

INSUBSISTENCIA DE DETECTIVES DEL REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DEL DAS - Causales / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE DETECTIVE DEL DAS POR MOTIVOS DE CONVENIENCIA - No requiere motivación

Según el artículo 66 del Decreto 2146 de 1989, los funcionarios que ostentan la calidad de detectives, situación del demandante, vinculados al régimen especial de carrera, pueden ser desvinculados por dos maneras, a saber: (i) La primera contenida en el literal a) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 presupone el ejercicio de una facultad reglada, es decir, exige la concurrencia de dos calificaciones deficientes del servicio en un mismo año, como supuesto para la desvinculación del funcionario, las cuales deben contener motivación expresa del acto por el cual se declara la insubsistencia.(ii) En la segunda modalidad el Director del Departamento Administrativo, en desarrollo de facultades discrecionales fundadas en motivos de conveniencia para la institución, puede separar del servicio a los funcionarios que ostentan la calidad de detectives, en sus distintos rangos. Este último evento, por tratarse de una atribución discrecional, no exige que el nominador motive el acto por el cual se declara la insubsistencia. Esta posición no ha sufrido modificaciones, es decir la ausencia de motivación expresa en la decisión fundada en razones de conveniencia institucional, per se no enerva la presunción de legalidad del acto de remoción atacado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2146 DE 1999 - ARTICULO 33 / DECRETO 2146 DE 1999 - ARTICULO 66

FACULTAD DISCRECIONAL - Límites. Principio de congruencia. Principio de coherencia. Principio de razonabilidad / INSUBSISTENCIA DE DETECTIVE DE REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DEL DAS POR MOTIVOS DE CONVENIENCIA - Prueba . Desviación de poder

Y si bien es cierto, que tal potestad no es omnímoda, en forma tal que pueda llegar a convertirse en arbitrariedad, dicha facultad está amparada legalmente cuando se trata de una atribución cuya conveniencia y oportunidad, está enmarcada dentro de la racionalidad de la medida, en ese sentido. En el mismo sentido la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales, de acuerdo con las cuales el examen judicial de las facultades discrecionales reclama, entre otros aspectos, la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que la misma haya hecho respecto de dicha situación en otros momentos, se rompe la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad :“(...) arbitrario, y por tanto constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión(...)”La conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador”. Así las cosas, parece claro y además razonable, que se demande a la Administración, desde la perspectiva del control judicial, que el legítimo ejercicio de sus facultades discrecionales no se lleve de calle principios elementales de congruencia y coherencia, no sólo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que, además, el ejercicio de la discrecionalidad se corresponda con una evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia. Ahora bien, la facultad discrecional debe ceñirse a unas razones objetivas de conveniencia, las cuales pueden estar presentes, tanto (i) en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, (ii) en

los archivos de la entidad o (iii) llegado el caso en sede judicial, al indicárselas al juez en la etapa pertinente en el curso del proceso. Por lo que resulta, la obligación de explicarle y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de inconveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, en virtud de la defensa del principio de legalidad. Observa la Sala del material probatorio que la administración no actuó en procura del buen servicio, al momento de retirar al demandante, pues un funcionario de las calidades anotadas, su larga trayectoria profesional y su formación específica, lo hacen acreedor de una preparación especial para la prestación del servicio y en pro de la institución, por lo cual, no es de recibo que por motivos de conveniencia institucional sea retirado del servicio, sin mediar ni la más leve razón de inconveniencia, en la hoja de vida del actor, o en los archivos de la entidad. Asimismo, en el transcurso del presente proceso no obra prueba siquiera indiciaria que demuestre que el actor hubiera estado incurso en alguna conducta que hiciera inconveniente su permanencia en la Institución. Bajo estos supuestos, la facultad discrecional de libre remoción, se queda sin ninguna defensa, pues si en principio el nombramiento de los detectives del DAS, inscritos en el régimen especial de carrera, pueden ser declarados insubsistentes en ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, tal decisión debe estar proyectada al buen servicio público, de lo contrario, se rompe el marco de razonabilidad y proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa y se estructura el desvío de poder.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2147 DE 1989 - ARTICULO 66 LITERAL B

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03928-01(2054-08)

Actor: JESUS ALFONSO JARAMILLO LONDOÑO

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de mayo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Primera de Decisión, que negó las pretensiones de la demanda

incoada por JESÚS ALFONSO JARAMILLO LONDOÑO, contra la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

LA DEMANDA

JESÚS ALFONSO JARAMILLO LONDOÑO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia declarar la nulidad del siguiente acto administrativo (Fls. 140 a 171):

- La Resolución No. 0970 de 21 de mayo de 2002, por medio de la cual el Director General del Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S) declaró insubsistente el nombramiento del actor, en el cargo de Detective Profesional 207-09, Grado 06, de la Planta Global Operativa, de la Seccional de Antioquia.

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

- Reintegrarlo al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría.
- Pagarle los salarios, primas, cesantías y todas las demás prestaciones que la entidad cancela a sus funcionarios, al igual que el pago de aportes desde la fecha en que se hizo efectiva su desvinculación, 23 de mayo de 2002, y hasta que se produzca su efectivo reintegro.
- Ajustar el valor de la condena conforme al índice de precios del consumidor y de acuerdo a la formula jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado.
- Pagar los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, de acuerdo a la sentencia C-188 de 1999.

- Declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde su vinculación hasta el reintegro, para todos los efectos legales y prestacionales.

- Pagar las costas del proceso.

- Dar cumplimiento a la sentencia con aplicación de lo previsto en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Ingresó al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S) como Detective (Urbano-Alumno) 4115-03, Código 0042, mediante Resolución No. 2162 de 6 de noviembre de 1981 proferida por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, posteriormente fue ascendido en diferentes cargos, hasta alcanzar el grado de Detective Profesional 207-09 a través de la Resolución No. 0216 de 26 de febrero de 1999.

El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, inscribió al actor en el régimen especial de carrera del D.A.S mediante la Resolución No. 2134 de 5 julio de 1990.

Mediante Resolución No. 970 del 21 de mayo de 2002, el Director General del Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S) declaró insubsistente el nombramiento del actor, en el cargo de Detective Profesional 207-09 de la Planta Global Operativa, de la Seccional de Antioquia.

El 22 de mayo de 2002 el Director de la Seccional de Antioquia del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, le comunicó la decisión de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

Ignora los motivos que llevaron al Director del Departamento Administrativo de Seguridad para separarlo del cargo mediante la declaratoria de insubsistencia, puesto que, su conducta fue excelente, y nunca se le inició proceso disciplinario que ameritara su desvinculación.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- De la Constitución Política, artículo 29.
- Del Código Contencioso Administrativo, artículo 36.
- Del Decreto 2146 de 1989, artículos 1º y 35.
- Del Decreto 2400 de 1968, artículos 26 y 61.

Conforme a los decretos mencionados anteriormente la administración debe motivar sus actos, ya sea en éste o dejando constancia en alguna parte accesible al administrado y a la justicia, para este caso en la hoja de vida del funcionario cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente.

El cargo que ocupaba el actor era de carrera y se encontraba inscrito en la misma, por lo tanto, no se hallaba dentro de la excepción que trae el inciso primero del artículo 125 de la C.P, esto es, su nombramiento no era de elección popular y menos de libre remoción.

El retiro de los empleados o funcionarios estatales solo procede por calificación insatisfactoria o por violación del régimen disciplinario, situaciones que no fueron configuradas en el presente caso.

Por lo tanto, el acto acusado se encuentra viciado de falsa motivación, y desviación de poder.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Primera de Decisión, mediante sentencia de 29 de mayo de 2008, negó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 372 -385):

Cuando el legislador otorga al nominador la facultad de remover discrecionalmente a un funcionario, por lo general no requiere de la motivación de la decisión, ya que ella se presume en aras del buen servicio, por lo tanto, el acto administrativo no debía motivarse conforme al ordenamiento jurídico que lo regula, pues no señala la obligación de fundamentar el acto.

No existe falsa motivación ya que los supuestos de hecho que llevaron a la entidad a tomar la decisión, no era obligación legal expresarlos y en cuanto al supuesto de derecho fue claro que se hizo conforme a la atribución otorgada en el literal b del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989.

De acuerdo a la presunción de legalidad de los actos administrativos, éste fue emitido con el lleno de todos los requisitos, formalidades y finalidades establecidas en la ley, no obstante en el proceso no hay medios de prueba que conduzcan a predicar que la finalidad que persiguió la administración no estuvo inspirada en razones del buen servicio.

EL RECURSO

El demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del A quo, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican: (Fls. 457 a 479):

Estaba inscrito en el régimen especial de carrera, por lo cual había adquirido a partir de ese momento todos los beneficios y la relativa estabilidad del cargo, mientras no incurriera en alguna causal disciplinaria o penal que condujera a su desvinculación. Circunstancias que no sucedieron en el presente caso y que son imposibles probar, por no haberse agotado el correspondiente proceso disciplinario para que concluyera con la destitución en el ejercicio de la función pública.

