

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL DESPACHO COMISIONADA BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO Contrato N° 172 de 2016

Tema: Retiro Provisionales

Corporación	Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B
Identificación	25000-23-25-000-2010-00254-01(1847-12)
Fecha	20 de agosto de 2015
Accionante/Demandante	Jorge Juan Clavijo Bendeck
Accionado / Demandado	Procuraduría General de la Nación
Magistrado / Consejero Ponente	Dr. Gerardo Arenas Monsalve

HECHOS RELEVANTES:

El señor Jorge Juan Clavijo Bendeck, actuando mediante apoderado judicial, presentó ante esta jurisdicción acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad del Decreto No. 2026 de 9 de septiembre de 2009, por medio del cual el Procurador General de la Nación lo declaró insubsistente en su nombramiento de Procurador 32 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC1.

PROBLEMA JURÍDICO:

Consiste en determinar si el Decreto No. 2026 de 9 de septiembre de 2009, por medio del cual el Procurador General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del señor Jorge Juan Clavijo Bendeck en el cargo de Procurador 32 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC, se

¹ Fls. 5-27

encuentra viciado en su legalidad por incurrir en desviación de poder y no motivar el acto.

RATIO DECIDENDI:

Contrario a la excepción de motivación de los actos discrecionales, tal expresión es necesaria en los demás casos. Ya la jurisprudencia es pacífica en materia de provisionales, concretamente a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004, en donde la entidad debe expresar las razones para desvincularlo, toda vez que las funciones de dichos cargos no se encuentran dentro de las excepciones ya señaladas, pero la Sala no profundizará en esta ocasión sobre el tema porque no es atinente al caso concreto. No obstante sobre lo discernido y para enmarcar lo analizado, en reciente fallo la Corte Constitucional² concretó lo siguiente:

“En el caso de empleados de libre nombramiento y remoción, la discrecionalidad del nominador es más amplia, y su desvinculación se ha establecido como excepción al deber de motivación del acto administrativo. En efecto, como ha señalado esta Corte, “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 (...) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.” En tales términos, la normatividad y la jurisprudencia relativa a la función pública ha establecido que los empleados que desempeñan funciones de dirección o manejo de políticas, confianza o confidencialidad, manejo de recursos públicos o del tesoro (ley 909 de 2004, artículo 5º, literal c), seguridad personal, entre otras, corresponden a cargos de libre nombramiento y remoción, por lo que, para su desvinculación no se requiere motivación por parte del nominador. De manera que, la estabilidad laboral de estos empleados es precaria o restringida, debido a que la ley faculta a sus nominadores para removerlos con mayor libertad en razón a las especiales actividades que desarrollan, las que los pone en estrecha relación con su nominador. Se debe recordar que la

² T-716-13. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

discrecionalidad con que cuenta el nominador para la desvinculación de estos empleados no es absoluta, sino que sigue siendo relativa, porque de lo contrario se podría incurrir en un acto arbitrario que vulneraría los postulados del Estado de Derecho. Esto, pues si bien la ley faculta al nominador con una amplia liberalidad para remover al servidor, que en efecto es la más amplia dentro de la función pública, lo cierto es que esta decisión sigue sujeta al respeto de la Constitución y la ley que regula la actuación de la administración. Dicho de forma concisa, en el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, el nominador cuenta con una discrecionalidad más amplia para su desvinculación (que en todo caso sigue siendo relativa), la que conlleva a que la estabilidad de estos servidores en su empleo sea precaria.

...

En síntesis, en materia de función pública, la jurisprudencia ha delineado la existencia de varios tipos de estabilidad laboral: una (i) estabilidad laboral precaria, que corresponde a los casos de los empleados de libre nombramiento y remoción, en los que el nominador tiene una discrecionalidad más amplia debido a las especiales funciones que desarrollan estos servidores, recordando que en todo caso se está ante una discrecionalidad relativa que obliga al nominador a señalar a posteriori las razones del despido, y que se deben observar los casos en los que corresponde motivar el acto por tratarse de sujetos de especial protección constitucional; la (ii) estabilidad laboral intermedia, predicable del caso de los servidores públicos que ocupan en situación de provisionalidad los cargos de carrera administrativa, hasta que estos sean provistos, y en los que se ha señalado que el acto de desvinculación debe motivarse; y una (iii) estabilidad laboral propiamente dicha, en el caso de los empleados de carrera administrativa, debido a que su desvinculación no depende de la decisión del nominador, sino que está sujeta a la evaluación de su desempeño y al respecto y cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios. Consideración aparte, merece el (iv) fuero de estabilidad laboral reforzada, tipología constitucional de especiales condiciones, pues por su carácter *intuitu personae*, es decir en razón de la condición de la persona, protege al trabajador independientemente de su vínculo contractual."