

**INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE PROCURADOR JUDICIAL – Cargo de libre nombramiento y remoción. Sentencia de inexequibilidad. Efectos. No motivación**

De la lectura del artículo 182 del Decreto 262 de 2000 se establece que el cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué del cual fue declarado insubsistente el demandante mediante el Decreto 707 de 23 de marzo de 2011, proferido por la Procuraduría General de la Nación, es de libre nombramiento y remoción, por lo que la permanencia en él obedece al ejercicio de la facultad discrecional nominadora del Jefe del Ministerio Público. Si bien la Corte Constitucional a través de la sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, declaró la inexequibilidad de la expresión Procurador Judicial, al considerar que dichos funcionarios deben ser vinculados mediante un concurso de méritos por ser un cargo de carrera administrativa, dicha providencia fue proferida con posterioridad a la expedición del acto administrativo demandado y de la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento que ocupa a la Sala, por lo que no resulta aplicable al caso concreto por cuanto los pronunciamientos del Alto Tribunal producen efectos jurídicos hacia futuro siempre que no los module, tal como aconteció en la mencionada providencia.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / DECRETO 262 DE 2000 – ARTICULO 182 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 45

**RETEN SOCIAL DE PREPENSIONADO – Es Aplicable en procesos de reestructuración de la Rama Ejecutiva no cuando se ejerce la facultad discrecional**

la Sala encuentra en el *Sub Judice* que el demandante no era beneficiario del retén social de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en razón a que la Procuraduría General de la Nación es una entidad que no se ha visto sujeta a un proceso de reestructuración que haga necesario, en virtud de la sostenibilidad financiera, retirar del servicio a sus funcionarios. El acto administrativo demandado por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, fue proferido por el Procurador General de la Nación en uso de las facultades discrecionales otorgadas por el sistema normativo en aras de garantizar la debida prestación del servicio público. Es de resaltar que la Procuraduría General de la Nación no hace parte de la Rama Ejecutiva en virtud de la separación de poderes que caracteriza un Estado de Derecho, por lo que sus funcionarios no pueden ser destinatarios del artículo 12 del Decreto 709 de 2002, ya que este protege a los servidores de entidades públicas pertenecientes al Nivel Central que se encuentran dentro de un proceso de reestructuración en virtud del programa de renovación de la administración pública.

**FUENTE FORMAL:** LEY 790 DE 2002 – ARTICULO 12

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “B”**

**Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00752-01(1928-13)**

**Actor: JAIRO HERNANDO GUTIERREZ GARCIA**

**Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**

#### **AUTORIDADES NACIONALES.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio de la cual negó las súplicas de la demanda incoada por el señor Jairo Hernando Gutiérrez García contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

#### **LA DEMANDA**

Mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C.C.A., el demandante pretende la nulidad del Decreto 707 de 23 de marzo de 2011, mediante el cual el Procurador General de la Nación lo declaró insubsistente del cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, Código 3PJ; y de la Resolución No. 157 de 12 de mayo de 2011, por medio de la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo que lo retiró del servicio.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó ordenar su reintegro al cargo que ocupaba al momento de su desvinculación o a uno de mayor jerarquía, declarando que no ha existido solución de continuidad; pagarle los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta que se haga efectivo su reintegro; e indexar las sumas que resulten como condena de acuerdo al artículo 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos.

El demandante nació el 2 de noviembre de 1950. Ingresó a laborar en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE como supervisor el 16 de febrero de 1975, donde prestó sus servicios hasta el 8 de agosto de 1983, lapso en la cual hizo los aportes para la seguridad social en la Caja Nacional de Previsión Social.

Posteriormente se vinculó a la Rama Judicial siendo nombrado como Juez Promiscuo Municipal del Cocuy (Boyacá), cargo que desempeñó durante el periodo comprendido entre el "26 de mayo de 1983" (sic) y el 7 de julio de 1984, cotizando para pensión a CAJANAL.

Por medio del Decreto 2507 de 20 de octubre de 2006 el actor fue nombrado como Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué. Código 3PJ, Grado EC, tomando posesión del cargo el 9 de noviembre de 2006.

El Procurador General de la Nación a través del Decreto 707 de 23 de marzo de 2011 declaró insubsistente el nombramiento del actor, comunicándole la decisión mediante el Oficio No. SG 1381 de 28 de marzo de 2011 proferido por la Secretaría General de la entidad demandada. Empero, estuvo en el ejercicio del cargo hasta el 12 de abril del mismo año día en el que hizo entrega del mismo.

Dentro del término legal, el demandante interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo por medio del cual fue declarado insubsistente, solicitando su revocatoria al considerar que debía seguir en el cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué. Código 3PJ, Grado EC, ya que gozaba de la condición de prepensionado y padece una grave enfermedad (diabetes).

La Procuraduría General de la Nación por medio del Oficio No. 157 de 12 de mayo de 2011, rechazó el anterior recurso por considerarlo improcedente.

El accionante ha cotizado 1029 semanas correspondientes a los aportes efectuados a la Caja Nacional de Previsión Social mientras gozaba de la calidad de servidor público, y los realizados como trabajador independiente al Instituto de Seguros Sociales. Es de resaltar que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años por lo que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 ibídem.

En razón a su edad y a las semanas cotizadas para pensión, el actor reúne los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 por lo que goza de la calidad de pre-pensionado.

El accionante al ser retirado de la Procuraduría General de la Nación le fueron suspendidos los servicios médicos y por ende el suministro de los medicamentos necesarios para tratarle la diabetes que padece, los cuales no ha podido costear ya que su único ingreso provenía del vínculo laboral con el Ministerio Público, donde se desempeñó con idoneidad, responsabilidad y eficiencia.

Mediante el acto administrativo demandado, la entidad accionada desconoció los derechos fundamentales del demandante a la vida, salud, trabajo, estabilidad laboral, mínimo vital, vida, derechos adquiridos, acceso a los cargos públicos, entre otros, por cuanto al momento de declararlo insubsistente no tuvo en cuenta su condición de pensionado, y tampoco pretendió el mejoramiento del servicio pues él cumplía sus funciones de acuerdo al ordenamiento jurídico.

Al no ser motivado el Decreto objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, se vulneró su derecho al debido proceso, pues la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en sostener que el retiro discrecional del servicio de un servidor público debe obedecer a unas causas justificadas, tal como lo dispone el artículo 10º del Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

#### **NORMAS VIOLADAS**

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1º, 2º, 5º, 13, 48 y 209; Ley 790 de 2002, artículos 12 y 13; Ley 797 de 2003, artículo 9º; Ley 812 de 2003, artículo 8º; Ley 1395 de 2010, artículo 114; y Decreto 2400 de 1969, artículo 26.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante apoderado, la Procuraduría General de la Nación dio contestación a la demanda dentro del término legal solicitando negar las súplicas del accionante con fundamento en los siguientes argumentos: (fls: 72-95)

El acto administrativo demandado fue proferido por el Procurador General de la Nación en virtud de la facultad discrecional de que trata los artículos 158, 165 y 182 del

Decreto 262 de 2000, la cual fue ejercida en aras de preservar la idoneidad del servicio, por lo que no debió motivar su decisión de retirar al actor ya que el cargo que él ocupaba era de libre nombramiento y remoción tal como lo disponen los artículos 58 del citado Decreto y 36 del Código Contencioso Administrativo.

La Ley 790 de 2002 dispuso en su artículo 12 una protección especial para los trabajadores que se encontraran en condiciones que ameriten una protección especial por parte del Estado denominada retén social, el cual opera en el marco de los procesos de reestructuración de la administración pública con la finalidad de garantizar una estabilidad laboral reforzada. Dentro de dichos funcionarios se encuentran los pre-pensionados, que son aquellos servidores que se encuentran próximos a pensionarse y que no pueden ser retirados del servicio hasta tanto le sean reconocidas las correspondientes pensiones de jubilación.

Sin embargo, la Procuraduría General de la Nación se encuentra excluida del retén social en el caso concreto por cuanto este opera cuando i) el servidor le falten 3 años o menos para pensionarse y ii) la entidad en la cual presta sus servicios se encuentre en proceso de liquidación o reestructuración, circunstancia última que no se presenta en el *sub judice* pues el actor fue retirado de la entidad demandada por decisión discrecional del nominador al ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, y no por reestructuración del Ministerio Público.

Por otra parte, el actor no comunicó a la entidad que padecía de diabetes, enfermedad que no adquirió durante su vinculación a la Procuraduría General de la Nación, por lo que no puede pretender que se reintegre al cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué. Es de resaltar que el hecho de padecer una enfermedad no lo convierte en un funcionario inamovible pues las circunstancias laborales en que se encontraba dentro de la entidad no le otorgaban ningún fuero de estabilidad ya que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, no es cierto que el retiro del servicio del actor haya originado la suspensión de los servicios médicos, ya que el ordenamiento jurídico establece múltiples formas mediante las cuales es posible acceder a los servicios de salud. Además, en su hoja de vida reposa una declaración de bienes y rentas presentada el 8 de abril de 2012 en la cual afirmó que es propietario del 50% de 3 (tres) bienes inmuebles que ascienden a la suma de \$180'000.000, lo que demuestra que no es una persona que carezca de medios económicos para su subsistencia.

Uno de los argumentos expuestos por el demandante en el libelo introductorio es que cumplió sus funciones dentro de la entidad demandada idónea y eficientemente, por lo que la declaratoria de insubsistencia no obedeció al mejoramiento del servicio. Empero, ello es una situación exigible a todos los servidores públicos tal como lo dispone el artículo 34 de la Ley 734 de 2002, pues el cabal cumplimiento de sus obligaciones no genera inamovilidad en el empleo menos aún cuando se ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, pues así lo ha dispuesto las normas y la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Es de resaltar que el artículo 278, numeral 60, de la Constitución Política y el numeral 3º del artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000 facultan al Procurador General de la Nación para, entre otras actuaciones, nombrar y remover a los funcionarios de la entidad que preside de manera discrecional siempre que se acaten los mandatos del sistema normativo, que fue respetado al proferir el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante.

### **LA SENTENCIA**

El Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima mediante sentencia de 18 de marzo de 2013 negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos: (fls: 145-158)

El artículo 182 del Decreto 262 de 2002 establece que los empleos dentro de la Procuraduría General de la Nación son de carrera y de libre nombramiento y remoción, clasificando dentro de este último grupo a los Procuradores Judiciales.

En razón a que el cargo que desempeñaba el demandante dentro de la entidad demandada se denomina Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, gozaba de la calidad de funcionario de libre nombramiento y remoción tal como lo dispone el artículo en mención, pues su designación obedeció a la confianza del nominador en el cumplimiento de la misión institucional, lo cual se traduce en la facultad discrecional de vincularlo y removerlo.

La Corte Constitucional en la sentencia C-734 de 2000, al igual que en varias providencias, afirmó que el nominador se encuentra en la facultad de designar en cargos de libre nombramiento y remoción a las personas que él considera pertinentes para el ejercicio de la función pública, encontrándose facultado para retirarlo del

servicio cuando lo considere pertinente sin que medie una motivación de la decisión, pues dada la naturaleza de dichas vinculaciones estos funcionarios no gozan de estabilidad en el empleo, pues no ingresan a la planta de personal de una entidad pública mediante un concurso de méritos.

Dentro de las pruebas obrantes en el expediente no se encuentra ninguna que demuestre que los actos administrativos demandados fueron proferidos con desviación de poder, pues el accionante no probó que las razones de su insubsistencia obedecieron a aspectos diferentes al mejoramiento del servicio.

Ahora bien, frente al argumento de que el actor no debió ser desvinculado de la Procuraduría General de la Nación por cuanto tenía la calidad de pre-pensionado y se encontraba amparado por el retén social, es menester determinar que la declaratoria de insubsistencia materia de controversia no se originó por un proceso de reestructuración del ente público sino por la facultad nominadora del Jefe del Ministerio Público.

Respecto al retén social el Consejo de Estado ha sostenido que este se presenta únicamente como garantía de estabilidad para los funcionarios públicos que se encuentran próximos a pensionarse y que se ven sujetos a un proceso de reestructuración dentro del ente público al que se encuentran adscritos, lo cual no se presenta en el caso concreto, pues no se ha dispuesto la modificación de los cargos dentro de la Procuraduría General de la Nación. Además, el Instituto de Seguros Sociales ya le reconoció al actor la pensión de jubilación tal como él lo afirmó en los alegatos de conclusión presentados dentro del término legal.

Así las cosas, el demandante no es beneficiario del retén social y por ende podía ser removido del cargo que desempeñaba dentro de la Procuraduría General de la Nación.

### **EL RECURSO**

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, cuya sustentación se encuentra visible de folios 162 a 171, solicitando revocar la decisión y acceder a las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Tanto las Leyes como la Jurisprudencia han establecido que el retén social no solo se aplica a los servidores que se encuentran próximos a pensionarse y que están vinculados a una entidad pública en proceso de reestructuración, sino también a los funcionarios que requieren una protección especial por parte de las autoridades, por padecer quebrantos de salud, madres cabezas de familia, limitaciones físicas, entre otras, que requieren estabilidad laboral reforzada, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencias modulares o integradoras proferidas con fundamento en principios constitucionales.

El Alto Tribunal Constitucional<sup>1</sup> al igual que el Consejo de Estado a través de sus pronunciamientos han ampliado el concepto de retén social aplicándolo no solo en el sector público sino también en relaciones de carácter privado en virtud del derecho a la igualdad, con lo que se da cumplimiento a los principios de un Estado Social de Derecho.

El demandante gozaba de la calidad de pre-pensionado y por ende le era aplicable el retén social, pues al momento en que fue declarado insubsistente de la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación solo le faltaba que la respectiva Caja de Previsión proferiera el acto administrativo de reconocimiento de su pensión de jubilación, lo cual aconteció dentro del trámite del presente proceso Contencioso Administrativo. Al retirar al demandante del servicio el Ministerio Público desconoció el precedente tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado el cual es de obligatorio cumplimiento para las autoridades administrativas.

Es de resaltar que el accionante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pues al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con más de 40 años de edad, por lo que no cabe ninguna duda de su condición de pre-pensionado. Además, también gozaba de tal calidad dada su condición de salud, pues al momento de su retiro padecía una enfermedad que lo convertía en una persona de especial protección del Estado.

Por otra parte, con la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del actor se le vulneró su derecho fundamental al debido

---

<sup>1</sup> Sentencias SU 446 de 2011; SU 917 de 2012; SU 250 de 1998; T-396 de 2010; T-219 de 2010.

proceso, por cuanto la autoridad administrativa no expresó los motivos que justificaron su retiro del servicio. Si bien es cierto que el nominador goza de la facultad de remover a los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la circunstancia especial del demandante (pre-pensionado) le imponía la obligación de motivar la decisión de desvinculación, la cual es manifiestamente proferida con desviación de poder.

Además, la entidad demandada desconoció el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 el cual dispone que el nominador debe dejar constancia en la hoja de vida del funcionario declarado insubsistente de los motivos o causas que dieron origen al retiro del servicio. Con ello se pretende que la desvinculación de un servidor no obedezca a decisiones arbitrarias o caprichosas.

### **CONCEPTO FISCAL**

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado a través de Concepto No. 330-2013, solicitó confirmar la sentencia recurrida para lo cual empleó los siguientes argumentos: (fls: 197-207)

El ordenamiento jurídico establece el retén social como un mecanismo de protección a favor de los servidores públicos que se encuentran próximos a pensionarse, los cuales no pueden ser retirados del servicio hasta tanto cumplan los requisitos para que se les reconozca la pensión de jubilación. Sin embargo, no es aplicable a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, ya que es una entidad autónoma e independiente que se encuentra sujeta a un tratamiento diferente dada la naturaleza jurídica de sus funciones.

Por otra parte, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que los actos administrativos mediante los cuales se retira del servicio a un servidor público deben ser motivados en aras de garantizar sus derechos fundamentales y de salvaguardar los principios que orientan la función Pública. Empero, la Jurisprudencia también ha afirmado que esta regla no se aplica cuando se declaran insubsistentes los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, pues esta decisión obedece a la facultad discrecional del nominador, ya que estos no gozan de fuero de estabilidad.

Dentro del expediente no obra prueba de la cual se pueda deducir que el retiro del servicio obedeció a circunstancias diversas al mejoramiento del servicio, siendo los argumentos expuestos en el libelo introductorio subjetivos.

Es de resaltar que el buen desempeño laboral dentro de la entidad demandada no le otorga al accionante la calidad de inamovible, pues es una conducta que se espera de todo servidor público.

## **CONSIDERACIONES**

### **Problema jurídico:**

Se contrae a determinar si la decisión administrativa mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, se ajusta al ordenamiento jurídico o si por el contrario infringe las disposiciones citadas en el libelo introductorio.

### **Actos Acusados**

- Decreto 707 de 23 de marzo de 2011, por medio del cual el Procurador General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, Código 3PJ, Grado EC. (fl: 5).
- Resolución No. 157 de 12 de mayo de 2011, a través de la cual el Jefe del Ministerio Público rechazó por improcedente un recurso de reposición interpuesto por el actor contra el Decreto 707 de 23 de marzo de 2011. (fl: 10).

### **De lo probado en el proceso**

El demandante prestó sus servicios en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE, en los siguientes periodos: del 16 de febrero de 1975 al 8 de julio de 1976; desde el 12 de julio de 1976 hasta el 15 de septiembre de 1982; del 1º de octubre de 1982 al 16 de mayo de 1983; y del 17 de julio de 1983 al 8 de agosto del mismo año; efectuando sus aportes para pensión a la Caja Nacional de Previsión Social (fl: 12).

Entre el 26 de mayo de 1983 y el 7 de julio de 1984, el actor se desempeñó como Juez Promiscuo Municipal del Cocuy (Boyacá), cotizando a pensión durante ese lapso a la Caja Nacional de Previsión Social (fl: 13). El 9 de noviembre de 2006 fue designado como Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, Código 3PJ-EC (fl: 71).

Para tratar la diabetes que padecía, la Clínica Juan Corpas LTDA le suministró medicamentos al demandante según fórmula médica No. 92754216 de 10 de diciembre de 2010. (fl: 15).

Mediante el Decreto 707 de 23 de marzo de 2011, el Procurador General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué (fl: 57). Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición que fue rechazado por improcedente mediante la Resolución No. 157 de 12 de mayo de 2011 (fl: 10).

El 8 de abril de 2011, el demandante presentó declaración juramentada de sus bienes y rentas ante la entidad accionada, estableciendo que era titular del 50 % de 3 bienes inmuebles ubicados en el Departamento del Tolima que ascendían a la suma de \$360'000.000 (fls: 69-70).

El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, a través de la Resolución No. 02870 de 24 de mayo de 2012, le reconoció al accionante una pensión mensual vitalicia por cumplir los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. (fls: 172-174).

## **ANÁLISIS DE LA SALA**

### **De la vinculación de funcionarios a entidades públicas**

El artículo 125 Constitucional dispone que los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa como regla general, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

Atendiendo lo dispuesto por el anterior precepto Constitucional, el Legislador expidió la Ley 443 de 1998, en virtud de la cual estableció, como regla general, que los cargos públicos deben ser provistos por personas que hayan aprobado un Concurso de Méritos, es decir, determinó como sistema de selección de los servidores públicos las capacidades intelectuales con la finalidad de profesionalizar la función pública tendiente a lograr una mejor prestación del servicio a los ciudadanos, aumentar la eficacia de las actuaciones administrativas, y eliminar las prácticas clientelistas dentro del ámbito público.

Como excepción a la anterior regla, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, el artículo 5º de la Ley 443 de 1998<sup>2</sup> estableció que los cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción no son de carrera administrativa. El mencionado artículo dispone lo siguiente:

*“ARTICULO 5o. DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:*

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

*2. Los empleos de libre nombramiento y remoción (...).”*

### **De los funcionarios de libre nombramiento y remoción.**

El accionante sostiene que el Decreto 707 de 23 de marzo de 2011, mediante el cual el Procurador General de la Nación lo declaró insubsistente del cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, fue proferido con desviación de poder ya que no motivó la decisión tal como lo exige la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Para pronunciarse sobre este argumento, la Sala realizara el siguiente análisis jurídico.

Tal como lo dispone el 125 de la Constitución Política, dentro de la categoría de servidores públicos se encuentran los de libre nombramiento y remoción, los cuales son designados por los Directores de las entidades públicas por razones de confianza, con la finalidad de materializar las políticas administrativas tendientes a alcanzar las metas institucionales. Es de resaltar que dichos cargos deben ser establecidos expresamente por el ordenamiento jurídico.

En razón a que dichos funcionarios no aprobaron un concurso de méritos adelantado por la autoridad administrativa competente, no son titulares de los derechos de carrera administrativa y por ende no gozan de estabilidad en el empleo. La Corte Constitucional sobre el particular sostuvo lo siguiente:

---

<sup>2</sup> La Ley 443 de 1998 se encontraba vigente al momento en que el Procurador General de la Nación profirió los actos administrativos demandados, motivo por el cual es aplicable al caso concreto, en virtud del principio de irretroactividad de la Ley.

*“ (...) Los cargos de libre nombramiento, tal y como se infiere del artículo 125 constitucional y del artículo 5 de la Ley 443 de 1998, que los enuncia, son la excepción a la regla general que señala que los empleos del Estado son de carrera. Para estos cargos basta con que la autoridad nominadora tenga en cuenta que la persona asignada cumple con los conocimientos y las calidades exigidas para su ejercicio. Dicha modalidad se utiliza para aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico superior que impliquen confianza o se refieran a la asignación de funciones de dirección y manejo.*

*(...)*

*La persona vinculada a la Administración pública mediante esta modalidad puede ser removida de su cargo por voluntad discrecional del nominador según lo exijan las necesidades propias del servicio. Por ello, la estabilidad laboral de un empleado de libre nombramiento y remoción es precaria frente al vinculado mediante carrera. Así lo ha considerado la Corte en sus pronunciamientos.” (subrayado por fuera de texto).<sup>3</sup>*

Dada la naturaleza jurídica de los empleados de libre nombramiento y remoción, el nominador se encuentra facultado para disponer de la permanencia del funcionario en forma discrecional, por lo cual no es obligatorio que el acto administrativo de insubsistencia sea motivado. El Alto Tribunal Constitucional sobre el retiro de estos funcionarios afirmó lo siguiente:

*“(...) En principio, todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben motivarse. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.*

*En atención a lo expuesto, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. En consecuencia, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que con ello se vulnere ningún derecho fundamental.”<sup>4</sup>*

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 2003. M. P. Dr. Cla Inés Vargas Hernández.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-494 de 16 de junio de 2010. MP: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente T- 2.540.592. Actor: Oscar Antonio Aristizabal Castaño.

Ahora bien, para determinar si el acto administrativo por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento del demandante como Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, debió motivarse, es necesario establecer la naturaleza jurídica del cargo.

El Decreto 262 de 2000, por medio de cual se modificó la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación, clasificó los cargos de la entidad en dos grupos, i) de carrera administrativa, y ii) de libre nombramiento y remoción. El artículo 182 ibídem dispuso que los Procuradores Judiciales, entre otros funcionarios de confianza del Jefe del Ministerio Público, hacen parte del segundo grupo de funcionarios, bajo el siguiente tenor literal:

*“ARTICULO 182. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:*

*1) De carrera*

*2) De libre nombramiento y remoción*

*Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.*

*Los empleos de libre nombramiento y remoción son:*

*(...)*

*- Procurador Judicial (...)(sombreado por fuera de texto).*

De la lectura del citado artículo se establece que el cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué del cual fue declarado insubsistente el demandante mediante el Decreto 707 de 23 de marzo de 2011, proferido por la Procuraduría General de la Nación, es de libre nombramiento y remoción, por lo que la permanencia en él obedece al ejercicio de la facultad discrecional nominadora del Jefe del Ministerio Público.

Lo anterior, por cuanto las funciones de un Procurador Judicial son catalogadas como de dirección, por cuanto deben acatar las directrices fijadas por el Procurador General de la Nación, en virtud de la coordinación en la que se fundamenta la confianza entre el funcionario y el nominador.

Si bien la Corte Constitucional a través de la sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, declaró la inexecutable de la expresión Procurador Judicial, al considerar que dichos

funcionarios deben ser vinculados mediante un concurso de méritos por ser un cargo de carrera administrativa, dicha providencia fue proferida con posterioridad a la expedición del acto administrativo demandado y de la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento que ocupa a la Sala, por lo que no resulta aplicable al caso concreto por cuanto los pronunciamientos del Alto Tribunal producen efectos jurídicos hacia futuro siempre que no los module, tal como aconteció en la mencionada providencia. La Ley 270 de 1996 en su artículo 45 estableció lo siguiente:

*“REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, el cargo de desviación de poder planteado por el demandante no está llamado a prosperar en razón a que el empleo que ocupaba dentro de la entidad demandada, esto es Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, era de libre nombramiento y remoción, y por ende la autoridad administrativa podía retirarlo del servicio sin necesidad de motivar su decisión, dada la naturaleza jurídica de dichos cargos.

La Sala desestimará el argumento mediante el cual el actor sostuvo que en razón a que prestó sus servicios eficientemente y acató el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones no podía ser retirado de la entidad demandada, puesto que una excelente hoja de vida y la buena gestión en las actividades desempeñadas acatando las directrices del Procurador General de la Nación, no le otorgaban estabilidad en el empleo ya que no gozaba de la calidad de funcionario escalafonado. Además, ejercer la función pública con el mayor decoro y compromiso es una obligación de todo servidor público lo cual no otorga garantía de inamovilidad en el empleo, máxime cuando se ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción. Esta Corporación al respecto ha sostenido lo siguiente.

*“Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el*

cumplimiento del deber por parte del funcionario.<sup>5</sup>(subrayado por fuera de texto).

### **Del retén social**

El demandante afirma que el Procurador General de la Nación no se encontraba facultado para declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué mediante el acto administrativo demandado, por cuanto goza de una especial protección por parte del estado dada su condición de pre-pensionado y sus afecciones de Salud, es decir, por ser beneficiario del retén social.

Para establecer si efectivamente al actor le es aplicable el retén social de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, la Sala considera necesario adelantar el siguiente análisis jurídico.

El Gobierno Nacional en aras de garantizar los fines esenciales del Estado y cumplir cabalmente los principios que gobiernan la función pública, emprendió un proceso de modernización de las entidades que integran la Rama Ejecutiva del poder público mediante la Ley 790 de 2002<sup>6</sup>, para lo cual ordenó la liquidación de algunos entes nacionales y la fusión de otros, originando una reestructuración en sus plantas de personal y la terminación del vínculo laboral de algunos servidores con la finalidad de garantizar estabilidad financiera.

Con la finalidad de proteger a los funcionarios que podrían ver afectados sus derechos fundamentales por la reestructuración de las entidades públicas, el legislador creó un mecanismo de protección a su favor denominado retén social, en virtud del cual los servidores que se encontraban en determinadas situaciones que ameritaran un trato especial dada su condición de debilidad manifiesta, no podían ser retirados del servicio ya que eran titulares de una protección especial reforzada, es decir, de una protección de mayor intensidad que brinda el ordenamiento jurídico a los demás funcionarios públicos que se encuentran en una condición de vulnerabilidad. Al respecto el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos:

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Sentencia de 27 de enero de 2001. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04725-01(1092-10). Actor: Cesar Augusto Galicia Zuluaga.

<sup>6</sup> Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

*“De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”*

De haber omitido el legislador consagrar el retén social, los funcionarios de las entidades públicas reestructuradas se verían cesantes laboralmente y por ende desprotegidos, siendo vulnerados los principios constitucionales establecidos en los artículos 13, 42, 43 y 44. La Corte Constitucional sobre este aspecto ha sostenido lo siguiente:

*“(...) aunque es claro que los procesos de reestructuración son necesarios y persiguen fines constitucionalmente admisibles, su ejecución genera efectos en la sociedad, haciéndose necesario que las autoridades obren diligentemente en su diseño y desarrollo para no vulnerar los derechos de los sectores involucrados en el proceso. (...)”*

*Uno de los grupos sobre los cuales inciden dichos procesos es el de los servidores públicos, quienes muchas veces ven afectada su estabilidad laboral a consecuencia de los cambios estructurales que buscan hacer más eficiente la administración pública. (...)”*

*En este orden de ideas, se tiene que, frente a los servidores que se ven perjudicados en el marco de los procesos de reestructuración, nace la obligación de las autoridades de respetar sus derechos fundamentales, en especial los que se originan en el contexto laboral.*

*(...) los procesos de reestructuración de las entidades adoptados por las autoridades y las subsecuentes modificaciones a las plantas de personal deben ir acompañados de todas las garantías necesarias para proteger los derechos fundamentales del trabajador.*

*Ahora bien, hay un grupo de trabajadores que, por sus especiales características, están en una situación vulnerable dentro del mercado laboral y que por lo tanto son más susceptibles de resultar perjudicados en mayor grado dentro de los procesos de reestructuración que involucren supresión de cargos. Siguiendo los parámetros establecidos por los artículos 13, 43, 46 y 47 de la Constitución, la ley y la jurisprudencia han considerado importante dar una especial protección a estas personas para quienes una indemnización en esas circunstancias resulta insuficiente.*

*(...)En efecto, la Ley 790 de 2002 se expidió dentro del marco de la renovación administrativa, con el objetivo de modernizar la estructura de la administración pública, otorgándole al Presidente de la República facultades extraordinarias para adelantar dicho programa. Con fundamento en esas facultades se suprimieron y fusionaron algunas entidades públicas del orden nacional. Previendo la reducción de plantas de personal que el*

*desarrollo de ello implicaría, la ley incluyó mecanismos de protección para aquellos trabajadores que por su especial condición pudiesen resultar perjudicados durante el proceso de reestructuración. La protección ofrecida por esa norma se concretó a favor de i) las madres cabeza de familia sin alternativa económica, ii) las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y iii) las personas próximas a pensionarse.”<sup>7</sup>*

Ahora bien, el Alto Tribunal Constitucional ha sostenido que la protección especial reforzada no es absoluta, puesto que los servidores que sean beneficiarios de ella pueden ser retirados del servicio cuando medie una justa causa siempre que garantice el debido proceso del funcionario. De igual manera afirmó la Corte que el retén social está relacionado con el programa de renovación de la administración pública. Al respecto afirmó:

*“(…) No obstante el fundamento constitucional del retén social, su concreción práctica no se aplica de forma irrestricta o ilimitada; la misma sigue los parámetros que, en ejercicio de su libertad de configuración, han sido dados por el legislador. En este sentido, y para los casos que ahora nos ocupan, se concluye que el retén social guarda una esencial relación con la aplicación del PRAP, en cuanto los servidores de entidades liquidadas en desarrollo del mismo deberán ser beneficiarios de dicha protección reforzada. (…)”<sup>8</sup>*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra en el *Sub Judice* que el demandante no era beneficiario del retén social de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en razón a que la Procuraduría General de la Nación es una entidad que no se ha visto sujeta a un proceso de reestructuración que haga necesario, en virtud de la sostenibilidad financiera, retirar del servicio a sus funcionarios. El acto administrativo demandado por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, fue proferido por el Procurador General de la Nación en uso de las facultades discrecionales otorgadas por el sistema normativo en aras de garantizar la debida prestación del servicio público.

Es de resaltar que la Procuraduría General de la Nación no hace parte de la Rama Ejecutiva en virtud de la separación de poderes que caracteriza un Estado de Derecho, por lo que sus funcionarios no pueden ser destinatarios del artículo 12

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T034 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: expedientes T-2336831 y T-2381911.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 897 de 2012. M.P. Dr. Alexei Julio Estrada. Referencia: expediente T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180, T-2814987.

del Decreto 709 de 2002, ya que este protege a los servidores de entidades públicas pertenecientes al Nivel Central que se encuentran dentro de un proceso de reestructuración en virtud del programa de renovación de la administración pública.

Por las razones expuestas, el cargo formulado por el actor mediante el cual afirmó que su nombramiento no podía ser declarado insubsistente por el Jefe del Ministerio Público al ostentar la calidad de pre-pensionado y ser beneficiario del retén social de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no está llamado a prosperar, máxime si se tiene en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión mensual vitalicia a través de la Resolución No. 02870 de 24 de mayo de 2012.

Es necesario recordar que la Corte Constitucional en la sentencia SU 897 de 2012, M.P. Dr. Alexei Julio Estrada, manifestó que el retén social se encontraba íntimamente relacionado con el programa de renovación de la administración pública al cual no se encuentra sujeto la Procuraduría General de la Nación.

Conclusión:

El accionante no era beneficiario del retén social de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, ya que la Procuraduría General de la Nación, donde él se desempeñaba como Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, no se encontraba en proceso de reestructuración ni hace parte de las entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, ya que es un ente autónomo que ejerce las funciones otorgadas por el ordenamiento jurídico de manera independiente en virtud de los mandatos del Estado de Derecho.

Igual suerte corre el cargo de desviación de poder por la omisión de motivar el Decreto 707 de 23 de marzo de 2011, por medio del cual el Procurador General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del demandante, por cuanto tal como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el nominador no debe motivar la decisión de retirar a un funcionario que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, calidad que ostentaba el demandante al prestar sus servicios en el Ministerio Público en virtud del artículo 182 del Decreto 262 de 2000, como Procurador 101 Judicial II Penal de Ibagué, Código 3PJ.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala confirmará el fallo apelado que negó las súplicas de la demanda incoada por el señor Jairo Hernando Gutiérrez García contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 18 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las súplicas de la demanda incoada por el señor Jairo Hernando Gutiérrez García contra la Nación – Procuraduría General de la Nación.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**