



JUZGADO SÉPTIMO (7º) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

“Sistema Oral – Ley 1437 de 2011”

SENTENCIA

Santa Marta, trece (13) de agosto de dos mil trece (2013)

Expediente: No.47-001-3333-0007-2012-00055-00
Demandante: FRANKLIN LOZANO MENDOZA
**Demandado: NACIÓN- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA
LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**
Medio de control: N Y R DEL DERECHO

Jueza Administrativa: Dra. BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA

Evacuadas las etapas procesales dispuestas en la Ley 1437 de 2011, y al no observarse causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, este Juzgado procede a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia, para decidir las pretensiones del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, incoadas por el señor **FRANKLIN LOZANO MENDOZA**, por intermedio de apoderado en contra la **NACIÓN- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**.

I. ANTECEDENTES

El señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, actuando mediante apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con las siguientes,

1. PRETENSIONES:

Solicita la parte actora se declare la nulidad del oficio No. 343-2012-OP del 24 de enero de 2012, por medio del cual el Jefe de la Oficina Asesora de Personal del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL y CIENCIAS FORENSES, niega la solicitud de reincorporación del demandante a dicho ente administrativo en el cargo de Profesional Universitario Forense, Clase I, Grado 6.

En consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita el actor que se ordene su reintegro en el al cargo de Profesional Universitario Forense Clase I Grado 6, que venía desempeñando antes de su nombramiento como Director Seccional Magdalena, o a uno de igual o superior categoría y se le reconozca la indemnización a que haya lugar.

Por último reclama que se ordene el pago de los intereses moratorios y la indexación a que haya lugar.

2. HECHOS DE LA DEMANDA:

Bajo el epígrafe de hechos, el actor señala que ingresó a laborar en la entidad demandada INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL, el día 17 de Agosto de 2007 en el cargo de Profesional Universitario Forense,

Relata Que en distintas resoluciones tales como las numeradas 000716 de Julio 2008, No 000758; No 000659 del 10 de Julio de 2009; y la No 000829 del 26 de Agosto de 2010, fue encargado en distintas oportunidades para el desempeño del cargo de Director Seccional Magdalena; cargo en que finalmente fue nombrado de manera ordinaria en virtud a que para la entidad demandada ya no era posible seguir prorrogando los encargos que se venían realizando.

Así mismo indica que mediante la Resolución No. 000588 del 20 de octubre de 2011, el demandante fue declarado insubsistente del cargo de Director Seccional de Medicina Legal Magdalena, y que con posterioridad mediante oficio dirigido al señor DIRECTOR GENERAL DE MEDICINA LEGAL, solicitó el reintegro o reincorporación al cargo de Profesional Universitario Forense Clase I Grado 6, que venía desempeñando de manera provisional.

Por último afirma que la prementada petición fue resuelta de manera negativa por parte del Jefe de la Oficina Asesora de Personal mediante el oficio No. 343-2012-OP del 24 de enero de 2012, comunicado el 30 de enero de 2012.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA:

La parte actora previamente cita como fundamento de su acusación las siguientes disposiciones legales:

- Constitución Política, artículos 2, 25, 53 y 125.
- Ley 61 de 1987, artículo 18
- Ley 27 de 1992, artículo 10
- Ley 443 de 1998, artículo 8
- Ley 909 de 2004, artículos 24 y 25
- Decreto-Ley 2400 de 1968, artículo 5º.

Asegura la parte demandante que el oficio acusado se encuentra incurso en CAUSAL DE NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN EN SUS FUNDAMENTOS DE DERECHO, habida consideración que para justificar la negativa a la reincorporación del demandante al cargo de Profesional Forense, que venía desempeñando, señala de manera errónea lo siguiente: "*que por el hecho de haber aceptado y tomar posesión en tal dignidad, automáticamente se presenta la renuncia del cargo anterior, y en consecuencia la dejación definitiva del mismo.*". Afirmación que es contraria a derecho en la medida en

que la aceptación de un cargo de mayor categoría por parte de un servidor que ocupa un cargo de carrera no implica per se la pérdida al derecho a volver al cargo que ocupaba antes de ocupar el de libre nombramiento y remoción.

Aunado a esto, expone que de igual forma el oficio demandado incurre en la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, denominada FALTA DE COMPETENCIA; derivada del hecho de que dicho acto administrativo fue expedido por el JEFE DE LA OFICINA ASESORA DE PERSONAL del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, servidor que a todas luces no tiene la competencia legal para negar la reincorporación o el reintegro al cargo de Profesional Universitario Forense Clase I Grado 6, ya que dicha función corresponde de manera privativa al nominador esto es, al DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES; y por ende el JEFE OFICINA ASESORA DE PERSONAL solo puede cumplir tareas informativas y no decisorias, las cuales se insiste, corresponde al nominador quien es quien puede determinar quien ingresa y sale de la entidad que dirige.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el día 14 de Agosto de 2012 (fl.14), seguidamente en auto de fecha 29 de Agosto de 2012 (Fl.21-22), se decidió por el despacho rechazar la referida demanda, no obstante en auto de fecha 08 de octubre de 2012 se declaro de manera oficiosa la ilegalidad del precitado auto de rechazo y se procedió a admitir el presente medio de control ordenándose la notificación personal al señor DIRECTOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, a la agencia nacional de defensa jurídica del estado, al agente del ministerio público, y por estado a la parte actora, este auto se notificó por estado electrónico el día 09 de octubre de 2012 (fl. 59-60).

Seguidamente fueron cancelados los gastos procesales en fecha 11 de diciembre de 2012 (fl.61) y se recibió contestación de la demanda por parte del ente demandado (fl. 69-75).

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte demandada, INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL y CIENCIAS FORENSES, contestó la demanda dentro del término estipulado para ello, no obstante lo anterior, la entidad en su escrito de contestación de la demanda encamino su defensa, en vía de justificación del acto administrativo que declaro insubsistente al señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, del cargo de Director Seccional de Medicina Legal Magdalena, esto es la Resolución No. 000588 del 20 de octubre de 2011, y no a la defensa del acto administrativo contenido en el oficio No. 343-2012-OP, que es sobre el cual debate la legalidad en esta agencia judicial.

2. AUDIENCIA INICIAL:

Mediante auto del 26 de abril de 2013 se fijó el día 14 de mayo de 2013, fecha para audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se realizó el saneamiento de las posibles nulidades, ahondó acerca de la posibilidad de conciliación entre las partes, se decretaron las pruebas y se procedió a fijar el litigio circunscribiéndolo a los siguientes puntos:

- Si el acto administrativo, contenido en el oficio no. 343-2012-op de fecha 24 de enero de 2012, a través del cual se negó el reintegro del señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, al cargo de Profesional Universitario Forense Clase I Grado 6, es nulo por cuanto fue expedido por un funcionario que no tenía la competencia para ello.
- Si el oficio no. 343-2012-op de fecha 24 de enero de 2012, está viciado de nulidad por cuanto se encuentra falsamente motiva, en razones contrarias a la ley.

3. AUDIENCIA DE PRUBAS:

El día 25 de junio, se realizó audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de C.P.C.A., en la cual se allegaron y exhibieron los siguientes documentos:

1.- Certificaciones expedidas por el jefe de la oficina asesora de personal del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se deja constancia de lo que a continuación se indica:

1.1. Que mediante resolución No.000568 del 10 de agosto de 2007 se le nombró en provisionalidad en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE II, GRADO 11, con destinación a la Dirección Seccional Magdalena, posesionado mediante acta No.002 del 17 de agosto de 2007.

1.2. Que mediante oficio No.2836 del 12 de octubre de 2007, se le comunicó sobre la incorporación a la Planta Global y Flexible de personal de la Entidad adoptada mediante Acuerdos 08 y 09 del 21 de agosto de 2007, en los cuales se asimiló el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE II GRADO 11 al de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I GRADO 6.

1.3. Que producto de lo anterior, mediante resolución No.000740 del 8 de octubre de 2007, se le nombró provisionalmente en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I GRADO 6, con destinación a la Dirección Seccional Magdalena, tomando posesión mediante acta No.016 del 30 de octubre de 2007, cargo desempeñado hasta el 13 de marzo de 2011.

1.4. Que con resolución No.000151 del 28 de febrero de 2011 se le nombró en titularidad en el cargo de DIRECTOR SECCIONAL, CLASE III GRADO 12, con destinación a la Dirección Seccional Magdalena-Dirección Regional Norte, posesionándose con Acta No.014-2011 del 14 de marzo de 2011.

1.5. Que mediante resolución No.000588 del 20 de octubre de 2011 se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de DIRECTOR SECCIONAL CLASE III GRADO 12.

1.6. Que con resolución No.000151 del 28 de febrero de 2011 se le nombró en titularidad en el cargo de DIRECTOR SECCIONAL, CLASE III GRADO 12, con destinación a la Dirección Seccional Magdalena-Dirección Regional Norte, posesionándose con Acta No.014-2011 del 14 de marzo de 2011.

1.7. Que de acuerdo al Manual de Funciones y Competencias Laborales para el cargo de DIRECTOR SECCIONAL, CLASE III GRADO 12 el cual pertenece al NIVEL DIRECTIVO y tiene como propósito principal del empleo: "Planear, organizar, coordinar y controlar el desarrollo de las actividades relacionadas con la prestación del servicio de medicina legal y ciencias forenses, de acuerdo con las normas legales y políticas institucionales."

1.8. Que las funciones descritas en el Manual de Funciones Competencias Laborales para el cargo de DIRECTOR SECCIONAL CLASE III GRADO 12, son diferentes a las establecidas en el manual de funciones y competencias laborales para el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I GRADO 6, el cual tiene como propósito principal del empleo: "Emitir los informes periciales de manera oportuna, eficaz y eficiente, para dar cumplimiento a las solicitudes de las autoridades competentes".

1.9. Que el doctor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, identificado con cédula de ciudadanía No.85.455.074 de Santa Marta, se le promovió mediante resolución No.000151 del 28 de febrero de 2011 al cargo de DIRECTOR SECCIONAL CLASE III GRADO 12, el cual aceptó y tomó posesión según consta en Acta No.014-2011 del 14 de marzo de 2011.

1.10. Que al momento de tomar posesión el doctor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, ya identificado, en el cargo de DIRECTOR SECCIONAL CLASE III GRADO 12, de manera automática se presenta la dejación definitiva del cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I GRADO 6.

2.- Además de lo anterior, se remitió también por parte de la misma oficina asesora, copia del manual de funciones y competencias laborales para el cargo de JEFE OFICINA ASESORA DE PERSONAL, Clase II Grado 19, y copia de la resolución No.000423 del 3 de junio de 2004 por medio de la cual se reglamenta el trámite interno del Derecho de Petición, Quejas, Consultas y Reclamos en el Instituto.

3. AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO:

En atención a lo establecido por el en inciso final del artículo 181, el Despacho consideró que la audiencia de alegaciones y juzgamiento era innecesaria, por lo cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia de pruebas.

4. ALEGATOS:

- **Alegaciones de la parte demandante (Fls.131-137):** el apoderado de la parte actora manifiesta, que el demandante fue nombrado sin su consentimiento en el cargo de Director, decisión que por su unilateralidad desconoció el derecho del actor a ser reincorporado al cargo que venía desempeñando y del cual era titular.

En razón a lo anterior, asevera que el ente accionado actuó de manera irregular lo cual ha llevado a realizar un acto falsamente motivado al negar el nombramiento de un empleado, que no ha perdido su derecho para ser reincorporado.

- **Alegaciones de la parte demandada (Fls.128-130):** la apoderada de la entidad demandada solicita se nieguen las pretensiones de la parte actora porque considera que el oficio no. 343-2012-op de fecha 24 de enero de 2012, no está viciado de nulidad, pues el mismo fue expedido por la persona competente para ello y además de esto con justificación en que el señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, no ostenta derecho de carrera.

- **Alegaciones del Ministerio Público (Fls.119-127):** el señor Agente del Ministerio Público, conceptualizo, indicando que se deben negar las suplicas de la demanda, en atención a que el actor al aceptar el cargo de DIRECTOR SECCIONAL CASE III, GRADO 12, se origino una renuncia automática al cargo que venía desempeñando en provisionalidad como PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CLASE III, GRADO 11, y atendiendo a que el mismo no ostenta derechos de carrera, no será posible que sea devuelto a su cargo anterior

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a dilucidar en el presente asunto, versa sobre los siguientes:

1.1. Problema jurídico principal:

El problema jurídico principal se circunscribe a determinar la procedencia de la declaratoria de nulidad del oficio No. 343-2012-OP de fecha 24 de enero de 2012 a través del cual se negó el reintegro del señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, al cargo que venía desempeñando como Profesional Universitario Forense Clase I Grado 6, previo a ser nombrado Director Seccional de Medicina Legal Magdalena.

2. HECHOS PROBADOS:

Tiendo en cuenta la relación de pruebas allegadas al proceso se puede establecer con claridad que se encuentran probadas las siguientes premisas:

- Que mediante resolución No.000568 del 10 de agosto de 2007 se le nombró en provisionalidad al señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I, GRADO 6, con destinación a la Dirección Seccional Magdalena, posesionado mediante acta No.002 del 17 de agosto de 2007. (fl. 71 cuaderno anexo)
- Que mediante resolución No.000740 del 8 de octubre de 2007, el demandante fue nombrado provisionalmente en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I GRADO 6, con destinación a la Dirección Seccional Magdalena, tomando posesión mediante acta No.016 del 30 de octubre de 2007, cargo desempeñado hasta el 13 de marzo de 2011.(fl.100)
- Que mediante resolución No.000151 del 28 de febrero de 2011, se le nombró en titularidad en el cargo de DIRECTOR SECCIONAL, CLASE III GRADO 12, con destinación a la Dirección Seccional Magdalena-Dirección Regional Norte, posesionándose con ActaNo.014-2011 del 14 de marzo de 2011.(fl.100)
- Que mediante resolución No.000588 del 20 de octubre de 2011 se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de DIRECTOR SECCIONAL CLASE III GRADO 12. (fl.100)
- Que el señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA Desempeñaba el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I, GRADO 6, en provisionalidad, y que al ser nombrado en el cargo de DIRECTOR SECCIONAL CLASE III GRADO 12, tomo posesión del mismo mediante acta No.014-2011, del 14 de marzo de 2011, y una vez se posesionó en el cargo se produjo la dejación definitiva del cargo que venía desempeñando en provisionalidad; a saber PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE, GRADO 6. (fl.102)
- Que de acuerdo a la certificación de la jefe de la oficina de personal de la entidad, la carrera administrativa no ha sido implementada en el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, motivo por el cual los nombramientos se realizan en ejercicio de la facultad discrecional otorgada al nominador la cual es libre de convocatoria y concurso alguno, en provisionalidad para aquellos cargos considerados como de carrera y en titularidad para los de libre nombramiento y remoción. (fl.3 cuaderno anexo)

- Que de acuerdo al manual de funciones y competencia laborales el jefe de oficina asesora de personal, quien profirió el acto acusado; es de un nivel asesor clase II, grado 19, de la dependencia de personal cuyo jefe inmediato es el secretario general. Tiene a su cargo a desempeñar las demás funciones asignadas, de acuerdo con el nivel, naturaleza y aérea de desempeño del empleo, así como la profesión del titular del cargo; de conformidad con lo establecido en la constitución política, la Ley, los estatutos y demás disposiciones que determine la organización del instituto. (fl.104)
- Según la resolución numero 000423, del 3 de junio de 2004, artículo 6, son responsables de atender los derechos de petición elevados ante INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, los servidores públicos y las dependencias que por su competencia y funciones tenga relación directa con la petición presentada.(fl.109)
- Que el señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA presento petición de reincorporación al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO FORENSE CLASE I, GRADO 6, que había desempeñado en provisionalidad antes de haberse posesionado como DIRECTOR SECCIONAL CLASE III GRADO 12. (fl.16-17)
- Que dicha petición fue dirigida a la oficina jurídica, la cual por competencia la remitió a la secretaria general -área asesora de personal -, dándole respuesta la jefe del área (fl.16-17)

3. TESIS DEL DESPACHO:

Teniendo en cuenta los hechos que se encuentran probados dentro del plenario, el Despacho negará las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos que a continuación se explican.

4. MARCO JURÍDICO:

4.1 . La Provisionalidad y los cargos de Libre Nombramiento y Remoción en la Ley 909 de 2004.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción}
- c) Empleos de período fijo
- d) Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los

empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la misma normatividad (art. 2 ídem).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 ídem¹, los empleos de los organismos y entidades regulados por la misma ley, son de CARRERA ADMINISTRATIVA, excepto:

“1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2.- Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

La ley 909 restringe los nombramientos provisionales de manera drástica, y privilegia el encargo para proveer los empleos de carrera **“mientras se surte el proceso de selección (...) una vez convocado el respectivo concurso”**, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses (art. 24).

Los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados de estos empleos si cumplen los requisitos previstos en el artículo 24 ibídem y al efecto se establece un procedimiento conducente a garantizar el cubrimiento de las vacantes internamente con los servidores activos mediante designación sucesiva de quienes desempeñan cargos inferiores.

¹ Conc. Art. 125 C.P.

Los nombramientos provisionales se reducen a precaver las siguientes situaciones:

- Las vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados ². (Art. 25)

- Mientras se produce la calificación del período de prueba (art. 31.5).

Además, la ley en el artículo 51 prohíbe el retiro de las funcionarias con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a su vigencia, mientras se encuentren en estado de embarazo o en licencia de maternidad (num.1º) y ordena reconocerles indemnización por maternidad por supresión del cargo (num.4º)."

4.2. La provisionalidad en el decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004:

El decreto 1227 de 2005, establece el régimen de Vinculación a los empleos de carrera Provisión de empleos, indicando lo que a continuación de señala:

"Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad".

Artículo 8º. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

² Decreto 1227/05, art. 9º. "De acuerdo con lo establecido en la ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron".

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”

4.3. Del Ingreso y el Ascenso al Empleo Público, según la Ley 909 De 2004:

Le ley 909 de 2004, establece claramente el régimen de ingreso y ascenso dentro del empleo público.

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren

aquellas situaciones, **cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.**

ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> **Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra.** En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.”

Así mismo se contempla por dentro de la precitada ley contempla la forma de el ingreso y el ascenso a los empleos de carrera,

“ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

ARTÍCULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;

b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;

- c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;
- d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;
- e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;
- f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;
- g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;
- h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;
- i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección."

Sumado a esto es establece la norma en su artículo 42, la forma en la cual los empleados de carrera pierden sus derechos,

ARTÍCULO 42. PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.
2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.
3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.

Ahora bien, visto lo anterior se puede colegir que en la administración – en general – existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, y los demás que determine la ley.

Así mismo que el ingreso de los cargos de carrera y ascenso de los mismos se hará previo el cumplimiento de los requisitos que fije la ley.

Que el nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo de carrera se encuentra vacante definitivamente, hasta cuando se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto. Dicho nombramiento no puede exceder de seis meses.

Sumado a esto que para el ejercicio de cargos de carrera, se requiere, además de los requisitos exigidos en las disposiciones generales, **haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley.**

Por último se advierte que la ley no consagra estabilidad para el personal sin escalafón que desempeña cargos de carrera judicial.

4-. CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta el referente normativo y jurisprudencial antes citado, el Despacho encuentra pertinente entrar a dilucidar el tema centro de la litis, para así llegar a una conclusión final que permita desatar en derecho el fondo del litigio.

4.1. De La Competencia del Funcionario para Expedir el Acto.

Como primer asunto de la litis, entra el despacho a dilucidar si el acto acusado, esto es, el oficio No. 343-2012-OP de fecha 24 de enero de 2012, fue expedido por la persona competente para ello.

Para lo anterior, se tiene que la resolución 000423 del 03 de junio de 2004, por medio del cual se reglamenta el tramite interno del Derecho de Petición, Quejas, Consultas y Reclamos en el Instituto, establece en su artículo 6º lo siguiente :

“Competencia para dar respuesta a las peticiones: Son responsables de atender los derechos de petición elevados ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los servidores públicos y las dependencias que por su competencia y funciones tengan relación directa con la petición presentada.”

(Subrayas y negrillas del despacho)

Así las cosas, advirtiendo que la parte demandante presentó un escrito de petición en el cual solicitaba su reintegró al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, se tiene que en efecto el funcionario que expidió el acto acusado era el competente para hacerlo pues el mismo se encuentra reglamentariamente facultado para ello, a la luz de la normativa arriba citada.

En este sentido se tiene que en virtud a la resolución 000423 del 03 de junio de 2004 y por tratarse de un tema de su competencia, era el jefe de la oficina asesora de personal quien debía dar respuesta a la petición.

4.2. De la Nulidad del Acto Acusado y los Derechos de Carrera.

Visto lo anterior, es necesario entrar a resolver sobre la situación de legalidad del acto acusado en lo atinente a la falsa motivación; como primera medida se debe indicar que lo que se debatirá en este punto versa sobre determinar

si el señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA, debe ser reintegrado al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, antes de ser nombrado como DIRECTOR SECCIONAL, CLASE III, GRADO 12, cargo que ocupaba en titularidad al momento de ser declarado insubsistente.

Seguido a lo anterior, es necesario indicar que el cargo de profesional universitario clase I, Grado 6, que venía desempeñando el actor, antes de ser nombrado como Director Seccional, clase III, Grado 12, **es un cargo de carrera**, y que el mismo accedió al servicio mediante **nombramiento en provisionalidad, y no a través del sistema de concurso de méritos**, previsto como procedimiento idóneo para proveer cargos de carrera, circunstancia por la cual se puede afirmar que **no le asistía el fuero de inamovilidad al momento de cambiar de cargo**.

Así pues, no aparece prueba alguna dentro del plenario que le permita inferir al Despacho que el actor participó en algún concurso para proveer este cargo de Profesional Universitario Clase I, Grado 6, o que hubiese sido inscrito en el régimen de carrera, por haber ingresado mediante el sistema de concurso.

Ahora bien, teniendo claro que el señor FRANKLIN LOZANO MENDOZA fue vinculado en forma provisional en el cargo de Profesional Universitario Clase I, Grado 6, se debe indicar que mientras este permaneció en el mismo gozaba de lo que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional a denominado como estabilidad intermedia.

No obstante lo anterior, una vez estudiada la situación fáctica objeto de la litis el Despacho encuentra que le asiste razón a la parte demandada en cuanto se alega que el demandante al momento de aceptar la el cargo de Director Seccional, clase III, Grado 12, presentó una renuncia tácita al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, perdiendo así el fuero de estabilidad intermedia que poseía por encontrarse ocupando el precitado cargo, pues a todas luces y bajo la perspectiva normativa de la ley 909 de 2004, no es posible que un servidor público ocupe dos cargos en titularidad al mismo tiempo; y como quedo anotado las licencias para ocupar otros cargos son de la estirpe de los servidores que se encuentran inscritos en carrera administrativa.

En este orden de ideas, como el demandante desempeñaba el cargo sin haber ingresado a él mediante selección y concurso de méritos, no le asisten derechos de carrera, Así las cosas, concluye el Juzgado que el demandante no gozaba de fuero alguno que le otorgara estabilidad en el empleo, y que en este caso le permita volver a ocuparlo, después de haber renuncia en forma tácita al mismo.

Bajo esta óptica, se le debe indicar a la parte actora que para gozar de los privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera administrativa, el servidor público debe acceder al empleo oficial mediante un concurso o proceso de selección y obtener los resultados mínimos exigidos para tal efecto en las normas legales.

Acerca del tema, la H. Corte Constitucional en sentencia C-640/12 del veintidós (22) de agosto de dos mil doce (2012), indicó:

“NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Así sea por un período largo, no pueden generar expectativa de estabilidad laboral indefinida, pues desconocería el principio del mérito para ingresar, ascender y permanecer en la carrera administrativa.

Los nombramientos en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo, no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho. (...)

No es posible entonces, por la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, crear un privilegio que le permite a los empleados públicos nombrados en provisionalidad permanecer en sus empleos de manera indefinida, disfrutando de las prerrogativas de los funcionarios de carrera que no le son reconocidas a otros empleados y ciudadanos que aspiran a vincularse con la administración pública. Mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozan indefinidamente de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito.”

(Subrayas y negrillas del Despacho)

En consecuencia a todo lo expuesto, se puede colegir que al haber aceptado el cargo de Director Seccional, clase III, Grado 12, en titularidad, se produjo en efecto una renuncia tácita al cargo que veían desempeñando en provisionalidad, lo que trajo como consecuencia la pérdida de estabilidad laboral que cobija a los empleados nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, así las cosas atendiendo a que no es de recibo pensar que el demandante se encontraba ocupando los dos cargos al tiempo, el despacho encuentra que no es posible acceder a las súplicas de la demandas pues tal y como se ha sostenido el demandante no poseía derechos de carrera por no estar inscrito en la misma.

Además, no es de recibo lo alegado por la parte actora en el sentido de indicar que su nombramiento como Director Seccional, clase III, Grado 12, fue un nombramiento sin consentimiento del demandante, pues tal como se observa a folio 113 del cuaderno anexo, el acta de posición No. 014-2011 se encuentra firmada por el mismo, lo que implica su aceptación y consentimiento para ser posesionado el nuevo cargo.

3. Condena en Costas:

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede el despacho a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de Procedimiento Civil.

En ese orden de ideas el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante.

También se debe precisar que las costas están conformadas por dos rubros distintos: las expensas; que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo. Y las agencias en derecho, esto es, la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo tanto, se condena en costas a la parte demandante, al pago de las expensas, de acuerdo a la liquidación que hiciere el Secretario, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 393 del C.P.A.C.A., a favor de la parte demandada NACIÓN- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

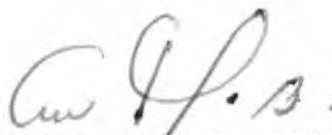
F A L L A:

PRIMERO: DENEGAR las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante; Por Secretaria dese el trámite previsto en el artículo 393 del C.P.C.

TERCERO: Si no fuere apelada la Sentencia ordénese su **archivo**.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.



BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA
Jueza