Función Pública

Sentencia 064 de 2007 Corte Constitucional

REPUBLICA DE COLOMBIA

Sentencia T-064/07

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para reintegro de empleados públicos/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia excepcional por existir perjuicio irremediable

La Corte Constitucional ha establecido que, como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos, pues en la medida en que el ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo mediante el cual se ordena la desvinculación del funcionario respectivo, la acción de tutela resulta improcedente para definir las controversias que estas medidas puedan llegar a suscitar, razón por la cual la posibilidad de acudir a este mecanismo de amparo constitucional para solicitar la protección transitoria de los derechos fundamentales que se estiman conculcados, es excepcional y requiere que previamente se establezca la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que justifique la intervención inmediata del juez de tutela. Lo anterior, además, por cuanto, en principio, estos medios de defensa resultan eficaces para la protección de los derechos de los afectados.

DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACION-Observancia estricta de garantías/ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa

ACCION DE TUTELA-Procedencia para ordenar motivación del acto de desvinculación/ACCION DE TUTELA-Garantía de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir la legalidad del acto de separación del cargo

ACCION DE TUTELA-Procedencia en caso de funcionarios de carrera administrativa nombrados en provisionalidad separados del cargo mediante acto sin motivación

ACCION DE TUTELA CONTRA EL DAS-Motivación del acto de declaración de insubsistencia de nombramiento en el escalafón de régimen de carrera especial

LEGISLADOR-Otorga facultades discrecionales a la Administración para la adopción de decisiones y el desarrollo de actuaciones

FACULTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACION-No es absoluta/FACULTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACION-Es limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación

DISCRECIONALIDAD-No se puede confundir con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir decisión

Lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, ya que, tal como se señaló, la discrecionalidad exige, de un lado, que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera. Se concluye que la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con

arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas.

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA-No la exonera de motivar sus decisiones

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto

ACTO ADMINISTRATIVO-Deber de motivación

ACTO ADMINISTRATIVO-Excepción al deber de motivación debe estar establecida en la ley para preservar el principio de legalidad

ACTO ADMINISTRATIVO-Situaciones excepcionales donde no se requiere motivación no significa que no se deba expedir

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Acto de desvinculación no requiere motivación/EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-Garantía de conocer los motivos que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Expedición del régimen de administración de personal del DAS

REGIMEN DE CARRERA DE EMPLEADOS DEL DAS-Clasificación de cargos

REGIMEN DE CARRERA DE EMPLEADOS DEL DAS-Ingreso, permanencia, promoción y retiro de detectives

REGIMEN DE CARRERA DE EMPLEADOS DEL DAS-Regulación de retiro de funcionarios

REGIMEN DE CARRERA DE EMPLEADOS DEL DAS-Facultad discrecional de Director para declarar insubsistencia de funcionarios que se desempeñan como detectives por razones de conveniencia

INSUBSISTENCIA DISCRECIONAL DE EMPLEADO DEL DAS-Declaración no debe ser motivada

REGIMEN DE CARRERA DE EMPLEADOS DEL DAS-Derogación parcial de artículo 34 del Decreto 2146/89 sobre declaración de insubsistencia discrecional/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Derogación artículo 34 del Decreto 2146/89 que faculta la no motivación de actos administrativos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional

REGIMEN DE CARRERA DE EMPLEADOS DEL DAS-Declaración de insubsistencia de *nombramiento ordinario* sin motivar es aplicable a funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción

DECLARACION DE INSUBSISTENCIA POR DIRECTOR DEL DAS-Acto administrativo debe ser motivado siquiera sumariamente

Observa la Sala que no existe norma que consagre de manera expresa que en caso de que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad declare insubsistente el nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, el acto administrativo correspondiente no deba ser motivado. De acuerdo con las consideraciones generales de la presente providencia, la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación como garantía del principio de publicidad de la función administrativa, y toda vez que las excepciones a esa regla deben ser establecidas expresamente en la ley, no existe ninguna razón que justifique la ausencia de motivación en los actos a través de los cuales el Director del DAS declare la insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989. Es importante señalar que la exigencia de motivación de este acto administrativo, en nada pugna con la facultad discrecional del Director del DAS en materia de declaración de insubsistencia en cargos de régimen especial de carrera administrativa, ya que la autoridad administrativa podrá adoptar las decisiones que considere convenientes dentro del ámbito de acción de la discrecionalidad, siempre que exponga las razones o los motivos que lo llevan a la declaratoria de insubsistencia. En conclusión, si bien es claro que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad tiene la facultad discrecional de declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario, cuando quiera que éste se encuentre inscrito en un cargo de régimen especial de carrera, lo cierto es que no existe ninguna norma que establezca que dicha decisión no deba ser motivada, razón por la cual, siendo principio general el de la motivación de los actos administrativos, es forzoso concluir que los actos que se expidan en ejercicio de dicha facultad, deben expresar, siquiera de manera sumaria, los motivos por los cuales la autoridad administrativa ha adoptado dicha decisión.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Vulneración pues se mantuvieron en reserva las razones de conveniencia de la desvinculación de empleado del DAS

Es evidente que, como quiera que la autoridad accionada se encontraba obligada a expresar los motivos por los cuales declaró insubsistente el nombramiento del demandante, en el presente asunto la decisión adoptada por la autoridad accionada comportó una vulneración de los derechos fundamentales del actor, ya que las razones de conveniencia para la desvinculación, de existir, se mantuvieron en reserva, lo cual impide establecer si los motivos o las razones para adoptar la decisión se ajustan a los parámetros establecidos en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, los que se relacionan con los criterios de proporcionalidad y adecuación a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional. Ello permite concluir que, en este caso, se ha desconocido el derecho que le asiste al actor para que el acto mediante el cual fue declarado insubsistente sea motivado. En esas condiciones, encuentra la Sala que la actuación de la Administración resulta violatoria del derecho al debido proceso del peticionario, por lo que, en aplicación de la jurisprudencia constitucional que se ha reseñado en esta sentencia, habrá de concederse el amparo y revocar las decisiones de instancia que declararon la improcedencia de la acción de tutela.