El nominador al expedir el acto acusado no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2146 de 1989, el cual señala que para los empleados del Departamento sometidos al régimen de carrera al declarar la insubsistencia debe ser en forma motivada, conforme a las causales y procedimiento señalado en las disposiciones especiales de la materia.

La profesión de detectives es altamente especializada, apunto de que solamente en las Escuelas de formación y academias del Estado se puede lograr una formación en esta materia, con la experiencia calificada que tenía el actor, por lo

que no es fácil mejorar el servicio, máxime cuando la prestación de su servicio era excelente como se demostró dentro del expediente.

El a quo no tuvo en cuenta el precedente judicial sobre el tema en discusión, a pesar de haberse allegado las correspondientes sentencias antes de proferir la decisión de fondo, por lo cual, incurrió en vía de hecho.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si la Resolución No. 0970 del 21 de mayo de 2002, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Detective Profesional, Código 207-09, Grado 06, de la Planta Global, Área Operativa, del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., Seccional Antioquia se ajustó a la legalidad.

Se acusa el acto de insubsistencia del nombramiento por considerar que la accionada incurrió en las causales de anulación conocidas como violación de la ley, desvío de poder y falsa motivación, pues en su sentir, fue expedido por razones distintas al buen servicio y sin la debida motivación.

El a quo consideró que el acto administrativo atacado no debía motivarse, pues la regulación pertinente no señala la obligación de fundamentar el acto.

Por su parte, el demandado alegó que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, en su calidad de nominador al expedir el acto acusado lo hizo conforme a lo preceptuado en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, teniendo en cuenta la facultad discrecional que la ley le otorga, para retirar a un funcionario en conveniencia de la institución, acotando que la insubsistencia es una forma de terminar una relación jurídico laboral entre el Estado y el funcionario, por lo que, no existe violación alguna del ordenamiento jurídico.

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

- El demandante prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., por espacio de veinte (20) años, cinco (5) meses y veintiún (21) días, comprendidos entre el 2 de diciembre de 1981 y el 22 de mayo de 2002, conforme lo certifica el Coordinador Grupo Administración de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S. (Fl. 299).
- El demandante se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera administrativa del Departamento Administrativo, mediante Resolución No. 2134 de 5 de julio de 1990 (Fl. 9).
- Su retiro se produjo por insubsistencia del nombramiento en el cargo de Detective Profesional, Código 207-09, de la Planta Global, Área Operativa, de la Seccional Antioquia, a partir del 21 de mayo de 2002, mediante Resolución No. 0970 de 21 de mayo de 2002. (Fl. 8).

EL RÉGIMEN DE CARRERA DE LOS EMPLEADOS DEL DAS.

Según lo previsto en el Decreto 2147 de septiembre 19 de 1989, “por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S” los empleados del D.A.S, se clasifican en (i) régimen especial y (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 4º.

Conforme con el artículo 5º ibídem, el régimen ordinario de carrera tiene por objeto garantizar la eficiencia del servicio público en el DAS, 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, el Estatuto de Carrera para el personal operativo del 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.

La norma en comento es del siguiente tenor literal:

“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”.

Según la norma transcrita los funcionarios que ostentan la calidad de detectives, situación del demandante, vinculados al régimen especial de carrera, pueden ser desvinculados por dos maneras, a saber:

(i) La primera contenida en el literal a) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 presupone el ejercicio de una facultad reglada, es decir, exige la concurrencia de dos calificaciones deficientes del servicio en un mismo año, como supuesto para la desvinculación del funcionario, las cuales deben contener motivación expresa del acto por el cual se declara la insubsistencia.

(ii) En la segunda modalidad el Director del Departamento Administrativo, en desarrollo de facultades discrecionales fundadas en motivos de conveniencia para

la institución, puede separar del servicio a los funcionarios que ostentan la calidad de detectives, en sus distintos rangos.

Este último evento, por tratarse de una atribución discrecional, no exige que el nominador motive el acto por el cual se declara la insubsistencia, tal como fue precisado por esta Subsección¹:

“Así las cosas, al producirse el acto de insubsistencia invocando las facultades que le confiere el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad no está obligado a motivar el acto, es decir a expresar las razones de conveniencia ni es necesario adelantar ningún trámite para el retiro de los detectives, porque una de las características esenciales de los actos de retiro discrecionales es la falta de motivación.”.

Esta posición no ha sufrido modificaciones, es decir la ausencia de motivación expresa en la decisión fundada en razones de conveniencia institucional, per se no enerva la presunción de legalidad del acto de remoción atacado.

La Resolución No 970 de 21 de mayo de 2002, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se fundamentó en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, y en el artículo 1º del Decreto 1679 de 1991.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-048 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, tuvo oportunidad de pronunciarse en términos favorables sobre la conformidad del literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 con la Constitución, de la siguiente manera²:

“Dispone el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, que la insubsistencia del nombramiento de los detectives procede entre otras causales, “cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de la facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario”.

¹ Sentencia de la Subsección “B” de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 25 de enero de 2001, Magistrado Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, radicado 44360/1407/2000 , actor Édgar Ricardo Rodríguez Castañeda.

² Sentencia de la Corte Constitucional del 6 de febrero de 1997, expediente D-1393, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara , actor Luis Arturo Victoria .

“De lo anterior se colige que cuando dadas las funciones inherentes a determinados cargos y teniendo en cuenta el grado de confianza de los mismos, diferentes a los que ordinariamente corresponden a cualquier servidor público resulta claramente razonable la posibilidad de establecer excepciones a la inamovilidad de algunos empleados de carrera administrativa, en determinadas dependencias de la administración pública, a fin de asegurar el cumplimiento de la función administrativa, ya que ello se encuentra además en armonía con lo dispuesto en el artículo 125 constitucional, según el cual el retiro puede hacerse "por las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

Bajo estos supuestos, la actuación del nominador en ningún momento contravino lo preceptuado por el artículo 125 de la Constitución Política, ya que la misma norma establece las excepciones al régimen de carrera administrativa al señalar que "el retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley" (Negrilla fuera del texto)., lo que, sin lugar a dudas, faculta al funcionario mencionado para actuar conforme a lo establecido en el Decreto Ley 2147 de 1989.

El demandante alegó inicialmente la ilegalidad del acto acusado porque no se había motivado la resolución que lo contenía, imposibilitando de tal manera que no pudo ejercer su derecho de audiencia y a la defensa, como garantía constitucional, careciendo la insubsistencia de motivación, evidencia el desvío de poder, pues por haber precedido la comisión de una falta disciplinaria a tal decisión lo legal hubiese sido adelantar primero el respectivo proceso disciplinario.

En el caso del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., el legislador consagró la excepción al régimen de carrera administrativa en razón a la trascendental función desempeñada por esta institución, 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.

Para la Sala el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., obró en pleno ejercicio de sus facultades legales, particularmente las contenidas en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, cuando expidió, sin motivación, la Resolución No. 0970 del 21 de mayo de 2002, por la que se desvinculó al actor.

Por lo anterior, se desestima el planteamiento expuesto en la demanda, según el cual el acto de insubsistencia acusado, debió ser motivado, tampoco es necesario, como lo sugiere el demandante, que previo a adoptar la decisión de retiro en ejercicio de esta facultad discrecional, deba adelantarse proceso disciplinario.

Así las cosas, en virtud del ejercicio de la facultad discrecional, en principio la administración podía retirarlo del servicio, mediante declaratoria de insubsistencia, sin más procedimientos o condiciones, gozando esta decisión de presunción de legalidad.

Sin embargo, el acto de remoción, como toda presunción legal, es susceptible de ser desvirtuado presentando pruebas que tiendan a infirmarlo es decir, dicha presunción no es un dispositivo inexpugnable³.

Y si bien es cierto, que tal potestad no es omnímoda, en forma tal que pueda llegar a convertirse en arbitrariedad, dicha facultad está amparada legalmente cuando se trata de una atribución cuya conveniencia y oportunidad, está enmarcada dentro de la racionalidad de la medida, en ese sentido.

En el mismo sentido la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales, de acuerdo con las cuales el examen judicial de las facultades discrecionales reclama, entre otros aspectos, la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que la misma haya hecho respecto de dicha situación en otros momentos, se rompe la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad :

“(...) arbitrario, y por tanto constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación

³ La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en aceptar la presunción de legalidad de los actos administrativos como una presunción iuris tantum, es decir, que contrario a la presunción de derecho, es susceptible de controvertirse e infirmarse. (**CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA**, Consejero ponente: **ALVARO LECOMPTE LUNA** diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), Radicación número: 6264, Actor: **BLAS HERNANDEZ OLASCOAGA**; Consejera ponente: **DOLLY PEDRAZA DE ARENAS**, noviembre catorce (14) de mil novecientos noventa y cinco (1995), Radicación número: 7825, Actor: **LEOPOLDO ALBERTO RINCON GARZON**).

objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión(...)"⁴

“La conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador” (Destacado fuera de texto)

Así las cosas, parece claro y además razonable, que se demande a la Administración, desde la perspectiva del control judicial, que el legítimo ejercicio de sus facultades discrecionales no se lleve de calle principios elementales de congruencia y coherencia, no sólo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que, además, el ejercicio de la discrecionalidad se corresponda con una evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia.

Ahora bien, la facultad discrecional debe ceñirse a unas razones objetivas de conveniencia, las cuales pueden estar presentes, tanto (i) en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, (ii) en los archivos de la entidad o (iii) llegado el caso en sede judicial, al indicárselas al juez en la etapa pertinente en el curso del proceso. Por lo que resulta, la obligación de explicarle y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de inconveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, en virtud de la defensa del principio de legalidad.

Sobre el particular esta Corporación a señalado:

“... Obedece la anterior aclaración a que, en asuntos como el presente, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, al ejercer sus atribuciones para retirar a los detectives inscritos en el régimen de carrera especial – en ejercicio de la facultad discrecional, por conveniencia institucional-, debe ceñirse a unas razones objetivas de conveniencia que deben obrar ya sea consignadas en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, en los archivos de la entidad, o llegado el caso en sede judicial, indicárselas al juez dentro de las ritualidades procesales.

Ello porque a pesar de que estos servidores se hallan inscritos en el régimen especial de carrera, por tener a su cargo funciones de seguridad del Estado, el legislador ha revestido de manera excepcional al nominador, de la facultad discrecional para removerlos. No obstante, el ejercicio de

⁴ RAMON FERNANDEZ Tomás, citado por DE BELTRAN FELIPE, Miguel en Discrecionalidad Administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, página 84

esta facultad no es ilimitado ni injustificado, menos caprichoso. De ahí que al someter al juzgamiento un acto de esta naturaleza, la autoridad pública demandada, en defensa del principio de legalidad en su actuación, está en la obligación de explicar al juez y demostrar ante el juez, cuáles fueron las razones de conveniencia que la llevaron a tomar tal decisión... ”⁵.

CASO CONCRETO

El demandante demostró que estaba capacitado para desempeñar el cargo, en razón a sus calidades profesionales y laborales, pues prestó sus servicios a la institución por veinte (20) años, cinco (5) meses y veintiún (21) días de labores.

Los cargos desempeñados por el actor fueron:

- A partir del 2 de diciembre de 1981, Detective Urbano alumno 4115-03.
- A partir del 31 de julio de 1982, Detective Urbano alumno 4115-04.
- A partir del 26 de septiembre de 1989, Detective Agente Grado 05.
- A partir del 1º de Octubre de 1991, Detective Agente -06.
- A partir del 7 de julio de 1993, Detective Agente 208-06.
- A partir del 15 de marzo de 1994, Detective Agente 208-07.
- A partir del 1º de marzo de 1999, Detective Profesional 207-09. (Fl. 4).

En cuanto a sus calidades personales, profesionales y laborales, se encuentra lo siguiente:

- Fue objeto de felicitaciones en su último cargo desempeñado como Detective Profesional 207-09 (i) “por la captura de varias personas que pretendían salir del país con documentos falsos...” (ii) “por la captura de una mujer que pretendía salir del país con 100 cápsulas de cocaína en su organización...” (iii) “por la incautación de una avioneta y la inadmisión de sus pilotos por el ingreso ilegal al país y cuya documentación y matrícula de la aeronave son objeto de investigación...” (iv) “por el trabajo desarrollado en el departamento de Rionegro que permitió la incautación de 200 kilogramos de joyería en plata”. (Fl. 7);

⁵ Ver sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 8982-2005, Magistrado Ponente Alfonso Vargas Rincón.

- Durante su desempeño como Detective Profesional 207-09 obtuvo calificaciones satisfactorias de servicio con un promedio superior a 80/100 puntos (Fls 104 a 118);

Si bien le aparece sanción disciplinaria, la cual impone multa de un día de salario con fecha de ejecutoria de (2002/04/17), sin que este hecho constituya, a juicio de la Sala, una sanción de consideración frente al desempeño profesional y laboral que acreditó (Fl. 296).

La entidad accionada al contestar la demanda señaló que el retiro del servicio del demandante se produjo de acuerdo a las disposiciones Constitucionales y Legales, ya que el nominador en desarrollo de las facultades otorgadas por la regulación pertinente ejerció la facultad discrecional en procura de la conveniencia del servicio, sin que ello se entienda que se le está dando al funcionario el tratamiento de un empleado de libre nombramiento y remoción.

La Sala encuentra que no le asiste la razón a la administración, toda vez que, si bien el acto fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional y goza de presunción de legalidad, al proferirse en procura del buen servicio, esta presunción es desvirtuable, por lo tanto, no puede la administración sólo indicar que el acto demandado fue expedido en ejercicio de esta facultad, sin referirse en el debate judicial a cuáles fueron las razones de inconveniencia que lo llevaron a retirarlo del servicio, y mas aún cuando se está debatiendo la estabilidad laboral de un funcionario, con un régimen especial de carrera y con más de 20 años de servicio, cuya protección ordena no sólo la Constitución Política, sino la ley, sin que con esto, se afecte el ejercicio de la facultad discrecional de que goza el nominador.

Observa la Sala del material probatorio que la administración no actuó en procura del buen servicio, al momento de retirar al demandante, pues un funcionario de las calidades anotadas, su larga trayectoria profesional y su formación específica, lo hacen acreedor de una preparación especial para la prestación del servicio y en pro de la institución, por lo cual, no es de recibo que por motivos de conveniencia

institucional sea retirado del servicio, sin mediar ni la más leve razón de inconveniencia, en la hoja de vida del actor, o en los archivos de la entidad.⁶

Asimismo, en el transcurso del presente proceso no obra prueba siquiera indiciaria que demuestre que el actor hubiera estado incurso en alguna conducta que hiciera inconveniente su permanencia en la Institución.

Bajo estos supuestos, la facultad discrecional de libre remoción, se queda sin ninguna defensa, pues si en principio el nombramiento de los detectives del DAS, inscritos en el régimen especial de carrera, pueden ser declarados insubsistentes en ejercicio de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, tal decisión debe estar proyectada al buen servicio público, de lo contrario, se rompe el marco de razonabilidad y proporcionalidad de los hechos que le sirven de causa y se estructura el desvío de poder.

Así las cosas, en criterio de la Sala, en el presente caso se rompió la congruencia entre los elementos de eficiencia y eficacia y la situación fáctica contenida en la hoja de vida del demandante.

Igualmente, es pertinente aclarar, que no todo asunto en que se controviertan actos de insubsistencia de esta naturaleza, por el solo hecho de registrar un extracto hoja de vida eficiente, conlleva el desbordamiento de los límites del ejercicio de la facultad discrecional. Pues en el caso particular se encontró que el actor cumplía la condición de funcionario eficiente, y no aparece indicio alguno que hiciera inconveniente su permanencia en la institución y la entidad tampoco se encargó de indicarlo o comprobarlo.

En consecuencia, es procedente el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, y a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que

⁶ Siendo el actor un empleado con régimen especial de carrera por su condición de detective, la administración deberá propender por la materialización del objeto propio del régimen, el cual es, asegurar el profesionalismo, y la estabilidad de sus funcionarios, por tal razón, al ejercer la facultad discrecional para retirarlos del servicio, se hace imperioso conocer los motivos de inconveniencia del servicio del funcionario, ya sea en su hoja de vida, en los archivos de la entidad o en sede judicial, en atención, a procurar la prevalencia de los principios de congruencia y eficiencia que deben orientar la prestación del servicio público.

se produzca el reintegro efectivo al cargo, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social.

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:

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

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 en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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.

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.

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 29 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Primera de Decisión, que negó las pretensiones de la demanda incoada por JESÚS ALFONSO JARAMILLO LONDOÑO contra la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S.

En su lugar se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 0970 de 21 de mayo de 2002, por medio de la cual el Director General del Departamento Administrativo de

Seguridad (D.A.S) declaró insubsistente el nombramiento del actor, en el cargo de Detective Profesional 207-09, Grado 06, de la Planta Global Operativa, de la Seccional de Antioquia.-.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénase al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas que resulten a favor del actor 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 considerativa.

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, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

RECONÓCESE personería al abogado JAIME DARÍO TORRES LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.253.565 de Usme, Cundinamarca y tarjeta profesional No. 63.186 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder, visible a folio 484 del expediente.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA