Sincelejo, seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN N° **70001-33-33-004-2016-00271-00**
DEMANDANTE: **WILLIAMS ALFONSO MONROY GARCÍA**
DEMANDADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIMAR**

1. ASUNTO A TRATAR

Procede este Despacho a resolver la solicitud de SUSPENSIÓN PROVISIONAL del acto acusado presentada por la parte demandante WILLIAMS ALFONSO MONROY GARCÍA, dentro del cuerpo de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1. SOLICITUD PRESENTADA

Con la presentación de la demanda, la accionante solicita como medida cautelar que se declare la suspensión provisional del acto acusado, es decir de la Resolución N° (0341-2016) MD-DIMAR-SUBAFIN-GRUDHU de la Dirección General Marítima, calendada el 27 de mayo de 2016, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA, en el empleo de técnico de servicios, código 5-1, grado 20; en atención a que se le suprimirlo, a causa de la desvinculación, de manera injusta, el sustento que venía proveyéndose con la labor desarrollada en la Capitanía de puerto N° 9 con sede en Coveñas – Sucre, siendo un servidor idóneo y capaz.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1. ADMISIÓN Y TRASLADO

La demanda fue admitida mediante auto de 7 de febrero de 2017 y en proveído de misma fecha, se ordenó correr traslado municipio de Sincelejo, conforme lo ordena el artículo 110 de CGP, por el término de tres (3) días para que se pronunciara sobre la solicitud de la medida cautelar elevada en la demanda.

La apoderada del demandado señala que el fin de la medida cautelar de suspensión del Acto Administrativo, según el artículo 229 del CPACA, es proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Lo precedente con el fin de evitar un daño, es decir que no es una forma de demostrar la legalidad del acto sino de suspender sus efectos. En ese mismo orden de ideas la suspensión provisional es una excepción a la presunción de legalidad de los Actos Administrativos, de tal manera que la contradicción se debe percibir mediante la comparación del acto administrativo y las normas superiores en las que se funda.

En el caso particular, el Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima, no ha violado las normas superiores por las siguientes razones: El artículo 125 de la Constitución Política establece que: *"Los* empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. *Se* exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento v remoción¸ los de trabajadores ofíciales y los demás que *determine la ley.* (Cursiva, negrilla y subraya fuera de texto). La Dirección General Marítima, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1512 del 11 de agosto de 2000, artículo 30, es una dependencia interna del Ministerio Defensa Nacional, con autonomía administrativa y financiera, en los términos del artículo 54, literal j de la Ley 489 de 1998, que le corresponde, de acuerdo con las directrices impartidas por el Ministro de Defensa Nacional, ejercer las funciones señaladas en las disposiciones legales vigentes, en coordinación con la Armada Nacional. En ese orden de ideas, las normas sobre empleos públicos del Sector Defensa son aplicables a la entidad.

Indica que el señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA, identificado con cédula de ciudadanía número 16.483.996 de Buenaventura, se vinculó a la Dirección General Marítima el día 8 de Marzo de 1996 bajo la modalidad de Trabajador Oficial, mediante contrato de trabajo No. 0008 del 8 de abril de 1996 el cual terminó bilateralmente el 10 de noviembre de 2004. Mediante la Resolución número 0315 de 2004 el señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA fue nombrado en provisionalidad en la planta de Empleados Públicos de la Dirección General Marítima, en el cargo Técnico Operativo Código 4080, Grado 06,

posesionándose el día 11 de noviembre de 2004, tal como consta en acta No. 194.

Posteriormente, con la expedición del Decreto Ley 770 de 2005, se estableció la supresión de los niveles jerárquicos del Ejecutivo, eliminando por consiguiente las denominaciones existentes. De igual manera, redefinió las funciones del nivel profesional y ordenó a las entidades ajustar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación. En ese mismo sentido, el artículo 21 del Decreto 092 de 2007, dispuso que las entidades que integran el Sector Defensa, debieran ajustar sus plantas de personal al Sistema de Nomenclatura y Clasificación de Empleos estableado en el mismo Decreto.

