

ACTO DE INSUBSISTENCIA DE LOS GUARDIANES DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, DAS – Motivación. Extensión de criterio jurisprudencial aplicable a los detectives

La tesis reciente respecto de la insubsistencia de los funcionarios del D.A.S. en sentencia de 4 de agosto de 2010, Radicación No 516-07, por motivos de conveniencia, concluye lo siguiente: 1. Las razones para la declaratoria de insubsistencia deben estar contenidas en la hoja de vida, archivos de la Entidad o en sede judicial cuando se indican al Juzgador para explicar los motivos que justificaron la decisión. 2. La falta de motivación de la insubsistencia impide establecer la proporcionalidad de la decisión con los hechos que le sirven de causa. 3. No existe norma legal que autorice que los actos administrativos de insubsistencia deban ser inmotivados. Observa la Sala que, si bien es cierto la reciente tesis asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado analizó el tema de la discrecionalidad del retiro de los Detectives del DAS del Régimen de Carrera Especial, también lo es que, para los Guardianes del Régimen de Carrera General pertenecientes a la misma entidad se les aplica similar facultad. La Corte Constitucional en sentencia C-112 de 25 de febrero de 1999, al declaró exequible del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, por medio del cual se fijaban las reglas para la declaratoria de insubsistencia en el régimen de Administración de personal de los empleados del DAS, aclaró que dicha norma “con excepción de su inciso primero, fue derogado por los artículos 44 y 66 del decreto 2147 de 1989.” Lo anterior permite concluir que la declaratoria de insubsistencia de los Detectives del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y funcionarios del Área Operativa, como el demandante, están fundadas en los mismos principios, esto es, por motivos de conveniencia y seguridad para la institución dada la función especial que brindan para el Estado, lo que a juicio de la Sala permite extender los precedentes recientes a los Guardianes del D.A.S. En aplicación de la Tesis actual de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se exige que las razones para la declaratoria de insubsistencia deban estar contenidas en la hoja de vida del empleado, en los archivos de la Entidad o en la defensa en sede judicial.

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

NOTA DE RELATORIA: En relación con la motivación del acto administrativo de insubsistencia de los detectives del DAS, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 516-07, M.P., Víctor Hernando Alvarado Ardila.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D. C., dos (2) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2000-03140-02(1984-09)

Actor: JOSÉ BERNARDO CASAS PIRAQUIVE

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, DAS

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de agosto de 2007, proferida por la Sección Segunda, del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por José Bernardo Casas Piraquive contra el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 01948 de 22 de diciembre de 1999, mediante la cual la Jefatura del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Guardián Código 214, Grado 04 de la Planta Global Área Operativa asignada a la Dirección de Protección.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría acorde con el Escalafón de la Carrera Administrativa del D.A.S., sin solución de continuidad; se paguen todos los sueldos y prestaciones sociales causados de 22 de diciembre de 1999 hasta el reintegro; se liquiden intereses moratorios de las sumas a pagar; indexando la condena, dando cumplimiento a los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Como hechos que sirvieron de sustento a las pretensiones narró los siguientes:

La Resolución No. 2249 de 16 de septiembre de 1995, proferida por el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., vinculó al demandante en el cargo de Guardián 214-03.

Los Decretos 2146 y 2147 de 1989, establecen el Régimen de Carrera Administrativa de los empleados del DAS previendo que el cargo desempeñado por el actor al momento de la insubsistencia (Guardián 214-04) pertenece a dicho Sistema.

Durante la permanencia en la entidad prestó un excelente servicio tal como lo demuestra su hoja de vida y calificaciones.

El Jefe inmediato del demandante (Alberto Ochoa Guevara) se dedicó a perseguirlo para hacerlo desvincular de la Institución. Le adelantó dos investigaciones disciplinarias siendo sancionado con multa de 2 salarios diarios por llegar tarde a su lugar de trabajo en Paloquemado (Bogotá) como consecuencia de la avería de su motocicleta.

El 10 de diciembre de 1999 en el Noticiero Caracol de las 12:30 p.m. se informó que el Mayor Luis Eduardo Barón Pedraza, Jefe de Contrainteligencia del DAS iba a ser investigado por la Procuraduría General de la Nación por presuntas conductas irregulares puestas en conocimiento por un Detective de la Institución.

El demandante, ese mismo día, cuando entró a prestar su turno de guardia a la 1:00 p.m. le preguntó al Coordinador de Seguridad "(...)" que si había alguna misión especial a cerca del Mayor BARON, Jefe de Contrainteligencia", para determinar si podía o no entrar al Edificio en consideración a que le correspondió el turno de la entrada. El Jefe de Contrainteligencia le contestó que no sabía nada, que no le habían informado pero que quedaban alerta.

Estando presentes el demandante junto con su compañero Norbey Castaño durante la prestación del turno de guardia en el parqueadero del DAS, el 14 de diciembre de 1999, llegó el Mayor Barón Pedraza junto con su conductor Enrique Español quien les preguntó que "(...)" si sabían cuál era el guardián que se había

estrellado con el Mayor Barón que era uno gordito, pero que no lo conocía, que se había puesto a hablar del mayor y que lo iban a joder.”

Según el demandante, el gordito era él, todo como consecuencia de preguntar el 10 de diciembre de 1999 que si había una misión especial respecto del Mayor Barón.

El 17 de diciembre de 1999, el demandante habló en inmediaciones del DAS con Javier Felipe Monroy Díaz empleado de esa Institución, quien le informó que: “(...) Casitas, yo le cuento algo pero Usted no me pregunte nada al respecto, listo? (...) Hermano usted alguna vez sostuvo una conversación con OCHOA donde había nombrado al Mayor BARON (...) Usted es buen amigo mío por eso le cuento no haga nada raro, hermano a nadie lo echan por trabajar (...)”

El 21 de diciembre de 1999 el demandante acudió a la Oficina de Quejas y Reclamos del DAS, para preguntar qué podía hacer respecto de la desinformación acontecida. El Dr. Sanjuán quien laboraba allí le dijo: “(...) no puedo hacer nada con anónimos, dígame a Español que venga y hable conmigo, así le puedo colaborar, de igual forma debe traer a los compañeros que le manifestaron eso, y si ve a ESPAÑOL dígameles que vengan que yo también los necesito, póngase las pilas y yo le colaboro. (...)”

El 22 de diciembre de 1999 el actor fue declarado insubsistente según la Resolución No. 01948 de esa fecha.

El Mayor Barón Pedraza fue acusado por la prensa de desviar millonarios fondos reservados, alterar y falsificar informes secretos y negociar cargamentos de municiones.

La insubsistencia fue motivada en el literal d), del artículo 44 del 2174 de 1989 (por informe reservado de la Dirección General de Inteligencia), en concordancia con el artículo 1° del Decreto 1679 de 1991.

El Director del DAS estuvo confabulado para cubrir las irregularidades cometidas por el Mayor Barón Pedraza, a pesar del excelente desempeño de la parte actora.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas citó las siguientes:

Artículos 2º, 4º, 15, 21, 25, 29, 125 y 209 de la Constitución Política; Leyes 443 y 446 de 1998; Decreto 1679 de 1991; Decretos 2146, 2147, 2164 de 1989; Decreto 01 de 1984.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, por intermedio de apoderado contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. (Fls. 56-63)

Frente a los hechos sostiene que no le constan, que son comentarios de oídas que deberán ser probados dentro del plenario.

Respecto de la Insubsistencia del demandante aduce que fue motivada de acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado y lo dispuesto por el artículo 44 literal d.), del Decreto 2147 de 1989 que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-048 de 1997, transcribiendo para el efecto la normativa y sentencias de las Altas Cortes.

El Acta No. 011 de 20 de diciembre de 1999 informó que la Comisión de Personal evaluó la información reservada expuesta por la Dirección General de Inteligencia contra el demandante, recomendando al Director del Departamento declararlo insubsistente.

El informe de inteligencia es reservado sin que la entidad tenga la obligación de revelarlo, tan sólo la Comisión de Personal evalúa tal información de la Dirección General de Inteligencia respecto de la inconveniente permanencia del empleado por razones de seguridad, quien recomienda la declaratoria de insubsistencia siendo el requisito que se debe surtir.

LA SENTENCIA

La Sección Segunda, del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 30 de agosto de 2007 (Fls. 311-332), negó las pretensiones de la demanda.

Dentro del plenario no se logró probar la persecución laboral contra el demandante, ni que el Mayor Barón hubiese influido en la Comisión de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS. Los testigos citados no conocían al demandante y la decisión de retirarlo del servicio obedeció única y exclusivamente a un informe reservado presentado ante la Comisión por parte del Director de Inteligencia, tal como consta en el Acta No. 11 de 20 de diciembre de 1999 y que fue el antecedente para la evaluación previa.

Según el testigo Alberto Ochoa Guevara, el demandante fue sancionado existiendo la necesidad de reubicarlo en más de una oportunidad, pues tenía una conducta irregular en la prestación del servicio. El informe de Inteligencia presentado ante la Comisión de Personal se basó en "(...) la sanción impuesta al actor, y por ello se había tomado la decisión unánime de declarar insubsistente al actor; es decir, que no hubo ni siquiera objeción por parte del representante de los empleados en la decisión de retiro, luego de escuchar el informe de inteligencia."

Si bien el demandante se encontraba inscrito en el régimen ordinario de Carrera, no es menos cierto que el artículo 44 del Decreto 2147 de 1989 facultó de manera expresa al nominador para declarar insubsistente a los empleados inscritos, siempre y cuando mediara un informe de inteligencia previa recomendación de la Comisión de Personal, tal como se encuentra acreditado en el proceso.

En cuanto a la motivación del acto de retiro que declaró la insubsistencia del actor, el artículo 44 literal d.) del Decreto 2147 de 1989 concedió la facultad para retirar a un empleado inscrito en el régimen ordinario de Carrera, previa recomendación de la Comisión amparada por el informe de inteligencia para lo cual la decisión no se motivará, sin que se desconozcan los derechos del demandante.

Los informes reservados no necesariamente deben ser incluidos en forma escrita en el Acta, por cuanto dejarían de ser reservados y se convertirían en públicos.

EL RECURSO

La parte actora interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (Fls. 365-375). Reitera lo expuesto en la demanda y en el material probatorio.

Al demandante se le declaró insubsistente por un presunto informe de inteligencia que nunca se aportó, ni se pudo controvertir, es decir, que se desconoció el derecho de defensa, además a folio 144 del cuaderno principal aparece un Oficio suscrito por el Director General de Inteligencia del DAS indicando que contra el actor no existe informe de inteligencia, es decir, que no hubo razones que justificaran la decisión discrecional.

La Corte Constitucional adujo en la sentencia T-928 de 2004, que el informe de inteligencia no puede oponer la reserva en caso de que se necesite tener acceso a su contenido para defenderse al interior de las actuaciones administrativas o judiciales.

Si bien al demandante no le figuran felicitaciones en su hoja de vida como sí una sanción por llegar tarde a su lugar de trabajo, ya pagó por tal conducta con una multa de dos días de salario sin que sea dable perseguirlo por tal situación.

El Acta No. 11 de 20 de diciembre de 1999 a través de la cual se recomendó el retiro del actor, no contiene los motivos por los cuales se tomó la decisión de retirarlo del servicio, y su contenido tan sólo lo pudo conocer una vez retirado del servicio activo del DAS, en abierto desconocimiento del derecho de Defensa y Contradicción.

Si fueron tan graves los hechos cometidos por el demandante, que pusieron en peligro la seguridad de Estado y del DAS, cómo se explica que no fueron iniciados procesos disciplinario y penales.

De los testimonios allegados al plenario lo único que se puede extraer es que no se controvertió el informe de inteligencia que por demás "(...) obedeció a los mismos hechos por los cuales fue sancionado, es decir, el nominador simple y

llanamente abusó de los informes de inteligencia con el argumento que son reservados y qué en razón a ello no los puede dar a conocer.”

Solicitó se tenga en cuenta el salvamento de voto de la primera instancia a cargo del Magistrado Dr. Carlos A. Pinzón Barreto, de cuyo contenido se infiere la posibilidad de acceder a las súplicas de la demanda.

La sentencia impugnada no tuvo en cuenta que el Mayor Barón Pedraza era el Jefe de Contrainteligencia, es decir, quien suministraba los informes al Director de la Dirección General de Inteligencia para ser expuestos ante la Comisión de Personal antes de declarar insubsistente al empleado, lo cual demuestra una falta de imparcialidad y transparencia.

Es inaceptable que un informe de inteligencia que pone en riesgo la seguridad del Estado sea presentado de manera verbal. No comparte la situación de que el Acta No. 11 de 20 de diciembre de 1999 no exponga los motivos de inconveniencia para la prestación del servicio ya que tal conducta vulnera el derecho de defensa del demandante quien no tiene como controvertir tal situación.

El testimonio de Pedro Ernesto Ternera Pérez, Representante de los Empleados que participó en la Comisión de Personal informó que la insubsistencia del demandante estaba “(...) relacionada con la sanción impuesta al actor, aquí hay dos situaciones que se deben tratar, la primera que es absurdo, arbitrario e ilegal que un informe de inteligencia trate sobre la no presentación a laborar de un empleado y simplemente se demuestra es la forma irregular, con la que se manejan los informes de inteligencia en el DAS y en los cuales se abusa para retirar a funcionarios como el caso del señor CASAS PIRAQUIVE.”

Si el demandante fue sancionado por no presentarse a laborar con multa de 2 días de sueldo, es injusto que se le condene doble vez retirándolo del DAS por el mismo hecho, pero disfrazado por un informe de inteligencia.

Si bien es cierto que los informes reservados no necesariamente deben ser incluidos en forma escrita en el acta por cuanto como lo afirmó la primera instancia serían públicos, también lo es que en sede judicial la Entidad demandada debe informar

al Juez de conocimiento los motivos de inconveniencia por los cuáles tomó la decisión de insubsistencia mejorando el servicio.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia, previa las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la Resolución No. 01948 de 22 de diciembre de 1999, a través de la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- declaró insubsistente el nombramiento del actor como Guardián 214-04, se ajustó a la legalidad.

ACTO ACUSADO

Resolución No. 01948 de 22 de diciembre de 1999, mediante la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS., en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el literal d), del artículo 44 del Decreto 2147 de 1989 y el artículo 1° del Decreto 1679 de 1991, declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Guardián 214-04 de la Planta Global Área Operativa asignada a la Dirección de Protección. (Fls. 3)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Extracto Hoja de Vida.

Según el extracto de hoja de vida del demandante, suscrito por la Jefe de Unidad de Personal del DAS (Fls. 6), ingresó al DAS el 4 de octubre de 1995 en el cargo de Guardián 214-03, a través de nombramiento efectuado por Resolución No. 16 de ese año.

Durante la prestación del servicio ostentó los cargos de Guardián 214-03 de 4 de octubre de 1995 al 31 de enero de 1996 y de Guardián 214-04 de 1° de febrero de 1996 al 22 de diciembre de 1999 cuando fue retirado por insubsistencia.

Fue sancionado con multa de dos días de salario por no presentarse al servicio de guardia y no le figuran felicitaciones. (Fls. 6)

Derecho de Carrera Administrativa.

Según la certificación proferida por el Jefe de la Oficina de Recursos Humanos del DAS (Fls. 8), el demandante ostentó los derechos de Carrera Administrativa Ordinaria siendo inscrito por Resolución 1187 de 4 de junio de 1996.

Recomendación del Retiro del actor.

El Acta 11 de 20 de diciembre de 1999, proferida por la Comisión de Personal del DAS recomendó el retiro del actor, en virtud de la exposición por parte del Director General de Inteligencia del Informe Reservado de Inteligencia. (Fls. 123-127)

Testimonios Recepcionados.

Con el fin de aclarar los hechos en que se sustentan las pretensiones de la demanda la primera instancia recepcionó las siguientes testimoniales:

El señor Alberto Ochoa Guevara (Fls. 191-194), manifestó que conoció al actor porque fue superior jerárquico al ostentar el cargo de Coordinador de Seguridad de Instalaciones, pero desconoce los motivos por los cuales fue declarado insubsistente, ya que por lo general no se dan a conocer a los funcionarios. Sobre su desempeño laboral manifestó que era un poco irregular, ya que al parecer tenía problemas familiares y económicos, situación que en su momento trató de coadyuvar trasladándolo a un puesto satélite para que con una jornada mas favorable pudiera trabajar en otros asuntos y mejorar sus ingresos, sin embargo tuvo que ser devuelto al nivel central porque presentó algunas anomalías. Sobre la noticia informada en Caracol sobre presuntas irregularidades del Mayor Luis Eduardo Barón Pedraza, Jefe de Contrainteligencia del DAS., y de lo cual el demandante preguntó si existía alguna novedad sobre ello, contestó que esto fue de conocimiento público sin que fuera necesario presentar algún informe.

La señora María Isabel Restrepo Correa (Fls. 259-254), Secretaria General del DAS, informó que no recuerda conocer al demandante. Indicó que si bien suscribió el Acta 11 de 20 de diciembre de 1999, proferida por la Comisión de Personal que recomendó por unanimidad la insubsistencia del actor, no recuerda

cuales fueron las razones del informe de inteligencia para retirar al actor, de eso ya pasaron 7 años y su memoria no da más datos.

El señor Pablo Ernesto Ternerá Pérez (Fls. 265-269), en calidad de suplente del Representante de la Comisión de Personal, adujo que no conoce al demandante, y que su insubsistencia fue la única que presencié en calidad de suplente de los Empleados de la Comisión de Personal. Adujo que durante la sesión preguntó si el actor había tenido sanciones anteriores indicándosele que sí pero no recuerda cual.

La señora Cecilia Del Carmen Rentería de Cabrera (Fls. 171-275), en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del DAS, afirmó que no conoce a la parte actora, pero que participó de la Comisión de Personal que aprobó la recomendación de insubsistencia. En esas reuniones llevaban informes reservados de inteligencia pero para el caso concreto no recuerda qué motivó a la Administración para el retiro del actor.

La señora Julia Elvia Arias Herrera, Jefe de la Oficina de Recursos Humanos del DAS (Fls. 275-282), expresó que no conoce al demandante; a pesar de que una de las funciones de la Comisión de Personal es conocer los informes de inteligencia, el Director de Inteligencia presentaba verbalmente la situación y se procedía a la votación para recomendar la insubsistencia.

ANÁLISIS DE LA SALA

Para desatar los cargos en los que sustenta el actor el recurso de apelación, la Sala procede al estudio del problema en el siguiente orden:

Régimen de Carrera Ordinaria de los Guardianes del DAS

De conformidad con lo establecido en el Decreto 2147 de 1989, por medio del cual “se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S”, los empleados se clasifican en Régimen Ordinario y Especial (art. 2).

El Régimen Ordinario de Carrera es el conjunto de normas que regulan el ingreso, permanencia, promoción y retiro de los funcionarios del Departamento

Administrativo de Seguridad que no sean de libre nombramiento y remoción ni detectives (art. 4).

El acto acusado se motivó legalmente en las facultades otorgadas en el artículo 44 literal d) ibídem, que determina como causal de insubsistencia de los empleados inscritos en el régimen ordinario de Carrera, entre otras las siguientes:

“Cuando por informe reservado de la Dirección General de Inteligencia y previa evaluación de la Comisión de Personal, aparezca que es inconveniente su permanencia en el Departamento por razones de seguridad. En este caso la providencia no se motivará.”

Del Desarrollo Jurisprudencial

Al estudiar la insubsistencia del Guardián Superior, Grado 213-07, de la Planta Global Operativa - Seccional Risaralda, perteneciente a la Carrera Administrativa Ordinaria del DAS, esta Sala mediante sentencia de 25 de enero de 2001, M.P. Dr. Tarscio Cáceres Toro, Exp. No. 1949-98, encontró ajustada al ordenamiento jurídico la decisión del Director del retiro discrecional en consideración a que así lo dispone la Ley. Expresó la providencia lo siguiente:

“Así, la ponderación de la conveniencia para el retiro discrecional del servicio, de un funcionario escalafonado en la carrera ordinaria del D.A.S, debe efectuarla el Director de la Entidad, de conformidad con su propio criterio y previo el cumplimiento de las exigencias de ley; cuando llega a la conclusión de la necesidad del retiro de esta clase de servidor público, por autorización legal, puede expedir el acto de insubsistencia del nombramiento sin motivación, por lo cual la ausencia de ella no comprende una irregularidad y violación normativa. Y si la ley autoriza la expedición del acto sin expresión de la motivación, se colige que tampoco es necesario dejar la constancia pertinente en la hoja de vida del funcionario, lo cual marca una diferencia con el régimen ordinario de los servidores públicos del orden administrativo.”

En igual sentido, la sentencia de 29 de septiembre de 2005, M.P. Dr. Jaime Moreno García, Exp. No. 1811-04, al estudiar la legalidad de la Resolución que declaró insubsistente el nombramiento de un Detective 208-06 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Subdirección de Asuntos Migratorios dependiente de la Dirección General Operativa, invocando la causal de retiro señalada en el literal b), del artículo 66 del Decreto 2147 de 1996, en armonía con el artículo 1° del Decreto 1679 de 1991, indicó que es una causal legal cuya facultad está atribuida al Director del DAS dadas las especiales condiciones de confiabilidad que deben tener los funcionarios de la entidad y cuyo único reproche se orienta a la contrariedad

con el buen servicio público. Tal sentencia hace un recuento Jurisprudencial de la posición asumida por el Consejo de Estado sobre la insubsistencia tanto del régimen de Carrera Administrativa Ordinario y Especial del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, así:

“(…) Con el fin de precisar los alcances de la causal de retiro consagrada en la aludida norma, es necesario transcribir algunos apartes de la sentencia de esta Corporación, de noviembre 21 de 1996, expediente 12176, M.P. Dra., Dolly Pedraza de Arenas, mediante la cual se fijó criterio jurisprudencial sobre esta disposición legal, el cual es recogido y reiterado de nuevo por esta Sala. El citado fallo, es del siguiente tenor:

No hay duda entonces que por disposición legal, el Director del DAS, en relación con los funcionarios de ese organismo perteneciente al régimen especial de carrera -detective- está investido de 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 sólo de las instituciones estatales y de las autoridades administrativas que /as representan o por medio de las cuales actúan éstas, sino la de la sociedad civil en general, de ahí que se requiere que quienes desempeñan tales cargos, además de contar con la preparación técnica indispensable, sean poseedores de singulares y excepcionales 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 encomendada 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 y oportuno e inmediato, en criterio de la Sala, puede garantizarse la aludida prestación.

Como la ponderación de la conveniencia del servicio del retiro de dicho personal, debe efectuarla el Director del DAS de conformidad con su propio criterio, pero con miras siempre al mejoramiento de aquél, es lógico que el acto de insubsistencia sea inmotivado. No es pues requisito condicionante de la validez del mismo la exposición de su motivación, como tampoco lo es el dejar constancia de las razones de esa medida en la hoja de vida del detective. Ninguna disposición aplicable al personal del DAS contempla tal proceder, ni la eleva a la categoría de requisito de la legalidad del acto de remoción.

Los anteriores razonamientos constituyen fundamento suficiente para recoger el criterio expuesto por la Sala en providencia fechada el 17 de agosto de 1995, en el proceso número 8557, Actor: Osear Hernando Franco Agudelo, en el cual se sentó la tesis contraria a la aquí expuesta. Se opera pues, un cambio de Jurisprudencia sobre el tema tratado. (...)

Sobre la falta de motivación del acto acusado, o la inclusión en la hoja de vida de las razones que tuvo el nominador para su expedición, resulta necesario traer a colación reiteradas sentencias de la Sala Plena de esta Corporación, en la que se sentó jurisprudencia sobre el tema, y se dejó en claro porqué no es obligatorio que el Director del DAS realice tales conductas, tratándose de la declaratoria de insubsistencia de los Detectives de la Institución. La Sentencia del 17 de noviembre de 2004 de la Sala Plena del Consejo de Estado, Exp. S-178, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló:

Violación directa por interpretación errónea del artículo 66 del decreto 2147 de 1969, cuyo tenor es:

Señala el recurrente que, cuando la disposición transcrita consigna la expresión "(...) solo procede por las siguientes razones (...)", tal frase está ligada a un motivo o causa que como tal, debe ser expresada en el correspondiente acto administrativo, cuando se habla de "razones" ellas deben expresarse.

Este planteamiento carece de asidero en razón a que la disposición transcrita al utilizar el término "razones" no está exigiendo motivación en la decisión que adopte en desarrollo de la facultad allí consagrada. Dicho precepto establece las circunstancias por las cuales procede la declaración de insubsistencia del nombramiento de los detectives: por calificación deficiente y en ejercicio de la facultad discrecional. No prevé que al ejercer esta última, deban consignarse los motivos que levan a la administración a tomar la decisión.

Tanto la causal de retiro prevista en el literal b) del artículo 66 del decreto 2147 de 1989, como la señalada en el literal b) del artículo 34 del decreto 2146, contiene una facultad discrecional que como lo ha precisado la Corporación en diversos pronunciamientos, una de sus características esenciales es la inmotivación. No es de recibo el esfuerzo que hace el recurrente cuando afirma que por el hecho de que el artículo 66, literal b), del decreto 2147 de 1989 contemple las expresiones "razones" y "conviene" ello implique que un acto de insubsistencia que por definición legal es discrecional, deba motivarse."

Y reiteró la Sala Plena de la Corporación, en fallo del 23 de noviembre de 2004. Exp- S-171, M.P. María Elena Giraldo Gómez:

Observa el Consejo de Estado, a diferencia de lo aseverado por el recurrente, que la sentencia suplicada aplicó debidamente la norma

en que soportó el fallo atacado, de una parte, siguió el texto de la disposición cuando en su literal b) dice de la discrecionalidad de tal facultad y de su ejercicio cuando a criterio de dicho funcionario considere que la remoción conviene a la Institución, de otra, a la declaratoria de constitucionalidad efectuada por la Corte Constitucional (Sentencia C-048 de 1996) sobre dicha norma, en la que da cuenta de la existencia de justificación suficiente de carácter objetivo y razonable para la consagración por vía excepcional de una causal que permita el ejercicio de la facultad discrecional sobre dichos servidores, e infirió la facultad del Director del DAS de prescindir discrecionalmente de un detective escalafonado en carrera administrativa, sin necesidad de motivar la decisión, al avenirse al carácter especial que detenta el régimen de carrera de esta clase de funcionarios y la función particular que desempeñan, como lo puntualizó la Corte en la mencionada sentencia.

(...)

Lo cierto es que el Director, en uso de la atribución que le fue conferida por el literal b) del artículo 66 del decreto 2147 de 1989, declaró la insubsistencia del actor. De esta potestad, como ya se explicó, puede hacer uso la administración sin más cortapisa que la de la búsqueda del mejoramiento del servicio, por lo que su único reproche admisible para quebrar la legalidad del acto acusado, es la contrariedad con el buen servicio público. (...)"

La tesis expuesta en las providencias citadas en párrafos precedentes, concluye respecto de la facultad discrecional de la insubsistencia por razones de conveniencia y seguridad lo siguiente:

1. La ponderación para declarar la insubsistencia de un funcionario escalafonado debe efectuarla el Director del D.A.S.
2. La Ley autoriza la expedición del acto sin expresión de la motivación y no es necesario dejar constancia en la hoja de vida del funcionario.
3. La decisión de la insubsistencia únicamente debe estar soportada en razones del buen servicio.
4. La medida se justifica por la calidad especial que ostentan los funcionario del Departamento Administrativo de Seguridad - D.A.S. cuyas funciones se orientan a salvaguardar la seguridad, debiéndose acreditar especiales calidades personales, idoneidad, confiabilidad, lealtad, probidad, rectitud y pundonor.

Ahora bien, en reciente sentencia de la Sección Segunda Subsección "A" del Consejo

de Estado de 17 de abril de 2008,¹ en relación con la facultad discrecional, cambió la posición mayoritaria considerando que las razones objetivas de conveniencia para la Institución de la declaratoria de insubsistencia de un empleado de Carrera Especial del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, pueden estar presentes:

1 En la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro.

2 En los archivos de la Entidad.

3 En sede judicial al indicárselas al juzgador en la etapa pertinente.

En el último caso es obligación explicarle y demostrarle al Juez las razones que sustentan la decisión de insubsistencia.

Sobre el tema de la motivación del acto de insubsistencia de los Detectives del DAS inscritos en carrera especial y la demostración de los motivos de conveniencia en los que se sustenta la decisión, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, manifestó lo siguiente:

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

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

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

¹ Sentencia del 17 de abril de 2008, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente 8982-2005, reiterada en providencia del 3 de diciembre de 2009, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2054-2008.

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. (...)"

La tesis reciente respecto de la insubsistencia de los funcionarios del D.A.S. por la causal descrita, concluye lo siguiente:

1. Las razones para la declaratoria de insubsistencia deben estar contenidas en la hoja de vida, archivos de la Entidad o en sede judicial cuando se indican al Juzgador para explicar los motivos que justificaron la decisión.
2. La falta de motivación de la insubsistencia impide establecer la proporcionalidad de la decisión con los hechos que le sirven de causa.
3. No existe norma legal que autorice que los actos administrativos de insubsistencia deban ser inmotivados.

Caso Concreto

Observa la Sala que, si bien es cierto la reciente tesis asumida por la Sección Segunda del Consejo de Estado analizó el tema de la discrecionalidad del retiro de los Detectives del DAS del Régimen de Carrera Especial, también lo es que, para los Guardianes del Régimen de Carrera General pertenecientes a la misma entidad se les aplica similar facultad, tal como se transcribe a continuación:

Decreto 2147 de 1989. Art. 44	Decreto 2147 de 1989. Art. 66
El nombramiento de los empleados en período de prueba o inscritos en el	El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los

<p>régimen ordinario de carrera será declarado insubsistente por la respectiva autoridad nominadora: (...)</p> <p><u>d) Cuando por informe reservado de la Dirección General de Inteligencia y previa evaluación de la Comisión de Personal, aparezca que es inconveniente su permanencia en el Departamento por razones de seguridad. En este caso la providencia no se motivará.</u></p>	<p>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: (...)</p> <p><u>b) Cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario.</u></p>
---	---

La Corte Constitucional en sentencia C-048 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, declaró exequible el literal d), del artículo 44 del Decreto 2147 de 1989, siempre que se trate de la insubsistencia del nombramiento de aquellos empleados en período de prueba o inscritos en el régimen ordinario de carrera, cuyos cargos se encuentran relacionados dentro del Área Operativa de que trata el Decreto 001179 de 4 de julio de 1996 (el cargo del demandante Guardián Grado 04 está incluido dentro del Área Operativa), y el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989. Dentro de las consideraciones para la declaratoria de exequibilidad la Corte adujo:

“(...) Por consiguiente, 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 objetiva 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.

Es evidente que los detectives del DAS manejan informaciones secretas reservadas, cuya revelación compromete la seguridad estatal y por ende, dicha actuación así como el desbordamiento de la función pública a ellos encomendada puede generar perjuicios en detrimento de la integridad del régimen constitucional, del mismo organismo y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que deben proteger.

Por ello, también resulta obvio que a los servidores mencionados, así como a los del Área Operativa del DAS se les exija una responsabilidad mayor que a los demás empleados del orden administrativo, dado además, el grado de confianza superlativo que debe existir entre estos y el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, razón por la cual es razonable que a ellos se les aplique la excepción al 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 aquellos funcionarios respecto de los cuales no exista la lealtad, confiabilidad y honradez requerida. (...)"

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-112 de 25 de febrero de 1999, al declaró exequible del artículo 34² del Decreto 2146 de 1989, por medio del cual se fijaban las reglas para la declaratoria de insubsistencia en el régimen de Administración de personal de los empleados del DAS, aclaró que dicha norma "con excepción de su inciso primero, fue derogado por los artículos 44 y 66 del decreto 2147 de 1989."

Lo anterior permite concluir que la declaratoria de insubsistencia de los Detectives del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y funcionarios del Área Operativa, como el demandante, están fundadas en los mismos principios, esto es, por motivos de conveniencia y seguridad para la institución dada la función especial que brindan para el Estado, lo que a juicio de la Sala permite extender los precedentes recientes a los Guardines del D.A.S.

Sobre la discrecionalidad del DAS, la Corte Constitucional en la sentencia C-048 de 1997, indicó lo siguiente:

"Así pues, la discrecionalidad atribuida al Director del DAS para declarar la insubsistencia del nombramiento de un empleado del régimen ordinario de carrera, está justificada en las razones del servicio; se basa en principios de razonabilidad y de seguridad del Estado, por lo que no implica arbitrariedad; no se trata, entonces, de una discrecionalidad absoluta, pues en el precepto acusado se establece una evaluación objetiva para que proceda el retiro por esta vía, en la que intervienen la Comisión de Personal y la Dirección General de Inteligencia, con lo cual se eliminan las meras convicciones subjetivas para proceder al retiro del empleado. Todo ello garantiza un estudio previo para los efectos de la remoción de dichos funcionarios

² El contenido completo de la norma es el siguiente: "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 las circunstancias anotadas, sin que la circunstancia de que la providencia de separación del cargo impida la posibilidad que tiene el empleado así removido para ejercer las acciones contencioso administrativas ante la jurisdicción competente.”

La Resolución No. 01948 de 22 de diciembre de 1999, por medio de la cual la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Guardián 214-04 de la Planta Global, no expresó las razones en que se sustentó la decisión.

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

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

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

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

que motivaron la decisión o al menos una defensa dentro del sub-lite que así lo indique.

La falta de motivación de la decisión de insubsistencia restringe el Debido Proceso y el derecho de Contradicción del demandante dentro del proceso judicial, y si bien es cierto la atribución dada al Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS para retirar del servicio a los funcionarios descansa en motivos de conveniencia y seguridad dadas las especiales funciones asignadas por la Ley, también lo es, que al momento del estudio de un proceso judicial deben ser revelados pues es una de las estrategias de defensa que tiene el afectado para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo en procura del buen servicio.

Por lo tanto, concluye la Sala que en el sub-lite no existen argumentos que justifiquen el ejercicio de la potestad discrecional, pues no se explicaron las razones por las cuales se decidió retirar del servicio al actor, ameritando revocar la decisión de primera instancia y en su lugar acceder a las súplicas.

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

1°. **REVÓCASE** la sentencia de 30 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, **que negó las pretensiones de la demanda** incoada por José Bernardo Casas Piraquive contra el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS.

En su lugar se dispone:

2°. **DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución No. 01948 de 22 de diciembre de 1999, proferida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -

DAS, a través de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor José Bernardo Casas Piraquive, en el cargo de Guardián 214-4.

3°. CONDÉNASE, al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS, a título de restablecimiento del derecho, 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 percibir desde la fecha del retiro hasta que se produzca el reintegro efectivo, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

4°. Las sumas de condena deberán ser 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 en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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

5°. DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio entre la fecha del retiro y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

6°. **DÉSE** cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
(AUSENTE POR COMISIÓN DE SERVICIOS)**

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