Referencia: expediente T-1409334

Accionante: Carlos Andrés Moreno Roa.

Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Seccional de la Judicatura de

Cundinamarca y del Consejo Superior de la Judicatura, en relación con la acción de amparo constitucional instaurada por Carlos Andrés Moreno Roa contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

I. ANTECEDENTES.

1. Aclaración preliminar.

La presente acción de tutela fue promovida inicialmente por el señor Carlos Andrés Moreno Roa ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Cundinamarca, el tres (3) de noviembre de 2005. En esa misma fecha, dicha Corporación ordenó remitir el expediente a los juzgados de circuito por considerar que ellos eran los competentes para conocer del presente asunto, en razón a la naturaleza de la entidad demandada.

La acción fue repartida entonces al Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, autoridad que inicialmente avocó el conocimiento del proceso; sin embargo, una vez ese despacho recibió la respuesta de la entidad demandada a la presente acción, declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia, mediante providencia de veintitrés (23) de noviembre de 2005 y ordenó su remisión a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Una vez el expediente fue recibido por el Tribunal señalado, éste creó el conflicto de competencia negativo, por cuanto, en su criterio, la autoridad competente para conocer de este asunto es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

Así las cosas, el conflicto fue puesto en conocimiento de la Corte Constitucional, la cual mediante Auto A-004 de veintiséis (26) de enero de 2006, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, ordenó remitir el expediente a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca para que esa autoridad tramitara y decidiera la presente acción de tutela en primera instancia.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a referir los antecedentes del asunto objeto de revisión.

1. La solicitud.

El señor Carlos Andrés Moreno Roa, por intermedio de apoderado judicial, presentó acción de tutela el día tres (3) de noviembre de 2005 contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, por considerar que esta autoridad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

2. Hechos relevantes.

2.1. El accionante ingresó a trabajar al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, como alumno de Academia 326-03, el nueve (9) de marzo de 1999. En el año 2000, mediante Resolución No. 602473 de veintinueve (29) de diciembre, el actor fue inscrito en el escalafón de régimen especial de carrera del DAS.

2.2. El 22 de abril del año 2004, fue ascendido al cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Subdirección de Investigaciones Estratégicas y dependiente de la Dirección General Operativa.

2.3. El 7 de septiembre de 2005, mediante Resolución No. 1674, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad declaró insubsistente el nombramiento del señor Moreno Roa, sin exponer ningún tipo de motivación.

3. Fundamentos de la acción.

El demandante manifiesta que la decisión adoptada por la entidad accionada comporta una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, toda vez que -de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura-, los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente el nombramiento de determinado funcionario que se encuentra inscrito en el régimen de carrera administrativa, debe ser motivado, lo cual garantiza que el afectado pueda ejercer las acciones judiciales correspondientes.

Con base en esa consideración y de acuerdo a lo establecido en el artículo 35 del Decreto 2146 de 1989, el actor considera que la Resolución mediante la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento, debía ser motivada, razón por la cual, en su criterio, la acción de tutela se muestra procedente como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales que estima conculcados.

4. Pretensiones del demandante.

El demandante solicita al juez de tutela que le sean amparados de manera transitoria los derechos fundamentales invocados, de tal manera que se deje sin efectos la Resolución No. 1674 de septiembre siete (7) de 2005 -mediante la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad declaró insubsistente su nombramiento- y que, en consecuencia, se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando.

5. Oposición a la demanda de tutela.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, mediante escrito del dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006), dio respuesta al requerimiento del juez de tutela y solicitó que se denieguen las pretensiones de la accionante con base en las siguientes consideraciones:

- Afirma que la declaración de insubsistencia del nombramiento de Carlos Andrés Moreno Roa en el cargo de Detective 208-07, fue el resultado del ejercicio de la facultad discrecional con la que cuenta el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989.

En ese sentido, señala que la determinación de declarar insubsistente el nombramiento de determinado empleado del DAS en ejercicio de la facultad discrecional, *"obedece al deber que tiene el nominador de valorar la conveniencia para el servicio público de que dicho funcionario sea desvinculado de la Institución"*[1] , razón por la cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, no se encuentra obligado a motivar la respectiva decisión. Así, sostiene que dicha facultad encuentra fundamento en la naturaleza del trabajo que desarrollan este tipo de funcionarios y en la necesidad de asegurar que quienes desempeñan estas funciones tengan especiales calidades personales y profesionales, merecedoras del mayor grado de confianza por parte de sus superiores.

Sostiene que la causal por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, se encuentra establecida en la ley, específicamente, en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, esto es, *"cuando el jefe del departamento, en ejercicio de la facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario"*. En este sentido, resulta evidente que la resolución acusada no fue producto de una actuación arbitraria del Director del DAS, sino que responde al ejercicio de una facultad reconocida en la ley.

Para fundamentar su afirmación, el representante de la entidad demandada hace referencia a la sentencia C-048 de 1997, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la disposición normativa en comento.

En ese orden de ideas, manifiesta que el acto de declaración de insubsistencia que se expide con fundamento en esta facultad discrecional no debe ser motivado, por cuanto dicha decisión se adopta luego de que el Director de la Institución efectúa el análisis de conveniencia correspondiente; en este punto, el representante de la entidad demandada cita algunos apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado, en los cuales esa Corporación se pronunció respecto de la facultad discrecional del Director del DAS para ordenar el retiro del servicio de los funcionarios que pertenecen al régimen especial de carrera, sin necesidad de motivar el acto administrativo.

- Sostiene que no debe confundirse el ejercicio de esta facultad discrecional con el de la potestad sancionatoria que tiene el Director del DAS, ya que se trata de instituciones jurídicas distintas que responden a causas diferentes. Así, la primera de ellas sólo requiere la voluntad del nominador que decide retirar a determinado funcionario de su cargo por razones de conveniencia, mientras que la segunda puede dar lugar a la destitución del empleado pero como resultado de un proceso administrativo disciplinario reglado, en el cual se determine que efectivamente existe responsabilidad en el disciplinado.

- Aduce, además, que con esa decisión no se afecta el derecho al acceso a la administración de justicia, toda vez que nada obsta para que el accionante acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa para impugnar la legalidad del acto administrativo, si es que considera que éste es lesivo de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, como quiera que, en su criterio, lo que realmente pretende el demandante es controvertir la legalidad de un acto administrativo, resulta evidente que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para el efecto. En ese orden de ideas, sostiene que frente a la existencia de otros medios de defensa judicial, la procedencia de la acción está condicionada a la existencia real de un perjuicio de carácter irremediable, que exija la intervención inmediata del juez de tutela, el cual no se presenta en este asunto, ya que, en primer lugar, el actor no puede pretender que por el hecho de que se encontraba inscrito en un cargo de carrera administrativa tiene derecho a una estabilidad laboral absoluta y, en segundo término, no existió una vulneración de su derecho al mínimo vital, máxime si se tiene en cuenta que es una persona de 40 años de edad que no sufre de ningún tipo de limitación física y que, por tanto, está en capacidad de buscar otra fuente de ingresos.

- Para terminar, el representante de la entidad accionada sostiene que, como quiera que con la presente demanda se pretende obviar el procedimiento legal establecido, con el fin de que por la vía de la acción de tutela se ordene el reintegro del actor, debe concluirse que el apoderado judicial del actor incurrió en temeridad al acudir a este mecanismo subsidiario de protección a pesar de que tiene pleno conocimiento de su improcedencia.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

1. Primera instancia.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante sentencia del veintitrés (23) de marzo de 2006, resolvió negar el amparo solicitado.

En criterio del *a quo*, el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial frente a la alegada vulneración de sus derechos fundamentales, específicamente, con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Frente a esta circunstancia, sólo la inminencia en la configuración de un perjuicio irremediable haría procedente la acción de amparo constitucional. Sin embargo, a su juicio, a pesar de que toda persona que ha sido retirada de su empleo se ve expuesta a una difícil situación, lo cierto es que esta circunstancia no tiene la entidad suficiente para ser considerada como un perjuicio irremediable, por cuanto, *"el derecho al trabajo del señor Moreno R., no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, (...) sino en la facultad in genere de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo determinados"*[2] .

Adicionalmente, sostiene que, con fundamento en lo establecido en el Decreto 2147 de 1989 y en la sentencia C-048 de 1997, resulta evidente que la declaración de insubsistencia de quienes se desempeñan como detectives del DAS no requiere de motivación, ya que pertenece al ámbito de discrecionalidad del Director de la institución. En consecuencia, el hecho de que el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor no haya sido motivado, responde a una facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce al Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, razón por la cual no puede derivarse de esa circunstancia la violación del derecho fundamental al debido proceso o a la defensa del accionante.

2. Impugnación

Inconforme con la decisión del juez de primera instancia, la decisión fue impugnada por el accionante, quien a las consideraciones expuestas en la demanda de tutela agregó las siguientes.

Sostiene que, en contra de lo que afirmó el juez de instancia, en su caso sí se está frente a la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, ya que la determinación de la entidad accionada lo ha desprovisto del único medio de subsistencia con el que contaba él y su núcleo familiar, situación que exige un pronunciamiento inmediato del juez de tutela, con el fin de proteger de manera transitoria los derechos conculcados, máxime si se considera que quien se ha desempeñado como detective se ha preparado profesionalmente durante toda su vida para ello, lo que implica que le sea mucho más difícil desarrollar cualquier otro tipo de labor productiva.

Considera, además, que si la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente en aquellos eventos en que no se motiva el acto de desvinculación de un funcionario que se encuentra en provisionalidad, es evidente que ello también debe predicarse de aquellos empleados que se encuentran inscritos en un régimen de carrera, aun cuando ese régimen sea especial, como en el caso de los detectives del DAS.

Por último, afirma que en su caso no existía ningún informe de la Comisión de Personal que fundamentara la decisión del Director del DAS, lo que permite concluir que en este caso efectivamente se produjo una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

3. Segunda instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia de diez (10) de mayo de dos mil seis, decidió confirmar la providencia de instancia por considerar que en el presente asunto el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial que se muestra idóneo para la protección de los derechos que estima vulnerados, tal como se estableció en la sentencia impugnada.

Adicionalmente, a juicio del *ad quem*, el hecho de que el accionante pertenezca a un régimen especial de carrera, implica que *"sin requerir siquiera de estudios previos de inteligencia, como sí ocurre respecto de los miembros de la entidad que hacen parte de la carrera administrativa de carácter ordinario, es decir, los que desempeñan funciones de tipo netamente administrativo, señalados en el organigrama del DAS, el jefe de la entidad tiene la atribución de prescindir de sus servicios aún encontrándose inscritos en carrera administrativa especial (...)"*[3] , razón por la cual, según afirma, no se observa violación de derecho fundamental alguno, aún cuando será la jurisdicción de lo contencioso administrativo la encargada de decidir de manera definitiva el asunto *sub examine*.

4. Material probatorio relevante en este caso.

Dentro del expediente contentivo de la presente acción de tutela, se encuentran como pruebas relevantes las siguientes:

a. Fotocopia de la Resolución No. 62473 de diciembre 29 de 2000, por medio de la cual se inscribió en el escalafón de régimen especial de carrera del DAS al demandante, en el cargo de detective 208-06.

b. Copia de la Resolución No. 1674 de 7 de septiembre de 2005, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Carlos Andrés Moreno Roa en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Subdirección de Investigaciones Estratégicas y dependiente de la Dirección General Operativa.

c. Fotocopia del memorando No. 142677 de 8 de septiembre de 2005, a través del cual se le comunicó al accionante el contenido de la resolución referida en el literal anterior.

d. Extracto de la historia laboral del actor.

e. Copia de la respuesta al derecho de petición formulado por Carlos Andrés Moreno Roa al Coordinador del Grupo de Administración de Personal, mediante la cual se le informa que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se produjo *"por la facultad discrecional otorgada al Director del Departamento Administrativo de Seguridad por el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147/89, literal b) del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 en armonía con el artículo 1 del Decreto 1679 de 1991, razón por la cual no existe Acta de Comisión de Personal donde se recomiende su desvinculación de la institución."*[4]

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia.

A través de esta Sala, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

2.1. La Corte Constitucional ha establecido que, como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos, pues en la medida en que el ordenamiento jurídico prevé otros mecanismos de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto administrativo mediante el cual se ordena la desvinculación del funcionario respectivo, la acción de tutela resulta improcedente para definir las controversias que estas medidas puedan llegar a suscitar, razón por la cual la posibilidad de acudir a este mecanismo de amparo constitucional para solicitar la protección transitoria de los derechos fundamentales que se estiman conculcados, es excepcional y requiere que previamente se establezca la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que justifique la intervención inmediata del juez de tutela[5]. Lo anterior, además, por cuanto, en principio, estos medios de defensa resultan eficaces para la protección de los derechos de los afectados.

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

"Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.

(...) No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo."[6]

No obstante lo anterior, como quiera que, tal y como lo ha reconocido esta Corporación, en materia de actuaciones administrativas discrecionales de la Administración, la observancia estricta de las garantías del debido proceso se convierte en una forma de regular el ejercicio de dichas potestades[7], este Tribunal ha establecido que cuando sin motivación alguna se produce la desvinculación del servicio de una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, puede plantearse una pretensión constitucional autónoma, orientada no a obtener el reintegro al empleo, sino a que la Administración motive el acto a través del cual se ordenó su desvinculación, ya que sólo de esa manera podría garantizarse que el afectado acuda con el pleno de garantías ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir la legalidad del acto administrativo correspondiente[8].

En efecto, esta Corporación ha establecido que en estos eventos, dicha pretensión no puede ser satisfecha a través de los medios de defensa ordinarios. Así, en sentencia T-1240 de 2004, la Corte sostuvo:

"En ese contexto, es claro que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial orientado a obtener que la Administración produzca esa

motivación, que, como ha dicho la jurisprudencia, resulta indispensable para establecer si ha habido una lesión de los derechos fundamentales. Por consiguiente, resulta en este caso procedente la tutela como mecanismo definitivo, porque la decisión que resuelva que hay lugar al amparo, conduciría a una actuación de la Administración que es autónoma de los procesos contenciosos administrativos que podrían suscitarse a partir del acto de desvinculación. En efecto, la orden de protección, en el evento de resultar ella procedente, se orientaría a obtener que la Administración motive el acto de desvinculación, si existe una razón para la misma, caso en el cual se abriría la puerta para que, si la afectada lo considera del caso, acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo."[9] (Se resalta)

De lo anteriormente expuesto se concluye que, bajo las circunstancias descritas, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales del afectado, la cual, tal como se señaló, estaría orientada a ordenar que la Administración motive el acto mediante el cual se ordenó la separación del cargo, con lo cual se garantiza que el afectado pueda acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir las razones de la autoridad y, en consecuencia, la legalidad del acto correspondiente[10] .

2.2. Ahora bien, para esta Sala, las consideraciones que fundamentan la procedencia del mecanismo de amparo constitucional, en el caso de los funcionarios de carrera administrativa nombrados en provisionalidad que son separados del cargo mediante un acto sin motivación, son también aplicables al asunto objeto de revisión.

En efecto, en principio, teniendo en cuenta que en el caso sub examine la pretensión del accionante se orienta a lograr su reintegro al cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa del DAS, empleo que de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 2146 de 1989[11] pertenece al régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad, sería dable afirmar que el actor tiene la posibilidad de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que allí se defina lo correspondiente a su solicitud.

Sin embargo, como quiera que, tal como se señaló, el cargo que venía ocupando el accionante pertenece al régimen de carrera especial del DAS -razón por la cual el actor sólo pudo acceder al empleo luego de superar satisfactoriamente una serie de etapas y pruebas tendientes a establecer si cumplía con las exigencias personales y profesionales necesarias para el efecto- y toda vez que la separación del empleo se produjo mediante un acto administrativo sin motivación, la acción de tutela es procedente como mecanismo inmediato de protección de los derechos que se estiman conculcados, protección que estaría dirigida a que la entidad accionada motive el acto de declaración de insubsistencia de su nombramiento, siempre que, luego de efectuar el análisis del presente asunto, esta Corporación concluya que el Director del DAS se encontraba obligado a ello.

Así las cosas, establecida la procedencia de la acción de amparo constitucional, pasa la Sala a efectuar las consideraciones del caso.

3. El problema jurídico

Conforme a la situación fáctica planteada y a las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, corresponde a esta Sala de Revisión establecer si, en el presente caso, el hecho de que el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa del DAS no haya sido motivado, comportó una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

En este escenario, el problema jurídico planteado por la presente acción radica en establecer si el Director del Departamento Administrativo de Seguridad se encuentra obligado a motivar el acto administrativo mediante el cual declara la insubsistencia del nombramiento de un funcionario que ocupa un cargo de régimen especial de carrera administrativa, cuando quiera que dicha decisión obedezca al ejercicio de la facultad discrecional atribuida para el efecto por el ordenamiento jurídico.

Para abordar el estudio constitucional de este asunto, esta Sala reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con: (i) el alcance de las facultades discrecionales de la Administración y (ii) la necesidad de que los actos administrativos que se expiden con fundamento en dichas facultades, sean motivados, para luego, finalmente, efectuar el análisis del caso en concreto.

4. Facultades discrecionales de la Administración; la discrecionalidad no es equiparable a arbitrariedad.

Esta Corporación ha construido una sólida doctrina constitucional en torno a la posibilidad de que el legislador otorgue a la Administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas[12] .

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo[13] , según el cual *"en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa*", de tal manera que las facultades discrecionales de la Administración no lo son de manera absoluta, sino limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

En efecto, desde el año 1975 el Consejo de Estado había señalado que en un Estado Social de Derecho la discrecionalidad absoluta resulta incompatible con la exigencia de que el Estado asuma la responsabilidad por las decisiones que adopta. En esa oportunidad, esa Corporación señaló:

"De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. (…)Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está"[14] . (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, esta Corporación, al efectuar el juicio de constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, mediante el cual se estableció la posibilidad de declarar insubsistente el nombramiento hecho a una persona en un cargo del servicio civil que no pertenezca a la carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto correspondiente, estableció:

"(…) la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional."[15]

Así las cosas, tal y como se desprende de lo anteriormente expuesto, lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, ya que, tal como se señaló, la discrecionalidad exige, de un lado, que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera.

En efecto, esta Corporación ha señalado:

"Encontramos, pues, en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido

jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad."[16] (Negrilla fuera de texto)

Se concluye entonces que la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas.

5. Necesidad de motivar los actos administrativos discrecionales. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. De manera concordante con lo anteriormente expuesto, esta Corporación ha establecido que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, dicha discrecionalidad no implica indefectiblemente que la Administración se exonere del deber de motivar sus decisiones. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer la importancia de la motivación de los actos administrativos, como garantía de que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la Administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares[17] .

En ese sentido, la Corte Constitucional, a través de reiterados pronunciamientos, ha establecido que dicha exigencia encuentra fundamento en el principio de publicidad que orienta el ejercicio de la función pública y que se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, así como en el precepto normativo contenido en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, *"habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares"*. (Se resalta)

Así las cosas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en señalar que la regla general en materia de actos administrativos es precisamente que éstos sean motivados, de tal manera que se expresen los motivos o causas que sustentan la actuación de la Administración. En este sentido, la Corte, en sentencia SU-250 de 1998, sostuvo:

"En la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209: 'La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad' (...).

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público."[18]

En la misma providencia y con relación, específicamente, a los actos administrativos por medio de los cuales se ordena la separación de un funcionario del cargo que venía desempeñando, esta Corporación señaló:

"Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus

tesis.

(…) Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa."

5.2. Sin embargo, este Tribunal también ha determinado que existen excepciones al deber general de motivación de los actos administrativos, las cuales, en aras de preservar el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, deben estar expresamente establecidas en la ley[19] . Así, en sentencia C-371 de mayo 26 de 1999, este Tribunal señaló:

"Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(…) Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada".

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación.

Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción -los cuales constituyen una excepción al principio general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza- resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones[20] .

En el mismo sentido, este Tribunal ha declarado la constitucionalidad de algunas normas que establecen la facultad de la Administración de ordenar el retiro del funcionario que ocupa un cargo inscrito en un régimen especial de carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto administrativo correspondiente. Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia C-368 de 1999, en la cual esta Corporación declaró exequible el literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, el cual establece la posibilidad de declarar la insubsistencia del personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, previo concepto de la Comisión de Personal y con base en un informe reservado de inteligencia del cual se deduzca la inconveniencia de la permanencia en el servicio de un funcionario, por razones de seguridad nacional, decisión que, bajo estos supuestos, no deberá ser motivada[21] .

En esa oportunidad, la Corte señaló que el ejercicio legítimo de dicha facultad, exige necesariamente que se cumpla con las condiciones señaladas en la norma en comento, en cuanto a la necesidad de que existan informes previos que justifiquen la adopción de la medida para la procedencia de la declaración de insubsistencia y que, en todo caso, el afectado cuenta con las acciones contencioso administrativas, si es que considera que el retiro del servicio ha sido arbitrario.

En conclusión, resulta claro que si bien la regla es que los actos administrativos deben ser motivados, la Corte ha admitido la existencia de excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador, tal y como sucede en el caso de la

declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y con relación a algunos cargos que se encuentran inscritos en regímenes especiales de carrera.

Hechas las anteriores consideraciones, entra la Sala a efectuar el análisis del caso concreto.

6. Caso concreto

Tal como se estableció en el acápite de antecedentes de la presente providencia, el demandante considera que la decisión adoptada por la entidad accionada comportó una vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, toda vez que, en su criterio, los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente el nombramiento de determinado funcionario que se encuentra inscrito en el régimen especial de carrera del DAS, debe ser motivado.

A su turno, la entidad accionada afirma que la declaración de insubsistencia del nombramiento de Carlos Andrés Moreno Roa en el cargo de Detective 208-07 y el hecho de que la misma haya sido proferida sin exponer ningún tipo de motivación, encuentra fundamento en la facultad discrecional con la que cuenta el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 y en lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 2146 del mismo año.

Teniendo en cuenta las precisiones efectuadas en las consideraciones generales de esta providencia y los hechos que le dan fundamento a la presente acción, la solución del asunto objeto de revisión exige establecer si los actos administrativos que expide el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, deben ser motivados o si, por el contrario, constituyen una excepción al principio general en materia de motivación de los actos de la Administración.

Para el efecto, la Sala encuentra necesario precisar, de acuerdo con la normatividad aplicable, el alcance de dicha facultad discrecional.

6.1. Mediante el Decreto 2146 de 1989, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 43 de 1988, expidió el régimen de administración de personal de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

El artículo 2 del citado decreto establece que los empleos en el DAS, de acuerdo con su naturaleza y con la forma en que se proveen, se clasifican en cargos (i) de libre nombramiento y remoción, (ii) de régimen ordinario y (iii) de régimen especial de carrera.

A su vez, el régimen especial de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se encuentra establecido en el Título II del Decreto 2147 de 1989; el artículo 46 del decreto en mención define este régimen como *"el conjunto de normas que regulan el ingreso, permanencia, promoción y retiro de los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad, en todas sus denominaciones y grados."*

Por su parte, el artículo 66 de la citada normatividad, regula lo concerniente al retiro de los funcionarios que hacen parte de dicho régimen especial, en los siguientes términos:

"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 precedentes de este Decreto y por lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989. Sin embargo, la insubsistencia del nombramiento de los detectives solamente procede por las siguientes razones:

a) Haber tenido dentro del mismo año y en lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicio, y

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

(Negrilla fuera de texto)

Tal como se aprecia, el artículo 66 del decreto en mención, estableció la facultad discrecional con la que cuenta el Director del DAS para declarar la insubsistencia de los funcionarios que se desempeñan como detectives de dicha institución, con fundamento en razones de conveniencia.

Ahora bien, mediante sentencia C-048 de 1997, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del literal b) del referido artículo, bajo la consideración de que la facultad consagrada en dicha norma encuentra fundamento en la especial naturaleza de la función que desempeñan estos empleados y en el hecho de que estos funcionarios tienen acceso a información que puede llegar a comprometer la seguridad del Estado. En dicha oportunidad, esta Corporación señaló:

"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."

Así, la Corte Constitucional declaró ajustada a la Carta la facultad discrecional con la que cuenta el Director del DAS para declarar la insubsistencia de los nombramientos de funcionarios en cargos de régimen especial de carrera.

Sin embargo, tal como se señaló en las consideraciones generales de esta providencia, de ello no puede concluirse indefectiblemente que el acto de desvinculación no deba ser motivado, ya que este tipo de excepciones, en cuanto constituyen una singularidad frente al principio general de los actos administrativos, deben ser expresamente establecidas por el legislador, ya que la discrecionalidad no es asimilable a la ausencia de motivación ni mucho menos a la ausencia de razones o motivos que justifiquen el actuar de la administración.

En este contexto, es necesario establecer si, tal como lo afirma la entidad accionada, la Administración está exenta de motivar los actos que expida con fundamento en la facultad discrecional señalada. Para dilucidar este punto, la Sala analizará, con base en el jurisprudencia constitucional sobre el tema, el alcance de la disposición normativa con fundamento en la cual, el Departamento Administrativo de Seguridad afirma que, en estos eventos, el acto no debe ser motivado.

6.2. El artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 consagra la denominada *"insubsistencia discrecional"*, figura que la referida disposición define de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

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

Con base en esta disposición normativa, específicamente con fundamento en el inciso 1 y el literal b) del citado artículo, la entidad accionada afirma que el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un funcionario de régimen especial de carrera, no debe ser motivado.

Sin embargo, la norma en comento fue objeto de pronunciamiento por esta Corporación en sentencia C-112 de 1999[22] , providencia en la cual la Corte Constitucional definió el alcance de esta disposición y el ámbito de aplicación de la misma.

En efecto, este Tribunal, al decidir una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la norma en cita, estableció que el artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, fue derogado parcialmente -con excepción de su inciso primero-, por los artículos 44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, mediante el cual se expidió el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, consideración que expuso de la siguiente manera:

"B. Derogación parcial de la norma demandada.

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

Y, bajo este entendido, en la parte resolutiva de esta providencia la Corte Constitucional se inhibió para emitir pronunciamiento respecto de todos los incisos del artículo en mención, excepto en relación con el inciso primero, por existir *"carencia actual de objeto"*.

En este escenario, teniendo en cuenta que dicha sentencia hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, los enunciados normativos del artículo 34 en los cuales la administración funda la facultad de no motivar los actos administrativos que se expiden en ejercicio de la facultad discrecional del artículo 66 tantas veces mencionado, ya no hacen parte del ordenamiento jurídico y, por tanto, no pueden ser argüidos válidamente como justificación de dicha actuación.

No obstante lo anterior, tal como se señaló, la Corte consideró que el inciso primero del artículo 34 en cita no fue afectado por dicha derogación y, en consecuencia, respecto de este inciso sí emitió un pronunciamiento de fondo.

En ese orden de ideas, esta Corporación señaló que el inciso primero del artículo 34 demandado, el cual establece la facultad de la autoridad nominadora para declarar la insubsistencia del *"nombramiento ordinario"* de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, sin motivar la providencia respectiva, solamente es aplicable a los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, conclusión a la que llegó la Corte luego de efectuar una interpretación integral del régimen de administración de personal de los empleados del DAS.

En efecto, este Tribunal sostuvo:

"C. El inciso primero del artículo 34, materia de impugnación.

En razón de lo expuesto, únicamente queda por analizar el inciso primero del artículo 34 del decreto 2146 de 1989, en el que se autoriza al nominador para declarar, en ejercicio de la facultad discrecional, la insubsistencia, en cualquier momento, del nombramiento ordinario hecho a un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, sin necesidad de motivar la providencia.

Para efectos de determinar a qué clase de empleos se refiere la norma acusada, es indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 del mismo decreto 2146 de 1989, cuyo texto es éste:

'Provisión de los empleos. El ingreso al servicio se hará por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, y por nombramiento en período de prueba o provisional para los de carrera.' (destaca la Corte)

En consecuencia, ha de entenderse que el inciso acusado alude a los empleos catalogados de libre nombramiento y remoción. Siendo así no encuentra la Corte que se vulnere la Constitución, pues la estabilidad 'entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo', es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, 'pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder."[23] (Negrilla fuera de texto)

Y con relación a las razones por las cuales se justifica que en el caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción sea posible declarar la insubsistencia de su nombramiento sin motivar el acto administrativo correspondiente, la Corte sostuvo:

Tales empleos 'obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación 'intuitu personae' entre el nominado y el nominador'[24] *. En consecuencia, frente a estos cargos el nominador cuenta con cierta libertad para nombrar a las personas que considere idóneas para realizar la función asignada. Y en caso de que el nombrado no cumpla con las exigencias propias del servicio por incapacidad, ineficiencia, inidoneidad, irresponsabilidad, falta de honestidad, v. gr., el legislador lo autoriza para separarlo del cargo, haciendo uso de la denominada potestad discrecional, la cual debe ser utilizada en forma razonable y justificada para que no se convierta en un acto arbitrario.*

No se olvide que la discrecionalidad no significa arbitrariedad, pues la decisión respectiva como lo prescribe el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, 'debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa'. 'Es decir, la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. Y es que la teoría del uso del poder discrecional, a pesar de los preceptos consignados en el Código Contencioso Administrativo y en la Constitución de 1991, acusa todavía visiblemente el lastre de su origen autoritario. Aun hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de lo discrecional y lo que no requiere justificación.' [25]

La no motivación del acto que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es una excepción al principio general de la publicidad de los actos administrativos, como se dijo en el fallo tantas veces citado [se refiere a la Sentencia SU-250 de 1998]." (Negrilla fuera de texto)

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 34 del decreto 2146 de 1989.

Visto lo anterior, es forzoso concluir que, en contra de lo que afirma la entidad accionada, la norma en mención no establece 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, ya que, por un lado, el artículo 34 fue derogado salvo su inciso primero y, por el otro, dicho inciso, según lo precisó esta Corporación, solamente es aplicable a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción.

En este escenario, observa la Sala que no existe norma que consagre de manera expresa que en caso de que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad declare insubsistente el nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, el acto administrativo correspondiente no deba ser motivado.

Así las cosas, como quiera que, de acuerdo con las consideraciones generales de la presente providencia, la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación como garantía del principio de publicidad de la función administrativa, y toda vez que las excepciones a esa regla deben ser establecidas expresamente en la ley, no existe ninguna razón que justifique la ausencia de motivación en los actos a través de los cuales el Director del DAS declare la insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989.

En ese orden de ideas, es importante señalar que la exigencia de motivación de este acto administrativo, en nada pugna con la facultad discrecional del Director del DAS en materia de declaración de insubsistencia en cargos de régimen especial de carrera administrativa, ya que la autoridad administrativa podrá adoptar las decisiones que considere convenientes dentro del ámbito de acción de la discrecionalidad, siempre que exponga las razones o los motivos que lo llevan a la declaratoria de insubsistencia.

En conclusión, si bien es claro que el Director del Departamento Administrativo de Seguridad tiene la facultad discrecional de declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario, cuando quiera que éste se encuentre inscrito en un cargo de régimen especial de carrera, lo cierto es que no existe ninguna norma que establezca que dicha decisión no deba ser motivada, razón por la cual, siendo principio general el de la motivación de los actos administrativos, es forzoso concluir que los actos que se expidan en ejercicio de dicha facultad, deben expresar, siquiera de manera sumaria, los motivos por los cuales la autoridad administrativa ha adoptado dicha decisión.

6.3. Bajo las anteriores consideraciones, es evidente que, como quiera que la autoridad accionada se encontraba obligada a expresar los motivos por los cuales declaró insubsistente el nombramiento del demandante, en el presente asunto la decisión adoptada por la autoridad accionada comportó una vulneración de los derechos fundamentales del actor, ya que las razones de conveniencia para la desvinculación, de existir, se mantuvieron en reserva, lo cual impide establecer si los motivos o las razones para adoptar la decisión se ajustan a los parámetros establecidos en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, los que -como se señaló- se relacionan con los criterios de proporcionalidad y adecuación a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional. Ello permite concluir que, en este caso, se ha desconocido el derecho que le asiste al actor para que el acto mediante el cual fue declarado insubsistente sea motivado.

En esas condiciones, encuentra la Sala que la actuación de la Administración resulta violatoria del derecho al debido proceso del peticionario, por lo que, en aplicación de la jurisprudencia constitucional que se ha reseñado en esta sentencia, habrá de concederse el amparo y revocar las decisiones de instancia que declararon la improcedencia de la acción de tutela.

En consecuencia, se ordenará al Director del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, que proceda a motivar el acto administrativo de desvinculación, expresando siquiera de manera sumaria pero suficiente, los motivos que condujeron a separar del servicio al señor Carlos Andrés Moreno Roa, con el fin de que el accionante pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir el contenido del acto.

En caso de que la entidad demandada se abstenga de cumplir con lo ordenado en esta providencia dentro del término establecido para ello, deberá efectuar el reintegro del accionante al cargo que éste venía desempeñando.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR las sentencias de tutela proferidas los días veintitrés (23) de marzo y diez (10) de mayo de dos mil seis (2006), por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y por el Consejo Superior de la Judicatura, respectivamente, mediante las cuales se resolvió negar la acción de amparo constitucional promovida por Carlos Andrés Moreno Roa contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, para, en su lugar, CONCEDER el amparo tutelar solicitado.

Segundo. ORDENAR al Director del Departamento Administrativo de Seguridad, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a motivar la Resolución No. 1674 de 7 de septiembre de 2005, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de Carlos Andrés Moreno Roa, de tal manera que exprese de manera suficiente los motivos que condujeron a esta decisión. En caso de que la entidad demandada se abstenga de cumplir con lo ordenado en esta providencia dentro del término establecido para ello, deberá efectuar el reintegro del accionante al cargo que éste venía desempeñando.

Tercero. ADVERTIR al peticionario que contra el acto administrativo que se profiera en cumplimiento de esta providencia, podrá ejercer las acciones contencioso administrativas pertinentes, en los términos indicados por el Código Contencioso Administrativo. Para tales efectos, los términos empezarán a contarse a partir de la notificación del acto administrativo que se expida.

Cuarto. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÓPIESE, PUBLÍQUESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CÚMPLASE.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folio 2 del cuaderno No. 2.

2 Folio 40 del cuaderno No. 1.

3 Folio 14 del cuaderno No. 3.

4 Folio 59 del cuaderno No. 1.

5 Ver, entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-343 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-951 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

6 Sentencia T-519 de 2003, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 Recuérdese que de conformidad con el artículo 4° del Código Contencioso Administrativo, las actuaciones administrativas se inician: (i) Por virtud del ejercicio del derecho de petición; (ii) de oficio por las autoridades competentes; (iii) o por la necesidad de cumplir un deber legal.

8 Sentencias T-752 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-951 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-031 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

9 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

10 Sentencias T-610 de 2003, M.P: Alfredo Beltrán Sierra y T-1323 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11 Publicado en el Diario Oficial No. 38987 de 19 de septiembre de 1989, *"Por el cual se expide el régimen de administración de personal de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad"*.

12 Ver, entre otras, sentencias C-108 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-525 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-1173 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Decreto 01 de 1984.

14 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de Octubre 22 de 1975.

15 Sentencia C-734 de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

16 Sentencia C-525 de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

17 Sentencia C-734 de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

18 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia, la Corte Constitucional decidió el caso de una notaría que fue desvinculada de su cargo mediante acto administrativo sin motivación. Esta Corporación, amparó su derecho al debido proceso administrativo y ordenó que se motivará el acto administrativo de desvinculación, pero no accedió al reintegro de la accionante pues para esa pretensión cuenta con otro medio de defensa judicial.

19 Sobre la exigencia de legalidad en materia administrativa, en sentencia C-432 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, esta Corporación señaló: *"Las limitaciones a la función de policía excluyen per se la existencia de actos puramente discrecionales por parte de la administración en el ejercicio de la función de policía, lo que no excluye una cierta capacidad creadora, del funcionario competente para decidir. Esto implica que la vieja distinción entre el acto puro reglado y el acto puro discrecional, debe abandonarse a favor de una que prevea que en ningún caso el funcionario puede apartarse de la legalidad, sin que esa circunstancia haga de él un autómata."* (se resalta). En el mismo sentido, en sentencia T-982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte sostuvo: *"La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que 'el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas'. Se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 83), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, cuando en virtud del inicio de las mismas puedan llegar a comprometerse los derechos de los administrados.// Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley."* (subraya fuera de texto).

20 Sentencia C-734 de 2000, Ibídem.

21 La exequibilidad del artículo en mención fue declarada bajo el entendido de que la norma solamente puede ser aplicada en relación con funcionarios no uniformados de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional -distintos a los empleados en sus entidades descentralizadas-, cuyas labores puedan afectar de manera directa la seguridad ciudadana o la seguridad del Estado.

22 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

23 Ibídem

24 Sentencia SU-250 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

25 Ibídem.

Fecha y hora de creación: 2025-12-05 07:06:46