El artículo 6 del Decreto 091 del 17 de enero de 2007, clasifica como empleos del personal civil y no uniformado del Sector Defensa, entre otros, los de libre nombramiento y remoción, los cuales implican especial confianza en el ejercicio de las funciones de asesoría institucional, profesionales, técnicas, asistenciales o de apoyo. Por su parte, el artículo 9 del Decreto 092 del 17 de enero de 2007, señaló que comprenden los empleos del nivel técnico los siguientes: La categoría técnica de servicios, de inteligencia, o de Policía Judicial: Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales propias del sector defensa, así como aquellas que guarden relación directa con la confianza, seguridad y protección de los integrantes de la Fuerza Pública, en especial las asignadas a las unidades y reparticiones militares y de policía. La categoría técnica para apoyo de seguridad y defensa: Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas transversales y de apoyo, de orden administrativo del sector defensa, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.

Al respecto, el Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima, presentó al Departamento Administrativo de la Función Pública, la justificación técnica para efectos de modificar su planta de personal de conformidad con el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los empleos contemplada en el Decreto Ley 092 de 2007. A consecuencia de lo anterior, mediante el Decreto 5058 de 2009, se aprobó el ajuste y modificación de la planta de personal de Empleados Públicos del Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima, de conformidad con el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos especial del Sector Defensa contemplado en el Decreto Ley 092 de 2007.
De la misma manera, el artículo 5º del Decreto 5058 de 2009, ordenó que los empleados

públicos del Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima, fueran incorporados directamente a los empleos equivalentes establecidos en el presente decreto si los hubiere. Corolario de lo anterior, el empleo Técnico Operativo código 4080 grado 06, fue ajustado de conformidad con el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los empleos contemplada en el Decreto Ley 092 de 2007, al empleo Técnico de Servicio Código 5-1 Grado 20. Posteriormente, mediante la Resolución No. 007 del 15 de enero de 2010, el Director General Marítimo, incorporó al señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA en la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa - Dirección General Marítima, en el cargo de Técnico de Servicio Código 5-1 Grado 20. Mediante oficio No. 29201000354 del 19 de enero de 2010, el Coordinador del Grupo de Desarrollo Humano, le informó al señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA la incorporación al empleo de libre nombramiento y remoción en la modalidad de Técnico de Servicio código 5-1 grado 20, el cual fue aceptado expresamente por él, tomando posesión el día 25 de enero de 2010, tal como consta en acta No. 123.

De otra parte, específicamente el artículo 8º del Decreto Ley 091 de 2007, establece cuales son los empleos de libre nombramiento y remoción, señalando en su numeral 5 entre otros, el Nivel Técnico o Asistencial en la categoría de servicios, como es el caso del empleo Técnico de Servicio código 5-1 grado 20, el cual ocupaba el señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA, al momento de su retiro. En consecuencia de lo anterior, se debe precisar que el empleo en el cual estaba nombrado el señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA, Técnico de Servicio código 5-1 grado 20 era el de libre nombramiento y remoción, y no en provisionalidad.

La planta de empleados públicos de la Dirección General Marítima se encuentra establecida en los Decretos 5058 de 2009 y 4050 de 2011, en consonancia con los Decretos 091 y 092 de 2007 aplicables al sector Defensa, contando con sólo veinticuatro (24) empleos de carrera, y los restantes trescientos setenta (374) son de libre nombramiento y remoción, entre los que se incluye el empleo de Técnico de Servicio código 5-1 grado 20, que ocupó por el señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA. En ese orden de ideas, cabe resaltar que el numeral 9 del artículo 38 del Decreto 1792 de 2000, contempla como causal de retiro del servicio, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, entre otros por la facultad discrecional del nominador para los empleados de libre nombramiento y remoción.
De la misma forma, el artículo 44 ibídem establece que en cualquier momento podrá

declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de remover libremente los empleados que no pertenezcan a la carrera. Resulta importante señalar que el anterior artículo del Decreto 1792 de 2000 fue el que sirvió de fundamento v fue citado expresamente en la Resolución No. 341 de 2016 del Director General Marítimo, mediante la cual se declaró la insubsistencia. Por lo anteriormente expuesto, es importante precisar que el señor WILLIAM ALFONSO MONROY GARCÍA, al momento de su retiro de la Dirección General Marítima, ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, más no en provisionalidad de un empleo de carrera administrativa. Sobre este particular, es importante recalcar que los empleos de Libre nombramiento y remoción implican discrecionalidad del nominador tanto como para su nombramiento, como para declarar la insubsistencia del mismo, diferencia esencial con los empleos de carrera, cuya provisión se realice mediante nombramiento provisional.

El demandante en el acápite de los fundamentos de Derecho y el Concepto de Violación, básicamente sostiene que si bien es cierto que los cargos de libre nombramiento y remoción no implican una exigencia al momento de producirse el retiro, la jurisprudencia establece unas condiciones que deben llevarse a cabo, pues la facultad discrecional no es absoluta y el nominador tiene dicha facultad relativa y restringida, por lo que en este caso particular, previo al acto, se debieron reunir y sustentar los antecedentes, para luego hacer la desvinculación motivando el acto administrativo. Además, se debió fundamentar en las razones del servicio, de tal suerte que al omitirlo se da un indicio de desvío de poder. Que lo anterior implica violación a los derechos fundamentales del demandante, entre ellos el debido proceso, por lo que el Acto Administrativo carece de legitimidad y legalidad, dada la forma y procedimiento llevados a cabo, desconociendo el ordenamiento legal y constitucional, dadas las falencias sustanciales referidas.

Por lo anterior, es claro que el Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General Marítima, al emitir la Resolución No. 0341-MD-DIMAR-SUBAFIN-GRUDHU del 27 de mayo de 2016, no quebrantó el ordenamiento legal superior, toda vez que su actuar fue conforme a las disposiciones legales vigentes, ni es cierto que dicho acto administrativo fue falsamente motivado. Lo sustentado anteriormente también permite colegir que no es verdad que la decisión contenida en el acto administrativo demandado incumple las formalidades de procedimiento, ni que se está utilizando la herramienta jurídica para desbordar los poderes

del Estado, en detrimento en este caso del demandante. Es de reiterar que el artículo 44 del Decreto 1792 de 2000 establece que en cualquier momento, podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de remover libremente los empleados que no pertenezcan a la carrera, teniendo también en cuenta el precedente jurisprudencial que se ha reiterado por parte de la Corte Constitucional. Cabe aclarar que esa misma naturaleza, de ser un acto administrado discrecional, implica que carece de recursos por la vía gubernativa, por lo tanto no es verdad que se haya violado el derecho fundamental al debido proceso.
Ponderación de intereses El numeral 3 del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 establece como requisito para decretar las medidas cautelares que se haga un juicio de ponderación de intereses, el cual le corresponde al Juez, con fundamento en las pruebas y documentos aportados, de tal manera que se concluya que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

Insiste en la Carencia del perjuicio irremediable, no reúne los elementos para su configuración como son que el perjuicio sea inminente, que las medidas a adoptar sean urgentes, que el peligro sea grave y debe existir evidencia táctica de la amenaza de un derecho fundamental.

Dice que, dentro del análisis del presente caso, es claro que no puede existir un perjuicio irremediable por el simple hecho que no hay una amenaza o vulneración a derechos de rango fundamental, no siendo ni siquiera procedente entrar a estudiar los requisitos de la inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad, teniendo en cuenta que el demandante era un funcionario de libre nombramiento y remoción, desvirtuando el supuesto perjuicio irremediable.

Por último, solicita con fundamento en lo anterior comedidamente solicito al señor Juez Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, tener en cuenta el presente escrito y los documentos allegados, a efectos de NEGAR la suspensión del Acto Administrativo (RESOLUCIÓN No. 0341-MD-DIMAR-SUBAFIN-GRUDHU del 27 de mayo de 2016), emitida por la Dirección General Marítima, por cuanto dicho acto no está contrariando de manera clara, flagrante o manifiesta lo dispuesto en las normas superiores, lo cual se puede evidenciar con el cotejo de las normas que se confrontan, así como con los documentos públicos que se allegan como prueba, máxime cuando existe la presunción de legalidad del

acto acusado, y no se está quebrantando el ordenamiento jurídico, y los argumentos expuestos por el demandante carecen de validez.

Para resolver el Despacho tendrá en cuenta las siguientes,

4. CONSIDERACIONES

4.1. FUNDAMENTOS DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

La suspensión provisional, es una medida cautelar prevista en el artículo 230, numeral 3, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad es precisamente, impedir que la entidad continúe aplicándolo, es decir que el acto administrativo pierde su fuerza ejecutoria, tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 91 ibídem, dichos efectos perduran hasta que se resuelva definitivamente sobre la legalidad o se levante la medida.

