

REGIMEN DE CARRERA – Regulación legal / REGIMEN DE CARRERA DE LOS EMPLEADOS DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Clases. Régimen Especial. Régimen Ordinario. Aplicación

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, pueden 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 4º).

FUENTE FORMAL: DECRETO 2174 DE 1989 – ARTICULO 66 / DECRETO 2146 DE 1989 – ARTICULO 33

INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE DETECTIVES DEL DAS – Causales / INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE DETECTIVE DEL DAS POR CALIFICACION INSATISFACTORIA – Procedencia / INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE DETECTIVE DEL DAS POR CONVENIENCIA – Procedencia. Facultad discrecional

De acuerdo con el artículo 66 del decreto 2147 de 1989, 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.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2146 DE 1984 – ARTICULO 33

CALIFICACION INSATISFACTORIA – Improcedencia / RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADOS DE CARRERA ESPECIAL DEL DAS – Detectives. causales.

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.

FACULTAD DISCRECIONAL – Limites

Las facultades discrecionales de la administración, no le son dadas de manera absoluta, sino que se encuentran limitadas por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad de su aplicación. En este orden de ideas, la discrecionalidad no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, y tal como se señaló, la discrecionalidad exige de un lado que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y de otro, la proporcionalidad entre los

hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 36.

MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – La excepción debe estar consagrada en la ley / MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – Finalidad / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO - No motivación. Consagración legal / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO DE CARRERA ESPECIAL – No motivación. Consagración legal.

La regla es que los actos administrativos deben ser motivados, no obstante existen excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador, tal como sucede en la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, y de aquellos que se encuentren inscritos en regímenes especiales de carrera. La necesidad de motivar los actos administrativos, surge como una garantía para que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses, así lo ha expresado la jurisprudencia constitucional. Tal exigencia encuentra fundamento en el principio de publicidad que orienta el ejercicio de la función pública, conforme a los artículos 209 de la C.P, y 35 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 35 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209

INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE DETECTIVES DEL DAS POR CONVENIENCIA - Facultad discrecional. Procedencia. Antecedente Jurisprudencial / INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO DE CARRERA ESPECIAL DEL DAS – Procedencia.

Ahora bien, la facultad consagrada en el literal b del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 tiene fundamento en la especial naturaleza de la función que desempeñan los detectives y en el hecho de que estos funcionarios tienen acceso a información que llegará a comprometer la seguridad del Estado. Mediante sentencia C- 048 de 1997 la Corte Constitucional 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 y, al declarar la exequibilidad de la norma, concluyó que es razonable la aplicación de la excepción del régimen de carrera que le permita al organismo de seguridad hacer uso adecuado de un instrumento ágil y expedito para prescindir de los servicios de los funcionarios sobre los cuales no haya lealtad confiabilidad y la honradez requerida, de la siguiente manera.

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

INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO DE CARRERA ESPECIAL DEL DAS POR CONVENIENCIA – Facultad discrecional. Principio de legalidad

Ya esta Corporación había tenido la oportunidad de considerar en relación con la facultad discrecional de declarar insubsistente el nombramiento de un empleado de carrera especial del D.A.S, la necesidad de que su ejercicio esté respaldado

por 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 juzgador en la etapa pertinente en el curso del proceso. De ahí la obligación de explicarle y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, en virtud de la defensa del principio de legalidad

NOTA DE RELATORIA: Sobre la legalidad de las razones del acto de insubsistencia del empleado de carrera especial del DAS, Consejo de Estado, sentencia de 17 de abril de 2009, Rad. 8982-2005. M. P. Alfonso Vargas Rincón.

ACTO ADMINISTRATIVO – Motivación. Obligación / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE DETECTIVES DEL DAS – Debe ser motivado por derogación de norma que consagraba la excepción / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO DE CARRERA ESPECIAL DEL DAS – Debe ser motivado por derogación de norma que consagraba la excepción / ACTO DISCRECIONAL – Criterio de proporcionalidad y adecuación de los fines

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. En este orden, 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.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 36

NOTA DE RELATORIA: Sobre la excepción de exequibilidad del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, Corte Constitucional, sentencia de 6 de febrero de 1997, Rad C 048, MP Hernando Herrera Vergara. Sobre la derogatoria de los artículos

44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, Corte Constitucional. Sentencia de 25 de febrero de 1999. Rad C112, MP Carlos Gaviria Díaz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-

Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01626-01(0516-07)

Actor: LUIS FERNANDO WBALDO

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Luis Fernando Wbaldo, contra el Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S.

LA DEMANDA

LUÍS FERNANDO WBALDO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., mediante apoderado, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 0472 de 28 de febrero de 2001, en virtud de la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Detective 208-07 de la Planta Global de dicha entidad, Área Operativa, Seccional Valle del Cauca.

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

- Reintegrar al demandante al cargo que ocupaba ó a otro de igual o superior categoría con efectividad al 28 de febrero de 2001 sin solución de continuidad, reconociéndole los derechos y ascensos que pudieron haberse producido.
- Pagarle al actor o a quien represente sus derechos, todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando fue retirado del servicio y hasta cuando sea reintegrado al grado y cargo que le corresponda dentro del escalafón del D.A.S, incluyendo el valor de los aumentos decretados con posterioridad a su retiro. Para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos, solicitó que sus servicios se computen desde cuando ingresó a la entidad y hasta cuando fue separado del servicio.
- Reconocerle y pagarle en dinero, el equivalente a mil gramos oro, por el daño moral causado por la aflicción que le produjo el abrupto retiro de la institución, teniendo en cuenta la certificación expedida por el Banco de la República al momento de la sentencia.
- Dar cumplimiento a la Sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

Fue retirado del servicio del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, el 28 de febrero de 2001, habiendo permanecido al servicio de la institución durante aproximadamente 10 años.

Al momento de ser retirado del servicio con fundamento en la facultad discrecional, el actor desempeñaba el cargo de Detective Grado 7, en el Área Operativa, Seccional Valle del Cauca.

En el desempeño de sus deberes en la entidad, sobresalió haciéndose acreedor a una brillante hoja de vida que demuestra sus ejecutorias, méritos y calidades, tal como lo corroboran los documentos allegados con la demanda.

La última asignación mensual del demandante, incluyó como sueldo básico la suma de \$673.795; Prima de subsidio de alimentación \$23.431; Prima especial de riesgo \$235.618; más el 30% de factor prestacional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 123 y 125.

Del Código Contencioso Administrativo el artículo 36.

Sostuvo que es obligación del Gobierno Nacional proteger el derecho fundamental al trabajo, pues una posición contraria como en el presente caso, vulnera abiertamente este principio constitucional.

Consideró que fue retirado del servicio activo de la accionada, sin que existiera alguna razón o hecho probado que sirvieran de fundamento para adoptar dicha decisión, sin tener en cuenta su intachable hoja de vida, obligándolo a abandonar su régimen especial de carrera, para lo cual no sólo tiene vocación, si no preparación, marcada experiencia y riguroso profesionalismo.

Dijo que fue separado del cargo sin justa causa, sin respeto a la estabilidad laboral que debe ser garantía del trabajador y sin tener como finalidad el mejoramiento del buen servicio.

Manifestó que la decisión de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor se encuentra alejada de los propósitos legalmente consagrados como son la búsqueda del buen servicio público y los supuestos hechos que la impulsaron no conservaron la adecuado proporcionalidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional Valle del Cauca, acudió oportunamente a dar contestación a la demanda, oponiéndose en su escrito a todas y cada una de las pretensiones propuestas, con los siguientes argumentos (Fls. 189 a 199):

El Jefe del Departamento en ejercicio de la facultad discrecional cuenta con atribuciones legales para disponer el retiro cuando a su juicio, la permanencia del detective no garantice la adecuada prestación del servicio encomendado a la institución.

El nominador no está obligado a explicitar las razones que motivan su proceder ni a agotar trámite previo, para disponer la insubsistencia del nombramiento de tales funcionarios, así se encuentren en carrera especial.

Como quiera que se dieron las circunstancias previstas en el artículo 66, literal b del Decreto 2147 de 1989, y no existiendo ningún otro procedimiento legal que surtir, se expidió la resolución de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la forma que ordena la ley, sin motivación alguna.

Siendo la insubsistencia una medida instituída en la ley en pro de la administración, el acto que así la declara está amparado por la presunción de legalidad y aunque la potestad discrecional está sujeta a la ley que la otorga, la administración es libre de ejercerla en el momento que lo considere oportuno con criterio de conveniencia y eficacia.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia del 28 de septiembre de 2006, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (Fls. 334 a 353):

Sostuvo que la reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos del país, ha establecido que si bien es cierto los Detectives del D.A.S., gozan de una carrera administrativa especial, también lo es que, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional del Director de la Institución, que se puede variar cuando el Juez constate una situación excepcional o especial, circunstancia que no ocurre en el presente caso.

Dijo que de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 2146 y 2147 de 1989, y la Sentencia C-048 de 1997 de la Corte Constitucional, el nombramiento del actor podía ser declarado insubsistente sin motivación alguna, por el Director del

Departamento Administrativo de Seguridad, porque al desempeñar el cargo de Detective Agente, pertenecía al régimen especial de carrera del D.A.S.

Manifestó que el estudio o determinación de la conveniencia para efectuar un retiro discrecional de un funcionario perteneciente a carrera especial, lo efectúa el Director de la entidad de conformidad con su propio criterio, donde al llegar a una conclusión sobre la necesidad del retiro, puede por autorización legal, expedir el acto de insubsistencia.

Adujo que la jurisprudencia ha sido clara en establecer que el hecho de tener una excelente hoja de vida con reconocimientos y felicitaciones, no genera fuero de estabilidad alguno, pues son expresión del adecuado desempeño de las funciones.

Finalmente expresó que el retiro de los detectives del D.A.S, no requiere adelantar previamente a la remoción, un procedimiento administrativo o disciplinario, ni tampoco se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado con los argumentos expuestos por la parte actora, sobre las presuntas irregularidades en la expedición del acto.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (Fls. 361 y 362):

Manifestó que la razón principal de inconformidad está dada frente a la falta de estudio de la figura de libre nombramiento y remoción, pues es diferente cuando dicha figura se aplica a funcionarios de alto nivel, directivos o con cargos políticos, que cuando se aplica a funcionarios en forma general, sometidos a un régimen especial de carrera, como el presente caso.

Manifestó que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los detectives del D.A.S, procede cuando se ha tenido dentro del mismo año y en lapso superior a un mes, dos calificaciones diferentes de servicio y, cuando el Jefe del Departamento lo considere conveniente, lo que, según el artículo 36 del C.C.A, debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los

hechos que le sirven de causa, pero en éste caso, la aplicación de la facultad discrecional no encuentra armonía con el precepto del artículo 36 en mención.

Sostuvo que el a quo amparó la presunción de legalidad del acto acusado, por ser expedido por conveniencia de la entidad, pero no omite la obligación de poner las consideraciones o los motivos de dicha conveniencia.

Finalmente argumentó que como en el presente caso se encuentra probada la eficiencia del actor, su experiencia en la institución y una excelente hoja de vida, debe revocarse la sentencia de 28 de septiembre de 2006 y acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 Luís Fernando Wbaldo, en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global, Área Operativa, asignado a la Seccional del Valle del Cauca.

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

- Mediante Resolución No.0973 de 24 de abril de 1992, el Director de Recursos Humanos del Departamento Administrativo de Seguridad, inscribió al demandante en el escalafón del régimen especial de carrera de la institución. (Fl. 5).
- El 7 de julio de 1993, el demandante tomó posesión del cargo de Detective Agente Código 208, Grado 05, Seccional Meta. (Fl. 33)

- Posteriormente, el 15 de marzo de 1994, el actor se posesionó como Detective Agente Grado 208 - 06, de la Dirección Seccional del Atlántico. (Fl. 41).
- El día 1 de febrero de 1996 se presentó ante la Dirección Seccional del Valle de Cauca, para tomar posesión del cargo de Detective Agente Grado 208-06 en dicho Departamento. (Fl. 55).
- Mediante Acta No. 1073 de 21 de noviembre de 1997, el demandante tomó posesión del cargo de Detective Agente 208-07, asignado a la Planta Global Área Operativa D.A.S Valle del Cauca. (Fl. 72).
- El 1 de febrero de 2001, el demandante se presentó ante la Dirección del Departamento Administrativo de Seguridad, con el objeto de tomar posesión del cargo de Detective 208 - 07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional del Valle del Cauca. (Fl. 111).
- Mediante Resolución No. 0472 de 28 de febrero de 2001, 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 Valle del Cauca. (Fl. 113).
- A folios 44, 48, 98, 99, 103, 104, 106 y 107 obran los formatos de felicitación al actor por su labor profesional, espíritu de colaboración, eficiencia y desempeño, demostrados en diferentes operativos, llevados a cabo por la entidad.
- De folios 210 a 219 obra el extracto de la hoja de vida del demandante, durante el tiempo que estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S.
- A folio 213 se observa una sanción que le fue impuesta al actor mediante Resolución No. 010 de 10 de agosto de 1999, por infringir los artículos 40 y 41 del Código Único Disciplinario (Ley 200 de 1995), al extraviársele una Pistola Pietro Beretta 9mm y una motocicleta Yamaha 125.

CUESTIÓN PREVIA

Antes de abordar el problema jurídico planteado por el actor, corresponde a la Sala efectuar algunas precisiones frente a la necesidad de definir el presente asunto en Sala de Sección.

Al respecto, debe afirmarse que la Sección Segunda de esta Corporación, ha sostenido en relación con la facultad discrecional que le otorga 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 ostentan la calidad de detectives, en sus distintos rangos, que por tratarse de una atribución discrecional, no exige que el nominador motive el acto por el cual se declara la insubsistencia¹:

“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.”.

Sin embargo, es necesario analizar otros elementos con el fin de abarcar más detenidamente el tema, para brindar mayor seguridad jurídica y certeza a las decisiones judiciales proferidas en esta instancia.

DEL FONDO DEL ASUNTO

La Sala abordará el tema sometido a consideración estableciendo: (i) Del régimen de carrera de los empleados del D.A.S, ii) De la facultad discrecional, y (iii) De la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S.

(i) DEL RÉGIMEN DE CARRERA DE LOS EMPLEADOS DEL D.A.S.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Sentencia de 25 de enero de 2001, M.P: Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Radicado 44360/1407/2000. Actor Édgar Ricardo Rodríguez Castañeda.

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, pueden 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 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, 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**". (Resaltado por la Sala).

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.

La Resolución No. 0472 de 28 de febrero de 2001, 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.

El demandante alegó que el a quo amparó la presunción de legalidad del acto acusado, por ser proferido por conveniencia de la entidad, pero omitió la obligación de poner las consideraciones o los motivos de dicha conveniencia.

Por su parte el Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., manifestó que 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.

Ahora bien, constituye un interrogante para la Sala establecer si el acto administrativo, por el cual, se declara a los detectives del D.A.S, sujetos a un régimen especial de carrera, insubsistentes en ejercicio de la facultad discrecional

prevista en el literal b del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, debe estar o no motivado.

(ii) DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

El legislador otorga a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o 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.

Es decir, las facultades discrecionales de la administración, no le son dadas de manera absoluta, sino que se encuentran limitadas por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad de su aplicación.

La Corte Constitucional ha hecho la distinción entre (i) la discrecionalidad absoluta como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, la cual, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo; y (ii) la discrecionalidad relativa, ajena a la noción del capricho del funcionario, la cual, le permite apreciar las circunstancias de hecho, la oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión³

En este orden de ideas, la discrecionalidad no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, y tal como se señaló, la discrecionalidad exige de un lado que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y de otro, la

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 CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-734 de 2000. Actor: Alexander Díaz Umaña.

proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera⁴.

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 le dan fundamento a las mismas.

(iii) DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES EN EL RÉGIMEN DE CARRERA ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS DEL D.A.S.

La regla es que los actos administrativos deben ser motivados, no obstante existen excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador, tal como sucede en la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, y de aquellos que se encuentren inscritos en regímenes especiales de carrera.

Ahora surge la pregunta: ¿Los actos administrativos que expide el Director del Departamento Administrativo de Seguridad en ejercicio de la facultad discrecional deben ser motivados o, por el contrario, constituyen una excepción al principio general en materia de motivación de los actos de la administración?

La necesidad de motivar los actos administrativos, surge como una garantía para que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses, así lo ha expresado la jurisprudencia constitucional⁵. Tal exigencia encuentra fundamento en el principio de publicidad que orienta el ejercicio de la función pública, conforme a los artículos 209 de la C.P, y 35 del C.C.A.

El artículo 2º del Decreto 2146 de 1989 “por el cual se expide el régimen de administración de personal de los empelados del D.A.S”, consagró la clasificación de empleos como de libre nombramiento y remoción, de régimen ordinario y de régimen especial de carrera.

Ahora bien, la facultad consagrada en el literal b del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 tiene fundamento en la especial naturaleza de la función que

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

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-734 de 2000, Actor: Alexander Díaz Umaña.

desempeñan los detectives y en el hecho de que estos funcionarios tienen acceso a información que llegará a comprometer la seguridad del Estado.

Mediante sentencia C- 048 de 1997 la Corte Constitucional 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 y, al declarar la exequibilidad de la norma, concluyó que es razonable la aplicación de la excepción del régimen de carrera que le permita al organismo de seguridad hacer uso adecuado de un instrumento ágil y expedito para prescindir de los servicios de los funcionarios sobre los cuales no haya lealtad confiabilidad y la honradez requerida, de la siguiente manera⁶:

“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”.

“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".

Empero lo anterior, cuando la Corte realizó el estudio de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 34⁷ del Decreto 2146 de 1989 a

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Sentencia del 6 de febrero de 1997. Expediente D-1393. Actor Luis Arturo Victoria.

⁷ “Artículo 34. *INSUBSISTENCIA DISCRECIONAL.* La autoridad nominadora podrá en cualquier momento, en virtud de la facultad discrecional, declarar insubsistente el nombramiento ordinario de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad **sin motivar la providencia.**

*Igualmente habrá lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, **sin motivar la providencia,** en los siguientes casos:*

a) Cuando exista informe reservado de inteligencia relativo a funcionarios inscritos en el régimen ordinario de carrera;

b) Cuando por razones del servicio los funcionarios del régimen especial de carrera deban ser retirados a juicio del Jefe del Departamento, y

c) Durante el período de prueba de los funcionarios del régimen especial de carrera.

En los casos mencionados se procederá con arreglo a las disposiciones especiales sobre la materia.”(Se subraya)

través de la sentencia C-112 de 1999⁸, sostuvo que el artículo antes mencionado fue derogado parcialmente, con excepción de su inciso primero, por los artículos 44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, consideración que expuso de la siguiente manera:

“B. Derogación parcial de la norma demandada.

El artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, materia de acusación, con excepción de su inciso primero, fue derogado por los artículos 44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, “Por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”. Preceptos que, en cuanto interesa al asunto que en esta oportunidad se debate, ya fueron objeto de pronunciamiento por la Corte, dentro del proceso constitucional No. D-1393, que culminó con la sentencia C-048 del 6 de febrero de 1997 en la que se declararon exequibles (...).”

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.

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 -07⁹ 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.

Ya esta Corporación había tenido la oportunidad de considerar en relación con la facultad discrecional de declarar insubsistente el nombramiento de un empleado de carrera especial del D.A.S, la necesidad de que su ejercicio esté respaldado por razones objetivas de conveniencia, las cuales pueden estar presentes, tanto

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia del 25 de febrero de 1999. Demandante: José Fernando Sinisterra Cuero

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. T-064-07. Accionante: Carlos Andrés Moreno Roa.

(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 juzgador en la etapa pertinente en el curso del proceso. De ahí la obligación de explicarle y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, en virtud de la defensa del principio de legalidad, consideración que se expuso de la siguiente manera:

“(…) 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 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 (...)”¹⁰.

Para la Sala estas posiciones son coherentes y están proyectadas con el fin de garantizar el buen servicio y se relacionan con los criterios de proporcionalidad y adecuación a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, asimismo garantizan el conocimiento de los motivos o razones que sustentan la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios en un cargo de régimen especial de carrera.

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.

¹⁰ Ver sentencia del 17 de abril de 2008, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 8982-2005. Posición reiterada en providencia del 3 de diciembre de 2009, M.P Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2054-2008.

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 judicial¹¹, 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.

¹¹ En el evento de no haber sido conocidas en sede administrativa.

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 corresponda con una evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia.

Bajo estos supuestos, en criterio de la Sala, en el presente caso se rompió la congruencia entre los elementos de eficiencia y eficacia.

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 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:

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

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.

En relación con la pretensión de pagar los perjuicios morales al actor con motivo de la desvinculación, no tiene vocación de prosperidad esta solicitud, toda vez que no se probaron en el proceso los presuntos daños que deban ser indemnizados patrimonialmente.

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.

DECISIÓN

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 28 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Luís Fernando Wbaldo contra la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S. En su lugar se dispone:

DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 0472 de 28 de febrero de 2001, 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 Profesional 208-07, de la Planta Global Operativa, de la Seccional Valle del Cauca.

CONDÉNESE, a título de restablecimiento del derecho, al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S 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.

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 en la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO