

REGIMEN DE CARRERA – Empleados del departamento administrativo de seguridad / REGIMEN ESPECIAL – Detectives / REGIMEN ORDINARIO DE CARRERA – Objeto / RETIRO DEL SERVICIO – Empleados inscritos en el régimen especial de carrera

El régimen especial se aplica a todos los detectives de esa institución de seguridad, (artículo 46) y, el régimen ordinario, a funcionarios y empleados que no sean de libre nombramiento y remoción ni tengan el carácter de detectives, (artículo 4º). Conforme con el artículo 5º ibídem, el régimen ordinario de carrera tiene por objeto garantizar la eficiencia del servicio público en el D.A.S., el profesionalismo, la estabilidad y las posibilidades de ascenso de quienes acceden por este sistema, previa demostración de los requisitos para el desempeño de los cargos y aprobación de los cursos de capacitación o inducción establecidos en la ley. Ahora bien, el Estatuto de Carrera para el personal operativo del Departamento Administrativo de Seguridad - D.A.S., contempla el retiro para estos funcionarios y está preceptuado en el artículo 66. De acuerdo con él, el retiro de los empleados inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los casos previstos por las disposiciones precedentes de la misma norma y en el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2146 DE 1989 – ARTICULO 33

INSUBSISTENCIA DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Eventos en que procede / DISCRECIONALIDAD – No puede ser arbitraria / ACTO DE INSUBSISTENCIA – Debe ser motivado

En todo caso, la insubsistencia del nombramiento de los detectives sólo procede i) por haber tenido dos calificaciones deficientes de servicio dentro del mismo año y en lapso superior a un mes; y ii) cuando el Jefe del Departamento en ejercicio de la facultad discrecional considere conveniente para la entidad el retiro del funcionario. Bajo estos supuestos, la discrecionalidad con la que cuenta la administración no puede ser arbitraria, sino que se debe limitar a los fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que la fundamentan. Así las cosas, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se puede concluir, que es imperioso conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., en el acto mismo ó como mínimo en sede judicial, en atención a los criterios de proporcionalidad y adecuación de los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, como quiera que en materia de actos administrativos la regla general es la exigencia de la motivación como garantía de publicidad de la función administrativa. En otras palabras, la falta de motivación de la decisión de insubsistencia restringe el debido proceso y el derecho de contradicción del demandante en vía judicial, y si bien es cierto la atribución otorgada al Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., para retirar del servicio a los funcionarios descansa en motivos de conveniencia y seguridad dadas las especiales funciones asignadas por la Ley, también lo es que, al momento del estudio de un proceso judicial deben ser revelados, pues es una de las estrategias de defensa que tiene el afectado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo en procura del buen servicio.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los acto administrativos discrecionales en el régimen especial de los funcionario de DAS, ver sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda de 4 de agosto de 2010, Expediente 0516-07. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

POTESTAD DISCRECIONAL – Retiro del servicio / RETIRO DEL SERVICIO – Informe de inteligencia / INFORME DE INTELIGENCIA – Motivación del acto de insubsistencia / INSUBSISTENCIA – No reposa el informe de inteligencia / INFORME RESERVADO – Recomienda el retiro del servicio por motivos de inconveniencia / FALSA MOTIVACION – Informe de inteligencia / REINTEGRO – Procedente / SUPRESION DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Reintegro

Bajo el anterior marco, concluye la Sala que en el sub-lite, no existen argumentos que justifiquen el ejercicio de la potestad discrecional, pues no se explicaron las razones por las cuales se decidió retirar del servicio al actor. Por el contrario, en el expediente obran varias calificaciones satisfactorias y diversas felicitaciones, así como reconocimientos, en relación con el desempeño laboral del demandante. Inclusive, al plenario se allegó un documento, mediante el cual, el Coordinador Grupo Administración de Personal del D.A.S., se dirigió ante el Director General de Inteligencia. En torno a este aspecto, se precisa resaltar que la entidad accionada al descorrer el traslado para alegar de conclusión ante la primera instancia, refirió que el despido del accionante obedeció a un informe reservado que había recomendado su retiro por motivos de inconveniencia. Sin embargo, ello nunca constituyó un argumento de defensa al sustentar el escrito de contestación de la demanda, ni en el expediente obra el aludido informe u otro soporte que, de forma clara y expresa, indique el motivo concreto sobre el cual se edifica la mencionada inconveniencia, y mucho menos que sobre éste el afectado hubiere podido ejercer sus derechos de contradicción, audiencia y defensa. Ahora bien, advierte la Sala que mediante el Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011, “se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”. Dicha disposición, en su artículo 1º, previó que el proceso de supresión debería “concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”, es decir que al momento de proferirse esta sentencia la entidad continúa sujeta a dicho proceso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la existencia del informe de inteligencia ver sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda, 2 de mayo de 2010, Expediente 1984-09, M-P- Bertha Lucia Ramírez de Páez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12)

Actor: URIEL GÓMEZ GRISALES

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - D.A.S.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la Sentencia de 27 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda incoada por Uriel Gómez Grisales contra el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

LA DEMANDA

URIEL GÓMEZ GRISALES en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico declarar la nulidad del siguiente acto:

- Resolución No. 1307 de 7 de julio de 2005, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., que declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Atlántico.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Indemnizar *“al actor en resarcimiento por los perjuicios sufridos por el ilegal proceder de la entidad demandada desde el momento de la expedición del acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento. Y ordenar el reintegro del demandante en el cargo que venía ocupando u otro de igual categoría y pagar los sueldos, primas, prestaciones sociales y demás emolumentos que hayan podido producirse desde la fecha en que fue desvinculado del servicio hasta aquella en que sea efectivamente reintegrado a este (sic)”*.
- Pagar la condena en costas y agencias en derecho que se le impongan.
- Dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto por el artículo

176 del C.C.A. y reconocer los intereses establecidos en el artículo 177 del mismo estatuto, a partir de la ejecutoria de la providencia.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Uriel Gómez Grisales prestó sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., desempeñando los siguientes cargos:

- El 22 de marzo de 1996, se posesionó en el cargo de Alumno de Academia 326-03, Planta Global Administrativa asignada a la Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública, Curso 082, de Formación Básica para Detectives Agentes del D.A.S.
- Mediante Resolución No. 0362 de 20 de febrero de 1997, fue nombrado en período de prueba, por el término de un año, en el cargo de Detective Agente 208-06 (Urbana) de la Planta Global Área Operativa, Curso 082, de Formación de la Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública del D.A.S. Tomó posesión el 24 de febrero de 1997 y fue asignado en el mes de marzo a la Seccional Antioquia.
- A través de la Resolución No. 1126 del 27 de abril de 1998, fue trasladado de la Unidad Regional de Inteligencia con sede en Medellín a la Seccional Risaralda, *“desde la fecha para efectos del servicio”*.
- El 1 de febrero de 2001, se posesionó como Detective 208-06, de la Planta Global Área Operativa, Seccional Risaralda, nombrado con carácter de Incorporación, según Resolución No. 0085 de 17 de enero de 2001.
- Por Resolución No. 0355 de 20 de febrero de 2003, fue trasladado, *“a partir de la fecha para efectos del servicio de la Seccional Risaralda a la Seccional Córdoba”*.
- Por medio de la Resolución No. 0539 de 25 de marzo de 2003, emanada de la Subdirección del Talento Humano del D.A.S., Bogotá, se modificó la Resolución No. 0355 de 20 de febrero de 2003, en el sentido de indicar que *“el traslado era para la Seccional Atlántico”*.
- Con la Resolución No. 1576 de 23 de julio de 2004, fue promovido al cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, Seccional Atlántico. Tomó posesión el 26 de julio de 2004.
- En el mes de mayo de 2004, le fueron otorgadas las funciones de Asuntos disciplinarios, mientras la titular del cargo disfrutaba de sus vacaciones, por el período comprendido entre el 1 y el 30 de junio de 2004.
- A través de la Resolución No. 02761 de 17 de diciembre de 2004, se le establecieron las funciones de Coordinador y Supervisor del Grupo Operativo de la Seccional Atlántico, desde el 17 de diciembre de 2004 hasta el 27 de enero de 2005, mientras la titular del cargo se encontraba en vacaciones.
- A partir del 1 de marzo de 2005, le fueron asignadas las funciones de Jefe de la Coordinación de Inteligencia en el Área de Extranjería.
- *“Reemplazó al señor LUIS ACOSTA SASTRE en el cargo de Jefe de*

Protección DAS, Seccional Atlántico, mientras este disfrutaba de vacaciones”.

Durante el tiempo que el accionante estuvo vinculado al D.A.S., se desempeñó con disciplina y responsabilidad. *“Labor que fue exaltada por sus superiores quienes le delegaron y confiaron cargos de mucha responsabilidad y lo hicieron acreedor de excelentes calificaciones laborales y múltiples felicitaciones tal como se demuestra en su Hoja de Vida”.*

En consonancia con el Decreto No. 2146 de 1989, por el cual se expide el régimen de administración de personal de los empleados del D.A.S., el Director de dicho Departamento, mediante la Resolución No. 0430 de 13 de abril de 1999, inscribió al actor en el Régimen Especial de Carrera, *“en su calidad de Detective Agente 208-06”.*

Sin embargo, a través del acto acusado, se declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante en el cargo de Detective 208-07, *“sin adelantar proceso disciplinario alguno, desconociendo su vinculación a Carrera Administrativa”.*

A su turno, dicha decisión carece de motivación, desconociendo los precisos mandatos del artículo 35 del Decreto No. 2146 de 1989, según el cual *“El nombramiento de los empleados del Departamento sometidos a régimen ordinario o especial de carrera, se podrá declarar insubsistente, en forma motivada, por las causas y mediante el procedimiento señalado en las disposiciones especiales sobre la materia”.*

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 1° a 3°, 6°, 90 y 315 (sic).

El Decreto 2146 de 1989.

El Decreto 2147 de 1989.

El demandante consideró que las citadas disposiciones fueron quebrantadas por el acto enjuiciado, exponiendo los siguientes argumentos:

Desde el momento en que se promulgó la Constitución Política de 1991, es válido

afirmar que en la administración no existen decisiones absolutamente discrecionales, pues las mismas deben expresar los motivos que las fundamentan, en orden a efectivizar el principio de publicidad de los actos, así como su control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

A su turno, el Consejo de Estado ha expresado que el nominador debe indicar las razones de inconveniencia que ameritan el retiro de un empleado, so pena de incurrir en desviación de poder, falsa motivación y afectar el derecho de defensa. Además, en tales casos la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la entidad probar la ineficiencia del servidor público en el desempeño del cargo.

Además, en tratándose del personal adscrito al sistema de carrera administrativa, la motivación encuentra respaldo en lo siguiente: publicidad de la función administrativa; el Estado Social de Derecho fundado en el trabajo; deber de las autoridades de proteger a los ciudadanos; especial protección al trabajo; debido proceso; estabilidad en el empleo; separación de las Ramas del Poder; y, control jurisdiccional de los actos administrativos.

De este modo, la administración debe motivar sus actos, *“ya sea en el texto de su acto administrativo o dejando constancia en algún (sic) parte asequible al administrado y a la justicia, en este caso, en la hoja de vida del funcionario cuyo nombramiento es declarado insubsistente”*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, en los siguientes términos (fls. 515 a 522):

De conformidad con las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 43 de 1988, el Presidente de la República expidió los Decretos 2146 y 2147 de 1989, mediante los cuales se reglamentó el régimen de administración de personal y de carrea en el D.A.S.

De acuerdo con el artículo 4° del Decreto No. 2146 de 1989, los Detectives, en sus diferentes grados, pertenecen al Régimen Especial de Carrera.

Entre tanto, la declaratoria de insubsistencia constituye una causal válida de retiro del servicio, sin necesidad de motivar el acto que la disponga, pues ello obedece al ejercicio de la facultad discrecional. Igualmente, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-048 de 1997, avaló esta forma de desvinculación en consideración a la delicada función que ejerce el D.A.S., en consonancia con la necesidad de contar con un recurso humano que garantice flexibilidad y oportunidad para el buen desempeño y el cumplimiento de los fines encomendados.

En este orden de ideas, *“el Director del D.A.S., en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 66 literal b) del Decreto 2147 de 1989, tiene la atribución legal para declarar insubsistente el nombramiento de los funcionarios inscritos en carrera especial, sin que se requiera que el acto administrativo sea motivado, razón por la cual no es lógico, que la entidad demandada deba probar en el proceso los motivos que llevaron al nominador a separar del servicio a esta clase de funcionarios”*.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante Sentencia de 27 de julio de 2011, negó las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos (fl. 699 a 713)¹:

El Decreto No. 2147 de 1989 estableció un régimen especial de carrera para los empleados del D.A.S. Entre tanto, el actor fue inscrito en el escalafón ordinario de carrera, en el cargo de Detective 208-06.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 34 del Decreto No. 2146 de 1989, el nombramiento de los Detectives del D.A.S. puede ser declarado insubsistente en forma discrecional por razones del servicio, *“sin mediar motivación, ello cuando sea conveniente para el adecuado funcionamiento de la entidad”*. Esta tesis también ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De otro lado, en el expediente no obra ningún elemento de juicio, del cual se pueda inferir que el retiro del demandante se produjo por razones distintas al buen servicio; es decir, que el interesado no cumplió con la carga probatoria que le

¹ El Magistrado Luis Eduardo Cerra Jiménez presentó salvamento voto.

incumbía en orden a demostrar la desviación de poder que le endilga al acto demandado.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican (fls. 716 a 728):

El acto enjuiciado carece de motivación y en el transcurso del proceso la entidad accionada no demostró, ni siquiera en forma sumaria, las razones que dieron lugar al retiro del servicio del actor, situación que conculcó su derecho de defensa y se apartó del precedente trazado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010.

Además, de conformidad con el artículo 66 de Decreto 2147 de 1989, la declaratoria de insubsistencia sólo procede cuando concurren dos presupuestos (y no uno sólo), a saber *“que por las mismas calificaciones deficientes, se presente una inconveniencia para continuar con la prestación del servicio”*. Entre tanto, el demandante contaba con excelentes calificaciones, también felicitaciones y condecoraciones. Sin embargo, el proveído impugnado ni siquiera analizó la Hoja de Vida aportada al plenario, como tampoco los testimonios rendidos en dicha instancia.

Igualmente, en el expediente obra un informe que da fe de las irregularidades cometidas por el D.A.S. en relación con el despido masivo de funcionarios y la desviación de poder en el ejercicio de tal facultad, entre otras deficiencias presentadas al interior del Departamento.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto solicitando se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones (fls. 791 a 799, vto.):

El accionante se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera del D.A.S.

Entre tanto, el Consejo de Estado ha fijado una línea jurisprudencial, en el sentido de indicar que el nombramiento de los funcionarios adscritos a dicho sistema puede ser declarado insubsistente, en ejercicio de la facultad discrecional, pero mediante acto motivado, en orden a garantizar los principios de publicidad y defensa.

Así, las razones objetivas que dan lugar al retiro deben quedar consignadas *“en el acto de insubsistencia, o en la hoja de vida, que dicho sea de paso, tampoco se presentó en la presente controversia toda vez que el Magistrado Ponente de la primera instancia salvó su voto por tal dolencia; por último, tampoco fueron ventiladas las razones de insubsistencia en sede judicial lo cual era perfectamente válido”*.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, de declarar insubsistente el nombramiento del señor Uriel Gómez Grisales, en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Atlántico.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- La Jefe de la Oficina de Recursos Humanos del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., certificó (fl. 188):

“Que por Resolución No. 0430 del 13 de abril de 1999, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, inscribió en el Régimen Especial de Carrera a:

<i>APELLIDOS Y NOMBRES</i>	<i>CÉDULA</i>	<i>CARGO Y GRADO</i>
<i>GÓMEZ GRISALES URIEL</i>	<i>10.004.622</i>	<i>DTVE. AGENTE</i>
<i>(...).</i>	<i>PEREIRA</i>	<i>208-06</i>

- El 7 de julio de 2005, mediante la Resolución No. 1307, el Director del D.A.S., en uso de las facultades otorgadas por los artículos 66, literal b), del Decreto 2147 de 1989; 34, literal b), del Decreto 2146 de 1989; y, 1° del Decreto 1679 de 1991, resolvió (fl. 94):

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar insubsistente a partir de la fecha, el nombramiento de URIEL GÓMEZ GRISALES, identificado con C.C. No. 10.004.622 de Pereira, del cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Atlántico.”.

- El Coordinador Grupo Administración de Personal del D.A.S. hizo constar (fl. 396):

“Que el señor URIEL GÓMEZ GRISALES identificado con cédula de ciudadanía No. 10.004.622 de Pereira (Risaralda), prestó sus servicios en esta institución por un tiempo de NUEVE (09) AÑOS, TRES (03) MESES Y DIECIOCHO (18) DÍAS, comprendido entre el 21 de MARZO de 1996 al 08 de JULIO de 2005.

*Que se retiró del servicio por INSUBSISTENCIA del cargo de DETECTIVE 208-07 asignado a la SECCIONAL ATLÁNTICO a partir del 09 de JULIO DE 2005 mediante RESOLUCIÓN No. 1307 del 07 de JULIO de 2005 y revisadas su hoja de vida y Tarjeta Biográfica le figuran diecinueve (19) días de licencia sin remuneración.
(...).”.*

La Sala abordará el tema sometido a consideración, a partir de los siguientes tópicos: (i) Del régimen de carrera de los empleados del D.A.S.; (ii) De los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S.; y, (iii) Del caso concreto.

i) Del régimen de carrera de los empleados del D.A.S.

De conformidad con el Decreto 2147 de 19 de septiembre de 1989, “por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S”, la carrera de los empleados del D.A.S., puede ser de (i) régimen especial o (ii) régimen ordinario.

El régimen especial se aplica a todos los detectives de esa institución de seguridad, (artículo 46) y, el régimen ordinario, a funcionarios y empleados que no sean de libre nombramiento y remoción ni tengan el carácter de detectives, (artículo 4°).

Conforme con el artículo 5° ibídem, el régimen ordinario de carrera tiene por

objeto garantizar la eficiencia del servicio público en el D.A.S., el profesionalismo, la estabilidad y las posibilidades de ascenso de quienes acceden por este sistema, previa demostración de los requisitos para el desempeño de los cargos y aprobación de los cursos de capacitación o inducción establecidos en la ley.

Ahora bien, el Estatuto de Carrera para el personal operativo del Departamento Administrativo de Seguridad - D.A.S., contempla el retiro para estos funcionarios y está preceptuado en el artículo 66. De acuerdo con él, el retiro de los empleados inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los casos previstos por las disposiciones precedentes de la misma norma y en el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989.

En todo caso, la insubsistencia del nombramiento de los detectives sólo procede i) por haber tenido dos calificaciones deficientes de servicio dentro del mismo año y en lapso superior a un mes; y ii) cuando el Jefe del Departamento en ejercicio de la facultad discrecional considere conveniente para la entidad el retiro del funcionario. En efecto, la norma en comento estipula:

“El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los casos previstos por disposiciones precedentes de este decreto y por lo dispuesto en el artículo 33 del decreto 2146 de 1989. Sin embargo, la insubsistencia del nombramiento de los detectives solamente procede por las siguientes razones:

a) Haber tenido dentro del mismo año y en lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicio y

*b) Cuando el jefe del Departamento, **en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario**”.* (Resalta la Sala).

Ahora bien, la Resolución No. 1307 de 7 de julio de 2005, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Atlántico, se expidió en uso de las facultades otorgadas por los artículos 66, literal b), del Decreto 2147 de 1989; 34, literal b), del Decreto 2146 de 1989; y, 1° del Decreto 1679 de 1991.

El demandante alegó que el *A quo* amparó la presunción de legalidad del acto acusado, por ser proferido con fundamento en razones de conveniencia de la entidad; sin embargo, refiere que la administración omitió cumplir con la obligación de exponer las consideraciones o los motivos de dicha conveniencia.

A su turno, el Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., expresó que el legislador consagró la excepción al régimen de carrera administrativa en razón a la trascendental función desempeñada por esta institución de velar por la seguridad del Estado y manejar informaciones secretas cuya eventual revelación afectaría la seguridad Estatal y, consecuentemente, generaría graves perjuicios en detrimento de la integridad del régimen constitucional y legal.

Es decir, el legislador otorgó a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones ó el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines Estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas. Sin embargo, es importante diferenciar la discrecionalidad de la arbitrariedad conforme al artículo 36² del Código Contencioso administrativo.

Bajo estos supuestos, la discrecionalidad con la que cuenta la administración no puede ser arbitraria, sino que se debe limitar a los fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que la fundamentan.

ii) De los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S.

Al respecto, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito³, realizó un análisis sobre la necesidad de conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S., ya sea en el acto mismo, en la hoja de vida del interesado, en los archivos de la entidad, ó, en su defecto, en sede judicial, para lo cual efectuó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes normativos y jurisprudenciales, arribando a las siguientes conclusiones:

“Bajo estos supuestos, en los eventos en que la administración fundaba su facultad discrecional sin motivar los actos, (artículo 34 Decreto 2146 de 1989), ya no hace parte del ordenamiento jurídico, salvo el inciso primero de esta disposición que según la interpretación de la Corte solo es aplicable a los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

² En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda; Radicado Interno No. 0516-2007; Actor: Luis Fernando Wbaldo.

Ahora bien, en un asunto de contornos similares al que en esta oportunidad ocupa a la Sala, la Corte Constitucional a través de la providencia T-064 -07⁴ precisó que si bien existe la facultad discrecional de declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario, cuando éste se encuentra inscrito en régimen especial de carrera, lo cierto es que, no existe ninguna norma que establezca que dicha decisión no deba ser motivada, razón por la cual, siendo el principio general la motivación de los actos administrativos, es forzoso precisar que los actos que se expidan en ejercicio de ésta facultad deben expresar, siquiera de manera sumaria, los motivos por los cuáles la autoridad administrativa ha adoptado la decisión.

(...)

Vale decir, que continuar afirmando que la potestad que concede el literal b, del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 al Jefe del D.A.S para separar del servicio a los funcionarios que detentan la calidad de detectives, no requiere conocer su motivación; impide establecer si tal decisión fue proferida conforme a los parámetros establecidos en el artículo 36 del C.C.A, y la disposición en comento.

Así las cosas, en contra de lo que afirma la entidad demandada, no existe ninguna disposición que establezca que los actos administrativos que han sido proferidos en ejercicio de la facultad discrecional de que trata el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, no deban ser motivados.

En este orden de ideas, tenemos que en materia de actos administrativos la regla general es la exigencia de la motivación como garantía de publicidad de la función administrativa y atendiendo a que las excepciones a esa regla son de carácter taxativo, no existe razón suficiente para no motivar los actos a través de los cuales el Director del D.A.S declara la insubsistencia del nombramiento de un cargo de régimen especial de carrera en ejercicio de la facultad discrecional.

Sin embargo, la Sala recalca que la exigencia de la motivación del acto en nada pugna con la facultad discrecional que está en cabeza del Director del D.A.S al momento de la declaración de la insubsistencia, siempre y cuando exponga las razones o motivos que lo llevaron a la declaratoria de insubsistencia.

En consecuencia, es imperativo conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S, en el acto administrativo o como mínimo en sede judicial, de ahí la obligación de indicarle, y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, conforme a lo expuesto anteriormente.

Como quiera que bajo estas consideraciones la entidad demandada se encontraba obligada a motivar el acto o a dar a conocer en sede judicial los motivos de la decisión adoptada, en este caso se comporta una vulneración de las garantías mínimas, ya que las razones para la desvinculación se mantuvieron en reserva, lo cual impide establecer si éstas se ajustan a los parámetros establecidos en el artículo 36 del C.C.A, y a los criterios de proporcionalidad y adecuación a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional.

Finalmente, resalta la Sala la importancia de exigir que se motive el acto de insubsistencia como garantía de estabilidad al sistema de carrera de los detectives del D.A.S que a pesar de ser especial, deberá gozar de este mismo beneficio, y no caer en el extremo de darle un trato igualitario con los empleados de libre nombramiento y remoción, en atención a un juicio en equidad”.

Así las cosas, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se puede concluir, que es imperioso conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., en el acto mismo ó como mínimo en sede judicial, en atención a los criterios de proporcionalidad y

⁴ Corte Constitucional. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. T-064-07. Accionante: Carlos Andrés Moreno Roa.

adecuación de los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, como quiera que en materia de actos administrativos la regla general es la exigencia de la motivación como garantía de publicidad de la función administrativa.

En otras palabras, la falta de motivación de la decisión de insubsistencia restringe el debido proceso y el derecho de contradicción del demandante en vía judicial, y si bien es cierto la atribución otorgada al Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., para retirar del servicio a los funcionarios descansa en motivos de conveniencia y seguridad dadas las especiales funciones asignadas por la Ley, también lo es que, al momento del estudio de un proceso judicial deben ser revelados, pues es una de las estrategias de defensa que tiene el afectado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo en procura del buen servicio.

iii) Del caso concreto.

Bajo el anterior marco, concluye la Sala que en el *sub-lite*, no existen argumentos que justifiquen el ejercicio de la potestad discrecional, pues no se explicaron las razones por las cuales se decidió retirar del servicio al actor.

Por el contrario, en el expediente obran varias calificaciones satisfactorias y diversas felicitaciones, así como reconocimientos, en relación con el desempeño laboral del demandante⁵. Inclusive, al plenario se allegó un documento, mediante el cual, el Coordinador Grupo Administración de Personal del D.A.S., se dirigió ante el Director General de Inteligencia en los siguientes términos (fl. 415):

“Con el fin de atender Derecho de Petición, relacionado con el exfuncionario URIEL GÓMEZ GRISALES identificado con cédula de ciudadanía No. 10.004.622 de Pereira, comedidamente le solicitamos ordene a quien corresponda expedir certificación de si existen informes de inteligencia, internos o externos en contra del citado.

Lo anterior debido a que en su hoja de vida no figura documento alguno relacionado con dicha solicitud.”

En torno a este aspecto, se precisa resaltar que la entidad accionada al descorrer el traslado para alegar de conclusión ante la primera instancia, refirió que el despido del accionante obedeció a un informe reservado que había recomendado su retiro por motivos de inconveniencia. Sin embargo, ello nunca constituyó un

⁵ Folios 167 a 246, 285, 301 a 317, 319 a 321, 324, 327 a 337, 457, 466 a 492.

argumento de defensa al sustentar el escrito de contestación de la demanda, ni en el expediente obra el aludido informe u otro soporte que, de forma clara y expresa, indique el motivo concreto sobre el cual se edifica la mencionada inconveniencia, y mucho menos que sobre éste el afectado hubiere podido ejercer sus derechos de contradicción, audiencia y defensa.

En efecto, en casos con contornos similares al presente, es decir, cuando se enrostra la existencia de un informe de inteligencia, esta Subsección ha arribado a las siguientes conclusiones⁶:

“En aplicación de la Tesis actual de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se exige que las razones para la declaratoria de insubsistencia deban estar contenidas en la hoja de vida del empleado, en los archivos de la Entidad o en la defensa en sede judicial.

Observa la Sala que el acto acusado fue inmotivado, y si bien es cierto figura una multa impuesta por Resolución No. 002 de octubre 22 de 1999, luego de un proceso disciplinario por no presentarse al servicio de guardia, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS no orientó su defensa a indicar que ésta fue la justificación para la decisión discrecional, sin que pueda ser estudiado el argumento por esta instancia.

Tampoco fueron aportados archivos confidenciales o de inteligencia que adviertan conductas graves e irregulares que atentaran contra la seguridad del Estado y que hubieran sido puestas de presente por parte de la Dirección de Inteligencia a la Comisión de Personal para recomendar la decisión discrecional. Del mismo modo, el D.A.S. no advirtió al momento de la contestación de la demandada los motivos por los cuales resolvió retirar al demandante, sino que simplemente se allanó a explicar la Constitucionalidad de la norma que otorgó la facultad al Director de la entidad y que la Comisión de Personal dispuso recomendar la insubsistencia teniendo en cuenta un Informe que se le presentó de manera verbal.

*Para el Departamento Administrativo de Seguridad DAS las razones que llevaron a tomar la decisión del retiro del demandante están contenidas en el Acta No. 011 de 20 de diciembre de 1999, a través de la cual la Comisión de Personal recomendó el retiro discrecional, empero, la Sala observa que tal documental tan solo tuvo en cuenta un informe verbal presentado por el Director de Inteligencia siendo aprobada por unanimidad la recomendación para la insubsistencia del cargo, **sin que obre materialmente una prueba que de certeza sobre las razones que motivaron la decisión o al menos una defensa dentro del sub-lite que así lo indique.***

*La falta de motivación de la decisión de insubsistencia restringe el Debido Proceso y el derecho de Contradicción del demandante dentro del proceso judicial, y si bien es cierto la atribución dada al Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS para retirar del servicio a los funcionarios descansa en motivos de conveniencia y seguridad dadas las especiales funciones asignadas por la Ley, también lo es, **que al momento del estudio de un proceso judicial deben ser***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 2 de mayo de 2011, Radicación No. 25000-23-25-000-2000-03140-02 (1984-2009), Actor: José Bernardo Casas Piraquive.

revelados pues es una de las estrategias de defensa que tiene el afectado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo en procura del buen servicio.” (Resalta la Sala).

Siguiendo la misma línea argumentativa, y en contraste con lo afirmado por la entidad demandada, en el expediente obran varios testimonios que dan fe de las calidades personales y profesionales del accionante, así como de su eficiente prestación del servicio.

En efecto, el señor Edwin de Jesús Silverio Coronado, rindió testimonio, expresando (fls. 634 a 635):

“PREGUNTADO. Indíquenos por favor, cuanto tiempo laboró el señor Gómez Grisales en su Compañía (sic) y que comentario le merece el desempeño de sus funciones por parte de dicho señor. RESPONDIO. Tiempo exacto, no lo puedo determinar, pero algo así como tres años aproximadamente trabajamos en la misma oficina, posteriormente fui encargado de la coordinación de inteligencia del DAS seccional Atlántico, el concepto mío hacia el, es una persona excelente trabajador, dedicado, preocupado por sacar las cosas adelante, y siempre daba soluciones a los problemas que tocaba realizar, siempre daba su concepto, dedicado a su estudio, estaba estudiando derecho en ese tiempo, y por todas esas cualidades en todos los sentidos el director seccional de esa época lo colocó en la oficina jurídica y posteriormente en la oficina de extranjería, dadas su condiciones de líder y sentido de pertenencia. Excelente funcionario. (...).”

Por su parte, el señor Ignacio Arias, manifestó (fls. 23 a 27, c.1):

“(...) con respecto al tema de la desvinculación del señor Uriel Gómez, yo trabaje en el Das, por espacio de 11 años y en el año 1998 fui trasladado a la seccional Risaralda, donde me conocí con el señor Uriel Gómez, iniciamos una amistad y fuimos compañeros de trabajo varios años; durante la época que trabajamos pertenecemos al grupo de inteligencia, donde la labor fundamental es la investigación de los temas de narcotráfico y para estas labores estábamos apoyados por organismos secretos de Estados Unidos y por FBI, todo esto con autorización del director nacional del DAS para la época coronel Jaramillo y el director de la seccional del DAS Risaralda, capitán en retiro Jhon Jairo Lizarazo; para el año 2003 se presentaron cambios en las directivas del DAS, tanto a nivel central, como a nivel de Risaralda, posesionándose el señor Jorge Noguera Cote a nivel Nacional y para la seccional Risaralda fue nombrado el señor Hugo Daney Ortiz, venía de ser director de la seccional Boyacá por espacio de unos tres meses aproximadamente, al llegar a esta seccional, se escucharon comentarios respecto al traslado del señor Hugo Daney, que obedeció por algunos vínculos con grupos al margen de la ley de ese departamento; el señor Hugo Daney aparentemente era uno de los hombres de confianza del doctor Noguera, cuando el llegó aquí a la seccional Risaralda empezó por revisar el trabajo de cada uno de los detectives adscritos a esta seccional, encontrando el trabajo que hacíamos el señor Gómez y yo en contra del narcotráfico para esta región, inmediatamente optó por quitarnos todas las investigaciones que estábamos adelantando sobre ese tema, trasladándonos de grupo de inteligencia para policía judicial, donde llegamos a prestar guardia a las instalaciones del DAS Pereira, días después el señor Hugo Daney solicitó al doctor Noguera el traslado del señor Uriel Gómez Grisales y el mío propio, aduciendo que llevábamos mucho tiempo en la sucursal (...). Teniendo en cuenta nuestras labores de inteligencia del ramo da (sic)

narcotráfico en la región la solicitud de traslado realizada por el señor Ortiz fue acatada por señor Noguera, trasladándonos al señor Gómez a la seccional Atlántico y a mi para el DAS Bogotá, logrando así desarticular el grupo de inteligencia que había puesto al DAS Risaralda en los primeros lugares de nivel nacional, por los constantes operativos tanto de Risaralda como del norte del Valle, una vez cumplimos nuestros traslados nos esmeramos en cumplir con nuestro trabajo y prueba de ello es que meses después de haber trasladado a Bogotá (sic) fui ascendido a detective profesional grado 9, en reconocimiento a los logros obtenidos. El señor Gómez quien fue trasladado a la seccional del Atlántico, gracias a su trabajo fue nombrado como jefe operativo de la seccional (...).”

En este orden de ideas, el acto acusado se encuentra viciado de nulidad y, por lo tanto, el proveído impugnado será revocado y, en su lugar, se accederá a las súplicas de la demanda.

Ahora bien, advierte la Sala que mediante el Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011⁷, *“se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”*. Dicha disposición, en su artículo 1º, previó que el proceso de supresión debería *“concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto”*, es decir que al momento de proferirse esta sentencia la entidad continúa sujeta a dicho proceso.

Igualmente, el artículo 2º de la norma en referencia, estableció:

“ARTÍCULO 6o. SUPRESIÓN DE EMPLEOS Y PROCESO DE INCORPORACIÓN. El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 1444 de 2011. Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto. Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad. Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002. Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley 790 de 2002 se aplicarán a

⁷ Modificado por el Decreto 4971 de 30 de diciembre de 2011.

los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). (...).”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ordenará a la entidad demandada reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía o disponer la incorporación a que haya lugar y, asimismo, a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro o la incorporación respectiva, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social, para lo cual la entidad demandada deberá acatar lo dispuesto por los Decretos 4057 y 4971 de 2011 y demás disposiciones concordantes y reglamentarias.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Finalmente, no hay lugar a acceder a la pretensión del demandante relativa a la condena en costas, toda vez que la entidad accionada no observó una conducta temeraria ni negligente en el transcurso del proceso, como tampoco desleal con la parte accionante, que pudiera ameritar la imposición de las mismas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo⁸.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, Expediente No 10.775, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Ver también la sentencia de 3 de noviembre de 2005, proferida por esta Subsección, con ponencia del

Así las cosas, las razones que anteceden son suficientes para que la Sala proceda a revocar el fallo apelado y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los parámetros anteriormente fijados en orden a hacer efectivo el restablecimiento del derecho.

DECISIÓN

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

REVÓCASE la Sentencia de 27 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda incoada por Uriel Gómez Grisales contra el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. En su lugar se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 1307 de 7 de julio de 2005, por medio de la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S. declaró insubsistente el nombramiento del actor, en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Atlántico.

CONDÉNESE, a título de restablecimiento del derecho, al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. en proceso de Supresión, a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía o disponer la incorporación a que haya lugar y, asimismo, a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro o la incorporación respectiva, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social, para lo cual la entidad demandada deberá acatar lo dispuesto por los Decretos 4057 y 4971 de 2011 y demás disposiciones concordantes y reglamentarias.

Lo anterior de conformidad con lo expuesto en el acápite de las consideraciones de esta sentencia.

Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00088-01(2797-03), Actora: Mariluz Cardona Botero.

Las sumas que resulten a favor del demandante se actualizarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte motiva.

No hay lugar al descuento de suma alguna por el desempeño de otro cargo, durante el tiempo en que el actor estuvo desvinculado del servicio.

DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Uriel Gómez Grisales.

Dese cumplimiento al fallo en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

NIÉGANSE, las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado 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
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA