

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - Regimen especial de carrera / DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Acto de insubsistencia / INSUBSISTENCIA DE DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – Facultad discrecional / INSUBSISTENCIA DE DETECTIVES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - El acto que retira del servicio requiere motivación

El Decreto 2147 de 1989 reguló de manera especial el régimen de carrera administrativa aplicable a los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, es decir, lo relacionado con el ingreso, permanencia, promoción y retiro de tales servidores. El artículo 66 del citado decreto 2147 estableció: "El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los casos previstos por las 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 un lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicios, y b) Cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro. En relación con la insubsistencia discrecional en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, el artículo 34 del decreto 2146 de 1989 prescribió: "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 existe 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." La Corte Constitucional ha señalado que la norma anterior fue derogada parcialmente por los artículos 44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, con excepción de su inciso primero. De ahí, que al juzgarse su constitucionalidad se haya declarado inhibida para emitir un pronunciamiento sobre los demás incisos por carencia actual de objeto. Lo anterior significa, entonces, que a partir de ese pronunciamiento la declaratoria de insubsistencia de un funcionario inscrito en el régimen especial de carrera, por razones del servicio y a juicio del nominador, deberá ser siempre motivada, pues la autorización legal para expedir la providencia sin explicar la razón o el motivo considerado para tomar dicha determinación ha sido invalidada por otra disposición legal.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2147 DE 1989 - ARTICULO 44 / DECRETO 2147 DE 1989 - ARTICULO 66 / DECRETO 2147 DE 1989 - ARTICULO 34

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL ACTO DE INSUSTENCIA - Proteger el derecho de defensa y el debido proceso / MOTIVACION

DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA - Principio funcional de orden constitucional que obliga a poner en conocimiento las decisiones que le afectan / FACULTAD DISCRECIONAL - Exponer las razones objetivas consignadas en el acto de insubsistencia

La insubsistencia de este personal se someterá al principio general de publicidad de los actos administrativos, el cual obliga a exponer, sin excusa siquiera alguna, la causa eficiente que llevó a la autoridad nominadora a tomar esa decisión. De no hacerlo, se vería seriamente comprometido el debido proceso y por consecuencia el derecho de defensa. Lo anterior, por cuanto la excepción - no motivación - es de carácter restrictivo, en tanto opera única y exclusivamente para los casos regulados de manera expresa por el legislador. Si no ha sido prevista tal autorización en el ordenamiento positivo, no es posible sustraerse de la regla general - motivación -. No se trata simplemente de una exigencia formal - motivación - sino de obedecer un principio funcional de orden constitucional que obliga a poner en conocimiento de los administrados las decisiones que los afectan (art. 209), con el fin de que puedan ejercer los respectivos controles o mecanismos que aseguren la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2 y 40); y de paso soslayar, como se ha dicho, el oscurantismo administrativo, permitiendo así que se garantice el derecho sustancial (art. 228 ib.). Así las cosas, las razones de conveniencia del servicio para retirar discrecionalmente a un empleado de régimen especial (art. 66 - literal b) - Dcto 2147/89) debe ceñirse a unas razones objetivas que serán exhibidas en el acto de insubsistencia, o estar consignadas en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, en los archivos de la entidad, o llegado el caso, indicárselas al juez dentro de las ritualidades procesales, por lo que resulta reprochable partir de una apreciación meramente subjetiva y secreta del Jefe del Departamento, es decir, alejada del buen servicio, puesto que la decisión deberá ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa (art. 36 C.C.A.). En relación con los demás servidores públicos, regidos por normas (arts. 107 del Decreto 1950/73, reglamentario de los Decretos 2400 y 3074/68 y 7º del Decreto 1572/98, reglamentario de la Ley 443/98) que habilitaban a la administración para retirar discrecionalmente a los empleados que desempeñaran en forma precaria cargos de carrera, sin necesidad de motivar la decisión, han sido derogadas tácitamente por la Ley 909/04 (arts. 3 y 41) y por su decreto reglamentario 1227 del mismo año (artículo 10). Tales disposiciones legales serían aplicables, incluso, a quienes venían vinculados con anterioridad a su entrada en vigencia, pues a partir de este momento sólo podría darse por terminado el nombramiento del empleado no inscrito en el régimen de carrera a través de un acto administrativo formal y materialmente motivado, regla ésta que armonizaría con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 13, 25, 53, 123 y 125). En tal caso, se constituye no sólo en una garantía laboral para el empleado público, en cuanto se le permite ejercer el derecho de defensa (art. 29 C.P.) sino que se configura en un instrumento idóneo para evaluar el servicio que se presta.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1227 DE 2004 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional C-
048 de 1997

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Magistrado Ponente: DR. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., febrero diez (10) de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-2000-04264-01(6993-05)

Actor: LUZ MIRYAN MERA.

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -
DAS**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 17 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

ANTECEDENTES

LUZ MIRYAN MERA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, demandó del Tribunal Administrativo del Cauca, la nulidad de la Resolución No. 1331 del 10 de agosto de 2000, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Detective Profesional 207-10 de la Planta Global Área Operativa, asignada a la

Seccional del Cauca; y del acto de notificación del 11 de agosto de 2000.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho pretende el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde el momento de su retiro y hasta cuando se haga efectivo su reintegro, sin solución de continuidad, en los términos consagrados en los artículos 176 a 178 del C.C.A. Así mismo, el pago de perjuicios morales en suma equivalente a mil gramos de oro.

HECHOS

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones los hace consistir en lo siguiente:

La demandante ingresó al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - el 22 de noviembre de 1976, se desempeñó como Detective Profesional en el cargo de Dactiloscopista por más de 20 años y se destacó por el cumplimiento en sus deberes.

El 11 de agosto de 2000 se le notificó el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Detective Profesional 207-10 de la Planta Global Área Operativa, asignada a la Seccional del Cauca.

Estima que la insubsistencia no puede ser el premio a una brillante hoja de servicios, distinciones y a sus calidades humanas y profesionales.

Como disposiciones violadas se citaron:

- Constitución Política: artículos 2, 4, 6, 25, 29 y 53
- Decreto 2147 de 1989: artículo 44
- Decreto 2146 de 1989: artículos 44 y 45

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La parte demandada – Departamento Administrativo de Seguridad “DAS”, se opuso a las pretensiones de la demanda, en síntesis porque consideró que su Director en relación con los funcionarios de carrera especial – detectives- está investido del poder discrecional para removerlos del servicio, cuando a su juicio estima que es benéfico para mejorar la prestación del mismo.

No es requisito o condición para la validez del acto de insubsistencia la exposición de su motivación, como tampoco lo es el dejar constancia de las razones de la medida en la hoja de vida del detective, pues no otro es el sentido de lo dispuesto en el Decreto 2147 de 1989 y los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado que pone de presente.

El comportamiento leal, eficiente y eficaz que observó la demandante durante su permanencia en la entidad, no enervan ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad discrecional de remoción que le ha sido asignada por la Ley, como lo ha señalado el Consejo de Estado reiteradamente, entre otras, en la sentencia de 31 de julio de 1997, proferida dentro del proceso No. 16.128.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, accedió a las pretensiones de la demanda, con los argumentos que a continuación se exponen.

Conforme a las normas que gobiernan el caso concreto, consideró que dada la especial situación laboral de la actora, representada por el tiempo de servicio, la trayectoria ascendente en un buen número de cargos, con buen desempeño en cada uno de ellos, además del esfuerzo y compromiso institucional demostrado, y sin sanción

disciplinaria alguna, es posible concluir que contaba con el grado de confiabilidad que se exige a los detectives. En consecuencia, no encontró justificación para aplicar la vía excepcional, como causal que permitiera el ejercicio de la facultad discrecional.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

A folios 76 y s.s. del cuaderno principal del expediente obra el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

Según el apoderado de la entidad, el precedente jurisprudencial no constituye prueba, máxime cuando, como en este caso, no aparece probada causal de nulidad. El acto acusado es producto de la facultad discrecional que por mandato legal no requiere de motivación, pues no exige agotar un procedimiento previo para su validez.

Puso de presente que los antecedentes laborales no pueden enervar la facultad del nominador cuando considere que tal medida conviene al buen servicio, pues su aplicación está dada por razones de eficiencia, economía, moralidad, ética, etc., sin que pueda generarse estabilidad ni obstáculo para aplicar dicha potestad.

De la misma manera anotó que en organismos de seguridad y control los fines del servicio son más sensibles, por cuanto se exige un grado superlativo de confianza y el hecho de tener una buena hoja de vida no implica que no pueda ser retirado, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Le resulta absurdo que se pretenda invertir la carga de la prueba respecto de un acto que goza de presunción de legalidad y que le corresponde al actor desvirtuar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado señaló que la facultad discrecional debe producirse dentro de parámetros jurídicos propios de un Estado social de derecho, es decir, no puede ser ilimitada, arbitraria o por razones distintas a las de mejorar el servicio.

Sostuvo que los actos administrativos requieren de motivación, por regla general (art. 36 C.C.A.), como en el caso de la insubsistencia del nombramiento de un detective (art. 44-D del Dcto. 2147/89); y que habiéndose desempeñado la actora con eficiencia durante más de 23 años, sin causar perjuicio alguno a la entidad, sin tacha alguna y siendo objeto de felicitaciones y reconocimientos, la decisión contrarió el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, y por ello pide que se confirme la decisión de la primera instancia.

Para resolver, se

CONSIDERA:

El asunto se contrae a establecer la legalidad de la Resolución No. 1331 del 10 de agosto de 2000, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de LUZ MIRYAN MERA en el cargo de Detective Profesional 207-10 de la Planta Global Área Operativa, asignada a la Seccional del Cauca y del oficio por el cual se puso en su conocimiento dicha decisión, fechado el 11 de agosto de 2000.

Lo primero que ha de advertirse es que el acto por medio del cual se le notificó la Resolución de retiro, no es impugnabile, por tratarse simplemente de una comunicación que no afectó la situación jurídica laboral de la demandante. Se declarará entonces la Sala inhibida para su estudio.

En cuanto al fondo del asunto, consta en el proceso que la actora fue inscrita en el régimen especial de carrera administrativa del Departamento Administrativo de Seguridad, en el cargo Detective Agente Grado 06, mediante Resolución 2134 del 5 de julio de 1990, según lo certificó la Directora de Recursos Humanos de esa entidad (fl. 24 C. 2).

El Decreto 2147 de 1989 reguló de manera especial el régimen de carrera administrativa aplicable a los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, es decir, lo relacionado con el ingreso, permanencia, promoción y retiro de tales servidores.

El artículo 66 del citado decreto 2147 estableció:

“El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los casos previstos por las 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 un lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicios, y

b) Cuando el Jefe del Departamento, **en ejercicio de facultad discrecional**, considere que conviene al Departamento el retiro. (Se resalta).

El literal b) transcrito fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-048 del 6 de febrero de 1997, fundamentado en que:

“(...) dadas las funciones y el grado de confiabilidad que se exige a los detectives en sus diversos grados, especializados, profesionales y agentes, es evidente que existe una justificación suficiente de carácter objetivo y razonable para la consagración por vía excepcional de una causal que permita el ejercicio de la facultad discrecional con respecto a dichos servidores, cuando el jefe del departamento Administrativo considere que conviene el retiro del respectivo funcionario. (...)”.

Por su parte, el Consejo de Estado, en relación con las específicas funciones que cumple el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, particularmente con el ejercicio de la facultad discrecional respecto del personal perteneciente al régimen especial de carrera, ha expresado:

“No hay duda entonces que por disposición legal el Director del DAS, en relación con los funcionarios de ese organismo pertenecientes al régimen especial de carrera - detective - está investido del poder discrecional para ordenar su retiro del servicio, el cual puede ejercer, cuando a su juicio, estime que es benéfico para la mejor prestación del mismo.

El otorgamiento de esta facultad discrecional de remoción al Director del DAS, es apenas consecuente con la calidad especial que ostenta el sistema de carrera del personal de detectives, que encuentra su razón de ser, en la naturaleza del trabajo que les corresponde desarrollar, dirigido esencialmente y como se sabe, a salvaguardar la seguridad, no solo de las instituciones estatales y de las autoridades administrativas que las representan o por medio de las cuales actúan éstas, sino de la sociedad civil en general; de ahí que se requiera que quienes desempeñan tales cargos, además de contar con la preparación técnica indispensable, sean poseedores de excepcionales y singulares cualidades personales de idoneidad, confiabilidad, lealtad, probidad, rectitud y pundonor, entre otras, aptitudes que deben conservar en el transcurso del ejercicio del mismo.

Estas especialísimas circunstancias en la prestación de seguridad encomendado al DAS, fueron las que sin lugar a dudas, llevaron al legislador a otorgarle al director de ese departamento la facultad discrecional de remoción respecto de los detectives, independientemente de su pertenencia a la carrera, pues sólo con un mecanismo de esa índole, eficaz, oportuno e inmediato, en criterio de la Sala, puede garantizarse la aludida prestación.”¹.

¹ *Sentencia del 21 de noviembre de 1996, expediente 12176, M.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

En relación con la insubsistencia discrecional en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, el artículo 34 del decreto 2146 de 1989 prescribió:

“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 existe 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.” (Se subraya).

La Corte Constitucional ha señalado que la norma anterior fue derogada parcialmente por los artículos 44² y 66³ del Decreto 2147 de 1989, con excepción de su inciso primero. De ahí, que al juzgarse su constitucionalidad se haya declarado inhibida para emitir un pronunciamiento sobre los demás incisos por carencia actual de objeto. ⁴

Lo anterior significa, entonces, que a partir de ese pronunciamiento la declaratoria de insubsistencia de un funcionario inscrito en el régimen especial de carrera, por razones del servicio y a juicio del nominador, deberá ser siempre motivada, pues la autorización legal para expedir la providencia sin explicar la razón o el motivo considerado para tomar dicha determinación ha sido invalidada por otra disposición legal⁵.

² Esta disposición se refiere a la insubsistencia del nombramiento de empleados en período de prueba o inscritos en el **régimen ordinario de carrera**.

³ *Y esta a la insubsistencia de funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera.*

⁴ *Sentencia C-112/99, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.*

⁵ *Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-064/07 y con ponencia del Magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil, dijo: “En este escenario, teniendo en cuenta que dicha sentencia - se refiere a la C-112/99 - hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, los enunciados normativos del*

En tal caso, la insubsistencia de este personal se someterá al principio general de publicidad de los actos administrativos, el cual obliga a exponer, sin excusa siquiera alguna, la causa eficiente que llevó a la autoridad nominadora a tomar esa decisión. De no hacerlo, se vería seriamente comprometido el debido proceso y por consecuencia el derecho de defensa (art. 29 C.P.).

Lo anterior, por cuanto la excepción - no motivación - es de carácter restrictivo, en tanto opera única y exclusivamente para los casos regulados de manera expresa por el legislador. Si no ha sido prevista tal autorización en el ordenamiento positivo, no es posible sustraerse de la regla general - motivación -.

Lo expuesto, igualmente encuentra respaldo normativo, en la Constitución Política.

En efecto, el trabajo ha sido concebido como un valor fundante del Estado social de derecho (preámbulo), el cual goza de especial protección en todas sus modalidades, en tanto debe desarrollarse en condiciones dignas y justas (art. 25), sin que sea posible, en manera siquiera alguna, desconocer principios generales mínimos que lo informan (art. 53) relacionados, entre otros, con la estabilidad que debe otorgársele a quienes desempeñan la función pública en dirección al cumplimiento de los principios que orientan a su vez la función administrativa (art. 209).

Además, no puede olvidarse que la previsión constitucional contenida en el artículo 29 es un claro desarrollo del principio de legalidad, en donde resulta forzoso otorgarle a la persona a la que se le aplica una medida administrativa que lo afecta, las garantías procesales necesarias para su real y efectiva defensa. Para tal efecto, no sólo conocerá de los motivos de la decisión sino que tendrá oportunidad de

artículo 34 en los cuales la administración funda la facultad de no motivar los actos administrativos que se expiden en ejercicio de la facultad discrecional del artículo 66 tantas veces mencionado, ya no ha hacen parte del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no pueden ser argüidos válidamente como justificación de dicha actuación. (...)"

referirse en concreto sobre los mismos, si no se está de acuerdo con ellos, impugnando tal decisión sobre la base de la absoluta comprensión de antecedentes expuestos para su consideración y resolución.

No se trata simplemente de una exigencia formal - motivación - sino de obedecer un principio funcional de orden constitucional que obliga a poner en conocimiento de los administrados las decisiones que los afectan (art. 209), con el fin de que puedan ejercer los respectivos controles o mecanismos que aseguren la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2 y 40); y de paso soslayar, como se ha dicho, el oscurantismo administrativo, permitiendo así que se garantice el derecho sustancial (art. 228 ib.).

En atención a las especialísimas funciones que le corresponde atender al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, se venía señalando sobre la no necesidad de motivar el acto de insubsistencia de un empleado inscrito en el régimen especial de carrera⁶.

Tal posición jurisprudencial fue reconsiderada y la Sala⁷ llegó a la siguiente conclusión:

“...Según el Decreto 2147 de 1989, los funcionarios del D.A.S pueden pertenecer el régimen de carrera ordinario o especial, según el cargo. El demandante por ser detective fue inscrito al régimen especial de carrera.

Dichos empleados, según el artículo 66 ibídem, pueden ser desvinculados de dos formas: (i) la primera en ejercicio de una facultad reglada, es decir, exige la concurrencia de un hecho determinado y (ii) la segunda en desarrollo de la facultad discrecional que recae en el Director del Departamento Administrativo, por razones de conveniencia.

⁶ Sentencia del 19 de julio de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 4 de agosto de 2.010, Consejero Ponente doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, Número Interno: 0516-2007, Actor: Luis Fernando Wbaldo.

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

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 algunos cargos que se encuentren inscritos en regímenes especiales de carrera.

La necesidad de motivar los actos administrativos, surge como una garantía para los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la administración al adoptar decisiones que afecte 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 artículo 209 de la C.P, y 35 del C.C.A.

Cuando la Corte Constitucional realizó el estudio de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 lo derogó parcialmente con excepción de su inciso primero por los artículos 44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, a través de la sentencia C-112 de 1999.

Bajo estos supuestos, en los eventos en que la administración fundaba su facultad discrecional del artículo 66 sin motivar los actos 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 la Corte Constitucional a través de la T-064 -07⁸ precisó que si bien existe la facultad discrecional de declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario, como quiera que este se encuentre inscrito en régimen especial de

⁸ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. T-064 de 2007. Accionante: Carlos Andrés Moreno Roa.

carrera lo cierto es que no existe ninguna norma que establezca que dicha decisión no deba ser motivada, razón por la cual siendo principio general de la motivación de los actos administrativos, es forzoso precisar que los actos que se expidan en ejercicio de esta deben expresar, siquiera de manera sumaria, los motivos por los cuales la autoridad administrativa ha adoptado la decisión.

En consecuencia, no existe norma que consagre expresamente que el acto que retire a los funcionarios en un cargo de régimen especial de carrera no deba ser motivado.

En este orden, según la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación como garantía de publicidad de la función administrativa y atendiendo a que las excepciones a esa regla deben ser expresas por la ley, 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 esta 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.

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 esta misma 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, las razones de conveniencia del servicio para retirar discrecionalmente a un empleado de régimen especial (art. 66 - literal b) - Dcto 2147/89) debe ceñirse a unas razones objetivas que serán exhibidas en el acto de insubsistencia, o estar consignadas en

la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, en los archivos de la entidad, o llegado el caso, indicárselas al juez dentro de las ritualidades procesales, por lo que resulta reprochable partir de una apreciación meramente subjetiva y secreta del Jefe del Departamento, es decir, alejada del buen servicio, puesto que la decisión deberá ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa (art. 36 C.C.A.).

En relación con los demás servidores públicos, regidos por normas (arts. 107 del Decreto 1950/73⁹, reglamentario de los Decretos 2400 y 3074/68 y 7º del Decreto 1572/98¹⁰, reglamentario de la Ley 443/98) que habilitaban a la administración para retirar discrecionalmente a los empleados que desempeñaran en forma precaria cargos de carrera, sin necesidad de motivar la decisión, han sido derogadas tácitamente por la Ley 909/04 (arts. 3 y 41) y por su decreto reglamentario 1227 del mismo año (artículo 10)¹¹.

Tales disposiciones legales serían aplicables, incluso, a quienes venían vinculados con anterioridad a su entrada en vigencia¹², pues a partir de este momento sólo podría darse por terminado el nombramiento del empleado no inscrito en el régimen de carrera a través de un acto administrativo formal y materialmente motivado,

⁹ Dispone la norma: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña."

¹⁰ Prevé: "El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados".

¹¹ Dispone: "Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados".

¹² La ley 909 de 2004 fue publicada en el Diario Oficial Diario Oficial No. 45.680 el 23 de septiembre de 2004.

regla ésta que armonizaría con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 13, 25, 53, 123 y 125).

En tal caso, se constituye no sólo en una garantía laboral para el empleado público, en cuanto se le permite ejercer el derecho de defensa (art. 29 C.P.) sino que se configura en un instrumento idóneo para evaluar el servicio que se presta.

Al verse comprometido entonces un derecho fundamental de orden constitucional, como lo es el debido proceso, el operador jurídico está en la obligación ineludible de entrar a protegerlo, así no haya sido solicitado su amparo de manera expresa en la demanda (C-197/99). En el caso examinado, se dirá que es ese precisamente el argumento central sobre el cual giró la discusión en el presente debate.

Ahora bien, si la demandante observó siempre y durante su permanencia en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS - una conducta que puede considerarse como buena, conforme a sus condiciones profesionales, laborales y personales en el ejercicio propio del cargo como Detective Profesional 207-10, ha debido continuar al servicio de esa entidad.

En esas condiciones, la sentencia del Tribunal Administrativo se confirmará por las razones aquí consignadas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada del 17 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso promovido por la señora LUZ MIRYAN MERA contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -.

Adiciónase para declararse inhibida respecto del acto de notificación del 11 de agosto de 2000.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.