

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02073-00
Accionante: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Accionado: Tribunal Administrativo de Caldas

Acción de tutela - Fallo de primera instancia

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado contra el Tribunal Administrativo de Caldas, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86 y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Mediante escrito radicado el 14 de agosto de 2014 en la Secretaría General de esta Corporación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por intermedio de la Directora de Defensa Jurídica, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Caldas, con el fin de obtener el amparo del derecho fundamental al debido proceso del Departamento Administrativo de Seguridad DAS – Entidad Suprimida, cuyos intereses jurídicos representa¹.

Tal derecho lo considera vulnerado por la referida autoridad judicial, con ocasión de la sentencia de 30 de enero de 2014 que revocó el fallo proferido el 30 de

¹ En virtud de lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto – Ley 4057 de 2011, reglamentado por el Decreto 1303 de 2014, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, asumió la representación judicial del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– Entidad Suprimida, en relación con aquellas y funciones que no fueron asumidos por otras entidades.

noviembre de 2013 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales que había negado las pretensiones de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Alba Luz Flórez Gelvez contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

1.2. Hechos

La Directora de Defensa Jurídica de la entidad accionante fundamentó la solicitud de amparo en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- Mediante Resolución No. 0129 del 29 de enero de 2010, dictada por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora Alba Luz Flórez Gelves, del cargo de Detective 208-7 de la Planta de Personal Operativa de la Seccional de Caldas.
- La decisión adoptada por la entidad se fundamentó en las siguientes razones:

"Que el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, faculta al Director del Departamento Administrativo de Seguridad, a retirar del servicio a los funcionarios del régimen especial de carrera administrativa, por razones de conveniencia para la institución.

Que a la Subdirección de Contrainteligencia conforme a las funciones dispuestas en el artículo 27 del Decreto 643 de 2004 y el Decreto 4662 de 2005, le corresponde adelantar estudios de lealtad a los funcionarios de la institución y presentar los resultados de los mismos al Director de Departamento.

Que conforme lo dispone la sentencia C-048 de 1997, los estudios de lealtad realizados por la Subdirección de Contrainteligencia, constituyen la verificación del grado de confianza superlativo que debe existir entre el funcionario y el jefe de la entidad y del mismo para el ejercicio de las importantes funciones encargadas, que servirá como soporte fáctico (sic) para adoptar la decisión de prescindir de los servicios de aquellos funcionarios de los cuales no exista la lealtad, confiabilidad y honradez requerida.

Que como consecuencia de lo anterior, la Subdirección de Contrainteligencia recomendó al Director la inconveniencia de la permanencia de la funcionaria ALBA LUZ FLÓREZ GELVEZ en la institución, por razones de seguridad teniendo en cuenta la especial función misional que cumple el DAS en el ramo de la seguridad nacional, conforme a informe de inteligencia de carácter reservado, en los términos de la Ley 57 de 1985 en armonía con la Ley 1288 de 2009, que consta en documento de Enero de 2010 suscrito por el Subdirector de Contra inteligencia (E) y el Coordinador del Grupo de Contrainteligencia Interna.

Que con fundamento en el anterior informe y la facultad legal dada al Director, se ordena la desvinculación de la funcionaria, haciendo uso de la figura de insubsistencia del nombramiento, que discrecionalmente le compete a esta Dirección, cuando de por medio se involucra la Seguridad Nacional, conforme al reproche de lealtad que le fue verificado por los servidores de Contrainteligencia,

*quienes así lo informan*².

- La señora Alba Luz Flórez Gelvez, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo que dispuso su retiro del servicio.
- El 30 de noviembre de 2012, el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, en primera instancia, resolvió negar las pretensiones de la demanda.
- Consideró el *a quo* que el nominador contaba con la facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento de la demandante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto 2147 de 1989, facultad que se justifica en razón de las funciones asignadas al personal de detectives, respecto de quienes debe existir una relación laboral regida por un alto grado de confiabilidad.

Afirmó que *“... la actora se limita sólo a manifestar que existieron otros motivos ocultos para la expedición de su desvinculación, pero no logra demostrar esas afirmaciones. Por el contrario obra a folio 12 del cuaderno 3º informe reservado de conRAINTeligencia, en donde se evidencian claros motivos por los cuales se determina la inconveniencia de que la señora Flórez Gelvez permanezca en la institución, demostrándose que los motivos por los cuales el Director del DAS declara la insubsistencia de la demandante son completamente válidos y objetivos, y no existe en el presente caso falsa motivación, y en consecuencia, no se evidencia desviación de poder una vez que la decisión de desvinculación obedeció a motivos plenamente fundados y serios, no al capricho del Director del DAS”*³.

En relación con la potestad disciplinaria, planteó que la misma es autónoma e independiente de la facultad discrecional, el ejercicio de la primera no inhibe el adelantamiento de la segunda, pues no podría pensarse en la existencia de una supra estabilidad laboral del disciplinado.

- Mediante sentencia de 30 de enero de 2014, el Tribunal Administrativo de Caldas, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró la nulidad de la Resolución No. 129 del 29 de enero de 2010 y, en consecuencia,

² Folio 2.

³ Folio 31.

condenó a la entidad a reintegrar a la demandante al servicio activo del DAS, en el cargo que tenía al momento del retiro, así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, hasta que se haga efectivo el reintegro.

- El *ad quem* estableció el marco legal y jurisprudencial de la facultad discrecional de desvincular a un empleado de carrera, así como el correspondiente a los informes de inteligencia y contrainteligencia, con fundamento en el cual consideró que si bien el acto de insubsistencia contiene una motivación, la misma se limita a hacer mención de la recomendación de retiro basado en un informe de inteligencia de carácter reservado.

Agregó que *“... en el caso concreto para la Sala la demandante no conoció el motivo de su retiro y la entidad no probó, en el presente asunto los motivos que tuvo para retirar del servicio a la aquí accionante. Entonces siendo evidente la transgresión normativa por parte de la entidad y al no haberse demostrado por el D.A.S. las razones objetivas y fundadas que dieron origen al retiro de la demandante, no se analizarán los demás cargos formulados⁴”*.

- En forma simultánea con el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho la Procuraduría General de la Nación adelantó la respectiva investigación disciplinaria contra la demandante en el proceso ordinario y contra otros funcionarios de la entidad implicados en los mismos hechos *“... por posible extralimitación de funciones por reclutamiento de informantes para seguimientos, al parecer ilegales, a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, enterarse ilegalmente y obtener de manera fraudulenta expedientes e información reservada de esa Corporación, violar derechos fundamentales por posible interceptación ilegal de comunicaciones, al transgredir la intimidad de dichos Magistrados⁵”*.

- El 1º de febrero de 2012, el Procurador Segundo Delegado para la Moralidad Administrativa encontró disciplinariamente responsable a Alba Luz Flórez Gelvez, en consecuencia, le impuso sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de veinte (20) años, por las conductas gravísimas descritas en los numerales 16, 47, 60, 3.2. y 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002⁶, las cuales se calificaron a título de dolo.

⁴ Folio 29 del Anexo contentivo del proceso ordinario.

⁵ Folio 2.

⁶ En efecto, a la disciplinada, de quien afirmó los medios de comunicación la denominan “Mata Hari” se le formularon cinco cargos por las actividades realizadas entre marzo de 2007 y agosto de 2009, a saber: el primer cargo, se le imputó por cuanto pudo quebrantar el numeral 16 del artículo 48 de la ley 734 de 2002,

- Mediante fallo de 10 de julio de 2014, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, confirmó la sanción impuesta a la señora Alba Luz Flórez Gelvez.

1.3. Fundamentos de la solicitud

A juicio de la entidad accionante, en la providencia cuestionada se incurrió en las siguientes causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial:

- (i) Desconocimiento de la ley aplicable al caso y la inaplicación o aplicación deficiente del precedente constitucional fijado en la sentencia C-048 de 1997, en relación con el alcance de la discrecionalidad en el caso del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

Consideró que la autoridad accionada interpretó erróneamente el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, norma que consagra una excepción al régimen ordinario de carrera del DAS, declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-048 de 1997.

Refirió el caso analizado por la Corte Constitucional en la sentencia T-821 de 2008, confrontó el contenido de las dos resoluciones por medio de las cuales se declaró la insubsistencia de los nombramientos de detectives del DAS, para concluir que son similares, de tal manera que *"... si en aquel caso la Corte Constitucional consideró que tal resolución se encontraba motivada, y que por tanto se había*

que señala que constituye falta disciplinaria gravísima *"Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales"*, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución Política. En el segundo cargo se le imputó que pudo haber violado el numeral 47 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, que dispone que constituye falta disciplinaria gravísima, violar la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción. Tercer cargo: por presunta vulneración del numeral 60 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, que erige en falta disciplinaria gravísima: *"Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan, para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante"*, dado que la función de inteligencia prevista en la ley no puede ser utilizada para fines distintos a los de la seguridad nacional, interior o exterior, con el fin último de brindar protección de la ciudadanía en general, lo que parece no ocurrió en los hechos objeto de investigación; Cuarto cargo: Se les dijo que esta conducta se encuentra tipificada como falta disciplinaria en el numeral tercero inciso dos del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que señala: *"Numeral 3. Inciso 2: Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga"* y el quinto cargo consistió en del artículo 48 de la ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: *"1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo"*, por presunta violación de los artículos 416, 286, 292, 192 y 428 del Código Penal. Las faltas gravísimas se imputaron a título de dolo.

solucionado la alegada violación al debido proceso, la lógica de la igualdad y el razonamiento analógico (imponían e) imponen llegar a una conclusión de la misma índole”⁷.

(ii) La aplicación ineficiente de los precedentes del Consejo de Estado en relación con el alcance del derecho al debido proceso en los casos de declaración de insubsistencia de los funcionarios de carrera especial del DAS.

Para sustentar este argumento, transcribió apartes de decisiones dictadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de las cuales concluyó que para esta Corporación “... *la legalidad del ejercicio de las competencias del literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, supone que el acto de declaración de insubsistencia sea motivado siquiera de forma sumaria y que existan unas ‘razones objetivas de conveniencia’ que puedan constar ‘en la hoja de vida del funcionario’, ‘en los archivos de la entidad’ o ‘en sede judicial’ en la etapa pertinente en el curso del proceso*”⁸.

Estimó que, al aplicar el precedente referido al caso concreto, se tiene que la Resolución No. 129 de 2010, dictada por el Director del DAS, está motivada de manera sumaria, siendo explícito en que las razones de inconveniencia estaban consignadas en un informe de contrainteligencia que indicaban la pérdida de confianza que debía existir “*en grado superlativo*” entre el Jefe del Departamento y los miembros de la carrera especial.

Destacó el riesgo que implicaba para la seguridad nacional la permanencia de Alba Luz Flórez Gelvez en el servicio activo, el cual se encuentra probado en grado de certeza en el proceso ordinario; concluyendo que la decisión de declarar la insubsistencia es “... *adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”.

Afirmó que, si bien las graves razones que conllevaron a la declaratoria de insubsistencia obraban en documentos reservados, por razones de seguridad, tanto el informe de inteligencia como la prueba del polígrafo fueron incorporadas al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho desde la primera instancia, siendo desconocidas por el *ad quem* quien se limitó a conservar la cadena de custodia ordenando que continuaran bajo estricta reserva.

⁷ Folio 6.

⁸ Folio 7.

(iii) La no valoración de las pruebas legalmente incorporadas al proceso.

A juicio de la accionante, el Tribunal desconoció la motivación contenida en la Resolución No. 129 de 2010 que daba cuenta de la existencia de un informe de contrainteligencia que arrojó un estudio de lealtad negativo que rompía el grado superlativo de confianza que debe existir con la institución.

Afirmó que el Tribunal ignoró el contenido del informe de contrainteligencia y actuó como si no existiera, no obstante la gravedad de los hechos contenidos en el mismo que daban cuenta de que la detective Alba Luz Flórez Gelvez fue pieza clave de la “operación escalera” para infiltrar a la Corte Suprema de Justicia y obtener información personal de los Magistrados y de los delicados asuntos penales que manejaban relacionados con parapolítica, la cual se encontraba sometida a reserva judicial.

Manifestó que las pruebas obrantes en el proceso dan cuenta de que el entonces Director del DAS “... actuó conforme a derecho, motivó su resolución y la apoyó en un estudio de lealtad consignado en un informe de contrainteligencia. Tenía, el entonces Director del DAS información privilegiada que aconsejaba la destitución inmediata de Alba Luz Flórez Gelvez que son difíciles de cuestionar y fácilmente permiten justificar la existencia del entonces régimen especial de carrera del DAS”⁹.

1.4. Solicitud de amparo

A título de amparo constitucional, solicitó la protección del derecho al debido proceso y que se deje sin efectos la sentencia de 30 de enero de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Alba Luz Flórez Gelvez contra el Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

1.5. Trámite de la acción de tutela

Por auto de 21 de agosto de 2014, se admitió la solicitud de tutela y se ordenó notificar a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Caldas, para que ejercieran el derecho de defensa y rindieran el respectivo informe. Asimismo, se

⁹ Folio 9.

vinculó a Alba Luz Flórez Gelvez, como tercera con interés en el resultado del proceso¹⁰.

En la misma providencia se dispuso oficiar a la Procuraduría General de la Nación, para que remitiera copia de las decisiones de primera y segunda instancia proferidas en el proceso disciplinario que terminó con la sanción de destitución e inhabilitación por el término de veinte (20) años de la demandante en el proceso ordinario¹¹.

1.6. Contestación de la autoridad judicial accionada - Tribunal Administrativo de Caldas

El Magistrado Ponente de la decisión censurada presentó informe de 1º de septiembre de 2014, en el cual manifestó que la contestación a la presente acción se apoya en los argumentos jurídicos esenciales que se encuentran contenidos en la providencia censurada, con fundamento en los cuales solicitó que se negara la petición de amparo¹².

1.7. Intervención de la tercera interesada - Alba Luz Flórez Gelvez

Por intermedio de apoderado judicial, presentó escrito de 6 de noviembre de 2014, en el cual manifestó que no se vulneró el debido proceso del DAS por cuanto el mismo actuó en el proceso desde que le fue notificada la demanda, hasta la culminación con sentencia de segunda instancia.

Manifestó que los motivos que tuvo el DAS para declarar la insubsistencia de su representada se fundamentaron en el informe de contrainteligencia, que le hizo mucho daño a la honra y al buen nombre, y la prueba del polígrafo que consiste en *“una tortura psicológica al empleado y que cuyos resultados siempre eran negativos, ya que antes de su realización le colocan una serie de cables, que lógicamente asustaban y atormentaban al examinado”*.

¹⁰ Folio 25.

¹¹ Copia de las respectivas decisiones fueron incorporadas al expediente y obran en cuaderno anexo, encontrándose debidamente ejecutoriadas.

¹² Folio 21.

Afirmó que la instancia administrativa es independiente de la penal y la disciplinaria y que las últimas sentencias del Consejo de Estado, como corporación de cierre en materia contencioso administrativa, obligan a la administración a motivar los actos de desvinculación de funcionarios de carrera del DAS.

Manifestó que no se cumple en el caso concreto el requisito de la inmediatez y que, adicionalmente, se citan normas del Código General del Proceso, el cual aún no se está aplicando en Bogotá, por disposición de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela instaurada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, el Decreto 1382 de 2000 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede la acción de tutela contra la sentencia de 30 de enero de 2014 que revocó el fallo proferido el 30 de noviembre de 2013 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales que había negado las pretensiones de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Alba Luz Flórez Gelvez contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en la medida en que, a juicio de la accionante, vulnera su derecho fundamental al debido proceso.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva; y (ii) análisis del caso concreto de cara a los argumentos expuestos en el libelo introductorio.

2.3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹³, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por el solo hecho de dirigirse contra una decisión judicial.

Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁴ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁵.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, **la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**¹⁶.

En la parte motiva se dijo sobre el particular:

*“... se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe***

¹³ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todos las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro. Referencia: Acción de Tutela

¹⁴ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González

¹⁵ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada

¹⁶ Se dijo en la mencionada sentencia **“DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”**

acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos [los fundamentales], observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente¹⁷ (Negrilla fuera de texto).

A partir de ese fallo de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la improcedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indicó la decisión de unificación.

Sin embargo, es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁸ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o se niegue el amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarse al fondo del asunto -improcedencia adjetiva-. Razón por la que la Sección distinguirá entre unos y otros.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos que se derivan del artículo 86 constitucional y del Decreto 2591 de 1991. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

¹⁷ Ídem

¹⁸ Entre otras en las sentencias T-949 de 16 de octubre de 2003; T-774 de 13 de agosto de 2004 y C-590 de 8 de junio de 2005

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** de la acción impetrada, se requerirá i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad en relación con el acatamiento del requisito de inmediatez, toda vez que la providencia de segunda instancia atacada es de 30 de enero de 2014, la cual fue notificada por edicto que se desfijó el 24 de febrero de 2014 y el libelo se presentó el 13 de agosto de la misma anualidad, esto es, antes de seis meses, en contra de una decisión ejecutoriada del Tribunal Administrativo de Caldas, proferida al interior de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁹, en relación con la cual no existe la posibilidad de interponer recursos ordinarios.

Con respecto al recurso extraordinario de revisión, cabe destacar que los argumentos expuestos en la acción de amparo no se adecuan a las causales taxativas contempladas para su procedencia, como tampoco resulta idóneo, en el caso concreto, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia por no haberse invocado como desconocida una sentencia de esta naturaleza, de

¹⁹ Lo anterior implica que no se ataca un fallo de tutela

conformidad con la definición contenida en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011.

Es así como, al concurrir los requisitos adjetivos de procedibilidad, corresponde a la Sala abordar el fondo del asunto, para determinar si le asiste mérito a la acción de tutela para acceder a las pretensiones o negarlas, aspecto que se abordará de cara a los argumentos expuestos por la parte actora.

2.5. Caso concreto

2.5.1. Análisis de los argumentos expuestos en la solicitud de amparo tutelar

Los argumentos con los cuales la parte actora pretende infirmar la sentencia de 30 de enero de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas, se concretan en los siguientes aspectos:

(i) Desconocimiento de la ley aplicable al caso y la inaplicación o aplicación deficiente del precedente constitucional fijado en la sentencia C-048 de 1997, en relación con el alcance de la discrecionalidad en el caso del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

(ii) La aplicación ineficiente de los precedentes del Consejo de Estado en relación con el alcance del derecho al debido proceso en los casos de declaración de insubsistencia de los funcionarios de carrera especial del DAS.

(iii) La no valoración de las pruebas legalmente incorporadas al proceso.

2.5.2. Análisis de las consideraciones contenidas en la decisión cuestionada y marco conceptual y jurisprudencial aplicable al caso

En la providencia cuestionada, la autoridad accionada, previo establecimiento del marco normativo y jurisprudencial que, a su juicio, era aplicable al caso, consideró que:

“... si bien el acto de insubsistencia contiene una motivación, la misma solo se limita a hacer mención de la recomendación de retiro basada en un informe de inteligencia de carácter reservado...”

En efecto, en el caso concreto la demandante no conoció el motivo de su retiro y la entidad no probó, en el presente asunto los motivos que tuvo para retirar del servicio a la aquí accionante. Entonces, siendo evidente la transgresión normativa por parte de la entidad y al no haberse demostrado por el DAS., las razones objetivas y fundadas que dieron lugar al retiro de la demandante, no se analizarán los demás cargos formulados.

Adicionalmente, debe considerarse que si en el expediente obran los resultados de una valoración poligráfica, el mismo, forma parte del procedimiento para la realización de informe de contrainteligencia, y el resultado tampoco dio posibilidad de ser refutado por la interesada”.²⁰

Frente a tales argumentaciones, resulta necesario analizar el marco normativo y jurisprudencial de la facultad discrecional del DAS para declarar la insubsistencia de empleados de carrera, teniendo en cuenta que en el caso concreto el nombramiento de la Detective Alba Luz Flórez Gelvez, fue declarado insubsistente, mediante Resolución No. 129 del 29 de enero de 2010, con fundamento en la facultad contenida en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989²¹, norma que es del siguiente tenor:

“Artículo 66.- Causales. El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el Régimen Especial de Carrera se producirá en los casos previstos por disposiciones procedentes 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:

...

b) Cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario”.

Este literal fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-048 de 1997, cuya *ratio decidendi* resulta trascendental para el caso objeto de análisis. En esta oportunidad consideró 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 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*

²⁰ Folio 48.

²¹ Cabe destacar que el literal d) del artículo 44 del Decreto 2147 de 1989, establece que *“El nombramiento de los empleados en período de prueba o inscritos en el Régimen Ordinario de Carrera será declarado insubsistente por la respectiva autoridad nominadora:... 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”.*

funcionario. Es evidente que los detectives del DAS manejan informaciones secretas y 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”.

Con posterioridad a esta decisión, ha considerado la Corte que los actos administrativos que declaren la insubsistencia de nombramientos con fundamento en la facultad discrecional especial que se le ha otorgado al Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–requieren una motivación mínima, la cual se ha considerado satisfecha cuando la entidad ha expuesto las razones que determinan la declaratoria de insubsistencia en el acto mismo o las ha expuesto ante el juez ordinario en el respectivo proceso.

Al respecto se tiene que en sentencia T-821 de 2008, la Corte Constitucional consideró que el acto administrativo se encontraba debidamente motivado, en los siguientes términos:

“Que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor ALFREDO CONEO GAMARRA, del cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Quindío, tiene como motivación la existencia de razones de Seguridad Nacional que determinaron la inconveniencia de su permanencia en la Institución, de acuerdo con la certificación de la Subdirección de Contrainteligencia de esta Entidad, documento expedido conforme a sus funciones de dirigir las actuaciones de Contrainteligencia y adelantar estudios de lealtad, quienes certificaron la existencia de razones de Seguridad Nacional que determinaron la inconveniencia de la permanencia del detective ALFREDO CONEO GAMARRA, en la Entidad, razones con base en las cuales se ordenó la desvinculación del funcionario, haciendo uso de la figura de insubsistencia que discrecionalmente le compete a esta Dirección, cuando de por medio se involucra la Seguridad Nacional, conforme al reproche de lealtad que le fue verificado por los servidores de Contrainteligencia.”

La motivación anotada corresponde a la expuesta en la Resolución No. 129 de 2010, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Alba Luz Flórez Gelvez, tal como lo argumentó la entidad accionante en el libelo introductorio de la presente acción de amparo.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos fundados en la sentencia de 4 de agosto de 2010²², reiterada en la de 10 de febrero de 2011²³,

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Número Interno 0516-2007. Actor: Luis Fernando Wbaldo. En esta oportunidad consideró: *“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*

ha sostenido que las razones de conveniencia del servicio para retirar discrecionalmente a un empleado del Régimen Especial de Carrera del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, deben estar expuestas en el acto de retiro o en su defecto indicadas claramente al Juez dentro de las ritualidades procesales.

En efecto, los referidos pronunciamientos establecen que el acto debe expresar “*como mínimo las razones indiciarias de la declaratoria de insubsistencia, como garantía del derecho fundamental al debido proceso*”, y en el evento de que ello no ocurra se deberán indicar en el respectivo proceso ordinario.

Es así como, en sentencia de 7 de marzo de 2013 la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁴, consideró que cuando quiera que el juez advierta “... *que se presentaron motivos razonables y suficientes para justificar la facultad discrecional para la toma de las decisiones de la Administración*” no existe desconocimiento del precedente de la Sección Segunda, aun cuando el acto no este motivado:

“En el caso que nos ocupa, se observa que la Sala Octava de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, al estudiar el Régimen Especial de Carrera Administrativa que cobija entre otros a los detectives, el precedente jurisprudencial y el material probatorio obrante en el expediente, concluyó que los actos de insubsistencia expedidos en virtud de la facultad discrecional no requerían motivación, empero, según los antecedentes del demandante, resultó justificada la declaración de insubsistencia, en aras de mejorar la calidad del servicio, porque si bien es cierto que tenía excelentes calificaciones y reconocimientos, también lo es que reportó una sanción de suspensión de 70 días impuesta mediante la Resolución No. 1413 de 1996, una investigación penal adelantada en su contra por el presunto delito de homicidio y la existencia de unas pruebas de polígrafo cuyo resultado fue que el tutelante faltó a la verdad.”

En efecto, la facultad discrecional para la desvinculación de Agentes del DAS no requería motivación alguna, sin embargo, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁵ revaluó tal concepto en el sentido de exigir que en los actos administrativos de retiro de los Detectives del DAS, expresen como mínimo las razones indiciarias de la declaratoria de insubsistencia, como garantía del derecho fundamental al debido proceso.

Quiere decir lo anterior, que para resolver el caso puesto bajo examen por el señor Alejandro Hortua Insuasti, tanto el Tribunal Administrativo de Antioquia y la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencias de 11 de septiembre de 2012 y 4 de octubre del mismo año dieron aplicación a una tesis ya recogida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo desde la sentencia de 4 de agosto de 2010 antes mencionada, no de manera expresa pero bajo la ratio

razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, conforme a lo expuesto anteriormente”.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 10 de febrero de 2011. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

²⁴ CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. REF: EXPEDIENTE No. AC-11001-03-15-000-2012-01417-01. ACTOR: ALEJANDRO HORTUA INSUASTI. ACCIONADA: SALA OCTAVA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA.

²⁵ Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. M.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila. Exp.0516-2007.

*decidendi fundamentaron sus argumentos en que la insubsistencia declarada al actor, no fue motivada **pero si se desarrollaron los elementos probatorios referentes a los antecedentes laborales, por lo que fue probada la necesidad del retiro en mejora del servicio y en virtud de la facultad discrecional.***

*Dicho de otro modo, es evidente que de manera tácita se hizo referencia a los precedentes judiciales sentados por la Corporación ubicada en el vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin existir vulneración alguna de los derechos fundamentales del actor, **ya que se presentaron motivos razonables y suficientes para justificar la facultad discrecional para la toma de las decisiones de la Administración,** razón por la cual el cargo de desconocimiento del precedente jurisprudencial, no prospera". (Resaltado fuera de texto).*

Abordando el caso concreto que ocupa la atención de la Sala se advierte que el Tribunal Administrativo de Caldas, desconoció el contenido normativo del literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 con el sentido y alcance que le han dado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, toda vez que no tuvo en cuenta la motivación expuesta en la Resolución No. 129 de 2010 que declaró insubsistente el nombramiento de la actora y que hacía referencia a razones de conveniencia para la institución y para la seguridad nacional, fundamentadas en un informe de contrainteligencia, cuyo contenido no fue tenido en cuenta en la sentencia censurada.

Es claro que las razones que llevaron a la institución a disponer el retiro del servicio de la detective, además de constar en el acto administrativo, igualmente se encontraban registradas en la hoja de vida, en los archivos de la institución y en el informe reservado de contrainteligencia²⁶, como lo exige la jurisprudencia reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado que no fue tomada en cuenta por el Tribunal accionado.

El informe de contrainteligencia fue valorado por la juez de primera instancia, quien consideró que contiene "... claros motivos por los cuales se recomienda la inconveniencia de ALBA LUZ FLÓREZ GELVEZ en la institución", más no así, por el Tribunal, el cual garantizó en debida forma su cadena de custodia pero no lo apreció en forma conjunta con el resto del material probatorio allegado a la actuación, que determinaba los motivos de seguridad nacional que imponían la declaratoria de insubsistencia.

²⁶ Obra en el proceso certificación de 14 de diciembre de 2010 expedida por el Coordinador de Contrainteligencia Interna del DAS y del Subdirector de Contrainteligencia de la institución, en la que se constata el procedimiento de verificación de lealtad a la que fue sometida la demandante Flórez Gelvez, con el resultado adverso de "confiabilidad, lealtad y honradez", que debió observar en su condición de detective.

Lo anterior si se tiene en cuenta que además se tenía conocimiento de que cursaba un proceso disciplinario contra la accionante precisamente por su participación en hechos que comprometían la seguridad nacional.

No cabe duda entonces del desconocimiento por parte de la autoridad accionada de las normas jurídicas aplicables y de los antecedentes jurisprudenciales que lo llenan de contenido y le dan el alcance respectivo, lo que implica la vulneración del derecho fundamental al debido proceso del Departamento Administrativo de Seguridad DAS que hoy se encuentra suprimido y representado judicialmente por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

En efecto, esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando se desconoce una norma sustantiva y la interpretación y alcance que de la misma han hecho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como acaece en el *sub examine*.

Lo anterior sin desconocer la competencia asignada a la autoridad judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, que esta Sección ha defendido, en garantía de principios como el de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero bajo la premisa de que esta no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido.

En consecuencia, la Sala amparará el derecho fundamental al debido proceso, por lo cual dejará sin efectos la sentencia censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– entidad suprimida, representado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Dejar sin efectos la sentencia de 30 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas y, en consecuencia, se ordena a esa autoridad judicial que en el término de un (1) mes, siguiente a la notificación de esta providencia, dicte un nuevo fallo que tenga en cuenta los lineamientos aquí expuestos.

TERCERO: RECONCER personería adjetiva al abogado Luis Arturo Victoria, para actuar en representación de Alba Luz Flórez Gelvez, de conformidad con el poder obrante a folios 81 y 82 del expediente.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes y a los terceros intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Acción de tutela
Actora: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Rad. 11001-03-15-000-2014-02073-00

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA