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación que fue resuelto en forma negativa el día 09 de enero de 2018, mediante oficio No. No. 20186410002691, cobrando firmeza el acto administrativo, por cuanto frente al mismo no procedía recurso alguno, ni siquiera el de apelación.

Si bien es cierto, inconforme con la decisión el señor Pincay Gordillo, con posterioridad presentó recurso de queja, el mismo que en virtud de la Ley no procedía, tal como se determinó a través del oficio No. 20182530077403 del 02 de febrero de 2018.

Luego entonces, el Señor NESTOR ARTURO PINCAY GORDILLO debía presentarse a la Escuela de aviación de postgrados de la FAC en Bogotá, el día 31 de enero de 2018, tal como se le había informado expresamente el 24 de enero de 2018, en la constancia secretarial suscrita por el Teniente Coronel Luis Antonio Vargas Hernández, adosada como prueba del actor al expediente procesal, situación que no se cumplió, toda vez que no hizo presencia en su lugar de trabajo, continuando ausente hasta la elaboración del acta No. 020 del 06 de febrero de 2018, ausencia que presentó durante tres (3) días consecutivos.

En relación a esta novedad, se encuentra demostrado con los antecedentes administrativos que a través del procedimiento administrativo se verificó la situación que acontecía con el señor PINCAY a través de medio telefónico, en supervisión de la Mayor SONIA YANNETTE GARCIA CASTELLANOS, en su calidad de Jefe del Departamento de Desarrollo Humano⁵, recibiendo como respuesta por parte de este, que se encontraba pendiente de resolver un recurso de queja, evidenciándose de igual manera que el actor no poseía incapacidad, inhabilidad o calamidad que le impidiera el desplazamiento a su lugar de trabajo, lo que configuró de manera injustificada **el abandono al cargo**.

En este sentido, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 02 de junio de 2011, con Ponencia de la Magistrada Bertha Lucía Ramírez de Páez, consideró que la no presentación al lugar del trabajo, da lugar a configurarse el abandono del cargo, en tal sentido, se extrae de dicha providencia lo siguiente⁶:

“PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA – Régimen de administración. Regulación legal / TRASLADO – No presentación al lugar de trabajo. Abandono del cargo

El actor fue trasladado del Batallón de Infantería del “Magdalena” al de “Joaquín París” de San José de Guaviare el 30 de noviembre de 2001 mediante Orden Administrativa No.1159, cuya diligencia de notificación se realizó el mismo día, decisión ante la cual interpuso recurso de reposición que fue resuelto en forma negativa el 12 de diciembre de 2001 mediante Oficio No. CE-JEDEH-DIPER-737, **sin que durante los 3 días siguientes se hubiera presentado al lugar del traslado, situación que no justificó dentro del proceso, es decir, de manera injustificada abandonó el cargo. Razón por la cual de conformidad con el artículo 42 del Decreto 1792 de 2000 se configuró una de las causales de retiro por abandono del cargo “Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos”, por lo que mediante Orden Administrativa de Personal No. 1026 de 28 de febrero de 2002 fue retirado del servicio”.**

Conforme al precedente jurisprudencial y la normatividad que rige el asunto, se evidencia que debido a dicha conducta, de conformidad con el artículo 42 del Decreto 1792 de 2000 se configuró una de las causales de retiro por abandono del cargo **“Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos”**, por lo que mediante acto administrativo contenido en la Resolución No. 185 del 06 de marzo de 2018 se determinó: “retirar del servicio a un empleado público del

⁵ Acta No. 020 de febrero 06 de 2018. (Acta de abandono de cargo del personal civil).

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B, Radicación número: 41001-23-31-000-2002-00763-01(1982-08), Actor: MARIO ERNESTO GALVIS BARBOSA

Ministerio de Defensa Nacional, al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana”, notificándose de dicha actuación al señor NESTORY ARTURO PINCAY el día sin que contra dicho acto administrativo procediera recurso alguno.

En tales condiciones, la entidad que represento de contera con el criterio legal y jurisprudencial, se acogió al mismo, por ende, en el caso concreto procedía el retiro del servicio del señor PINCAY GORDILLO por abandono del cargo, **al ocurrir una de las causales previstas en los artículos 38 y 42 del Decreto 1792 de 2000, pues dicha conducta tampoco fue desvirtuada o justificada dentro del procedimiento administrativo.**

En cuanto a la causal de nulidad invocada por el libelista denominada infracción de las normas en que se fundó el acto administrativo, conocida genéricamente como la nulidad por violación de una norma superior la cual se encuentra contemplada en el inciso 2° del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, ha de precisar esta defensa, que en este evento, el retiro del servicio se produjo por una de las causales que prevé la Ley, en este caso **“abandono del cargo sin justa causa”, por lo que no se trata de una atribución que se haya tomado de manera discrecional, lo que indica que se ajusta a lo establecido por el legislador y no exige del acto administrativo una motivación diferente, como se precisó en precedencia, luego entonces, se configuró el retiro del actor por ausencia injustificada.**

Dicha postura, enerva la presunción de legalidad del acto administrativo de retiro, por lo tanto, la **Resolución No. 185 de marzo 06 de 2018**, mediante la cual se retiró al actor del servicio por abandono del cargo, se fundamentó en los artículos 38 y 42 del Decreto No. 1792 de 2000⁷, es decir, por ministerio de la Ley, y en estas condiciones las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, razón por la cual se solicita al Honorable despacho, denegar las pretensiones convocadas.

EXCEPCIONES:

PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO:

El acto administrativo atacado, goza de presunción de legalidad hasta tanto no se demuestre que se encuentre viciado de alguna de las causales de nulidad, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. De igual forma se encuentra establecido que a la fecha de expedición del acto se actuó conforme a las normas aplicables al actor **NESTOR ARTURO PINCAY GORDILLO.**

⁷Ver sentencia de 3 de diciembre de 2009, Expediente No. 2054-08, actor: Jesús Alfonso Jaramillo Londoño Vs D.A.S, M.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila.

Debe advertirse al señor Juez, que la presunción de legalidad del acto administrativo, ni siquiera fue atacada en forma directa por el actor, por cuanto, al sustentar el concepto de la violación, se observa que los argumentos allí presentados se orientan a expresar su inconformidad frente a las valoraciones jurídicas y fácticas que motivaron la decisión de la entidad, para determinar la situación administrativa de traslado, a través de los actos contenidos en las ordenes administrativas No. 0-10 y No. 16 de octubre 02 de 2017, que al no ser objeto de solicitud de nulidad en la presente demanda, impiden al operador jurídico asumir competencia para valorar su legalidad, por tratarse de actos administrativos consolidados y en firme, contra los cuales ya no procede control de legalidad frente a los mismos, en virtud de la normatividad que rige el fenómeno jurídico de la caducidad.

CARENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE Y COBRO DE LO NO DEBIDO:

Por disposición legal la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del pretendido reconocimiento y la entidad que represento tampoco tiene la obligación legal de otorgarlo, por lo tanto, se estaría frente al cobro de lo no debido.

EXCEPCIÓN DE BUENA FE:

El acto administrativo atacado no solo goza de presunción de legalidad, sino que además se debe partir del hecho de que el acto administrativo se profirió en el marco de la Constitución y la Ley y en observancia de los principios generales que regulan la actuación pública.

La entidad demandada nunca tuvo la intención de causarle un perjuicio al demandante o de menoscabar sus derechos prestacionales; mi representada simplemente aplicó las disposiciones legales para el caso.

El principio de la buena fe es un principio constitucional que obliga a que las autoridades públicas y a la misma ley, a que presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares, y obliga a que tanto autoridades públicas como los particulares actúen de buena fe. El artículo 83 de la constitución política colombiana, sobre el principio de la buena fe, señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

La H. Corte constitucional en sentencia C-544 de 1994, que en su parte pertinente dice:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una

relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

La buena fe se presume, es decir, la ley obliga a presumir que todo el mundo actúa de buena fe, luego, si alguien actúa de mala fe, algo muy común sobre todo en asuntos de negocios, habrá necesidad de cuestionar esa presunción de buena fe, significando esto que es necesario entrar a probar que la otra parte ha actuado de mala fe”.

Así las cosas, solicito a su señoría que declare probada esta excepción.

INNOMINADA O GENERICA:

Interpongo esta excepción frente a toda situación de hecho y/o derecho que resulte probada en el presente proceso y que beneficie los intereses de la entidad que represento.

Solicito de manera respetuosa el reconocimiento oficioso, en la sentencia, de los hechos que resulten probados y que contribuyan una excepción de fondo.

Las demás que considere el Despacho.

PRUEBAS

En cumplimiento del auto admisorio me permito allegar copia del oficio que se libraron con el fin de obtener los antecedentes administrativos del actor:

1. Me permito aportar los antecedentes administrativos correspondientes al señor NESTOR ARTURO PINCAY.

ANEXOS

- 1.- Poder debidamente otorgado, con sus respectivos soportes y anexos.

PERSONERÍA

Solicito respetuosamente al señor Juez me reconozca personería jurídica en los términos del poder a mi conferido.

NOTIFICACIONES

Las recibo en las instalaciones del Cantón Militar de Nápoles - Tercera Brigada del Ejército Nacional, en la calle 5ª con carrera 80 de la ciudad de Cali o en la

Secretaria del Juzgado y al correo electrónico notificaciones.cali@mindefensa.gov.co y claudiacaballero86@hotmail.com.

De usted señor Juez,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Lorena Caballero Soto', written in a cursive style.

CLAUDIA LORENA CABALLERO SOTO
C.C. 1.114.450.803 expedida en Guacarí
T.P. No. 193.503 C.S. de la J.