Por su parte, el inciso 1º del artículo 231 de dicho Código establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, el juez está facultado para suspender temporalmente sus efectos, por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Esto representa variación significativa en la regulación de la figura de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, pues la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que con el fin de verificar una presunta violación de la normativa alegada, puede: (i) realizar una análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas o; (ii) puede estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues en el Decreto 01 de 1984, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión

provisional fuera manifiesta, apreciada por confrontación directa con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

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

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares procedencia), conforme al cual: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado, de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba.[1]

4.2. CASO CONCRETO

Hecho el recuento anterior, procederá el Despacho a determinar, de acuerdo al material probatorio arrimado al expediente y a la normatividad legal invocada como violada, si en el caso concreto es procedente decretar la suspensión provisional de los actos acusados.

Partiendo de estos presupuestos, observa el despacho, que el actor en el escrito de demanda, solicita suspender provisionalmente el efecto de la Resolución N° (0341-2016) MD-DIMAR-SUBAFIN-GRUDHU de 27 de mayo de 2016, por la cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de un funcionario de la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional – DIMAR.

[1] CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, auto de 13 de septiembre de 2012, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicación 11001-03-28-000-2012-00042-00

Según el accionante el acto atacado se encuentra viciado de nulidad, pues además de ser expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, se encuentra falsamente motivado, al suprimir y por ende desvincularlo, a su parecer de manera injusta el sustento que percibía por su labor en la Capitanía del Puerto N° 9 de Coveñas siendo un servidor idóneo y capaz.

La parte demandante allegó como pruebas los siguientes documentos:

- Resolución N° (0341-2016) MD-DIMAR-SUBAFIN-GRUDHU de 27 de mayo de 2016, por la cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de un funcionario de la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional – DIMAR. (fol. 22-23).

- Oficio N° 29201605474/MD-DIMAR-SUBAFIN-GRUDHU. (fol. 24-25).

- Copia de la hoja de vida del señor Williams Alfonso Monroy García. (fol. 27-444).

- Acta de entrega del cardo que desempeñaba el demandante. (fol. 445-447).

Efectuado el análisis de confrontación de los actos demandados con estas disposiciones, y estudiadas las pruebas documentales allegadas con la demanda, advierte el despacho que efectivamente, el demandante fue retirado del servicio en uso de la facultad discrecional que le asiste a la DIMAR, luego estar vinculado a la entidad por aproximadamente 20 años, como trabajador oficial hasta noviembre de 2004, en el cargo de Técnico de Servicio código 4080 grado 06, desde 11 de noviembre de 2004, y en el cargo de Técnico de Servicio código 5-1 grado 20, desde 25 de enero de 2010.

En este estadio procesal no se encuentra demostrado la designación del señor CRISTIAN TAPIAS ZULUAGA, en el cargo que desempeñaba el demandante, ni la hoja de vida de éste de lo cual permita inferir la desmejora en la prestación del servicio, así mismo el actor no probó sumariamente encontrarse frente a un perjuicio irremediable ante su mínimo vital.

En ese orden de ideas, este Despacho al hacer el análisis probatorio, encuentra serios reparos para decretar la medida cautelar, primero porque en la solicitud de suspensión no se determinó cual era exactamente el punto vulnerado y que de la sola confrontación de las normas invocadas y del acto acusado, no se puede arribar a la convicción de la falsa

motivación y de la infracción de normas en que debía fundarse dicha Resolución, que haga procedente la medida cautelar solicitada, pues deberán efectuarse interpretaciones y consideraciones adicionales, las cuales en esta etapa procesal no se encuentran permitidas, pues las mismas provocarían prejuzgamiento.

Por lo anterior, encuentra el Despacho que la solicitud presentada por la entidad accionante amerita que se continúe con el trámite del proceso. Así las cosas, el Despacho concluye que no hay lugar al decreto de la suspensión provisional solicitada. En consecuencia,

RESUELVE

PRIMERO: NIÉGUESE la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, SÍGASE con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
La anterior providencia se notifica por estado electrónico No. _____. De hoy, _____, a las 8:00 a.m.

_____
Secretaria