



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

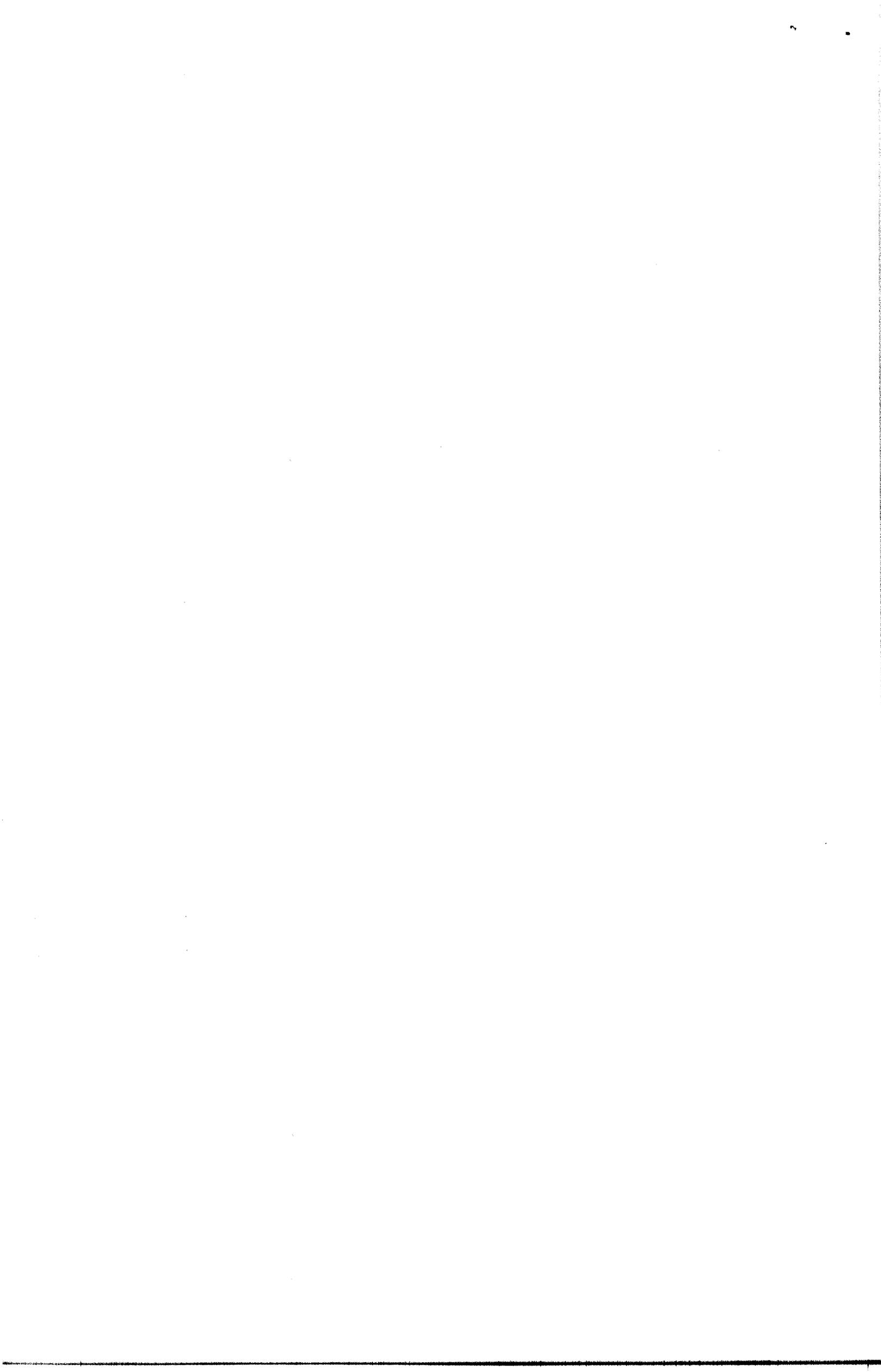
Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).-

REF: EXPEDIENTE No. 190012331000200300413 01
No. INTERNO: 1798- 2009
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: OMAR JOSÉ OSORIO VILLABÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por OMAR JOSÉ OSORIO VILLABÓN, contra el Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S.

LA DEMANDA

OMAR JOSÉ OSORIO VILLABÓN, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., mediante apoderado, solicitó al Tribunal Administrativo del Cauca, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:





- Resolución No. 01320 de 2 de julio de 2002, en virtud de la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Detective 208-07 de la Planta Global de dicha entidad, Área Operativa, Seccional del Cauca.

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

- Reintegrarlo al cargo que ocupaba ó a otro de igual o superior categoría acorde al escalafón de la carrera en que estaba inscrito, teniendo en cuenta y respetando los ascensos que por antigüedad y durante el tiempo que permanezca por fuera de la institución tenga derecho,
- Pagarle todos los salarios, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 3 de julio de 2002 y hasta la fecha en que se produzca el reintegro.
- Pagarle el lucro cesante, consistente en los intereses moratorios de las sumas ya actualizadas, desde el momento en que debieron cancelarse, hasta cuando se realice el pago real y efectivo.





- Declarar para todos los efectos legales, y en especial para lo que hace relación a las prestaciones sociales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.
- Dar cumplimiento a la Sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.
- Pagar las costas y gastos del proceso.

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

Fue vinculado a la entidad demandada desde el 19 de septiembre de 1986, en el cargo de Detective (Urbano –Alumno) 4115-03, según Resolución No. 2026 de 21 de agosto de 1986.

Prestó un excelente servicio, como lo demuestra su hoja de vida, por sus diferentes calificaciones, como también por las múltiples felicitaciones que recibió, sin obtener sanción alguna, durante los 15 años de servicio a la institución.

Cuando se desempeñaba como Jefe de la Unidad Investigativa de Policía Judicial de la Seccional D.A.S, Sucre, adelantó investigaciones contra el Alcalde del Municipio del Roble, Sucre, en razón de las presuntas irregularidades relacionadas con la contratación administrativa, malos manejos de los recursos y posibles vínculos con organismos por fuera de la Ley, los



resultados de la investigación los remitió a la Fiscalía y sucesivamente al Gerente Departamental de la Contraloría en Sincelejo y a la Procuraduría Regional de Sincelejo.

El Alcalde del Municipio del Roble, Sucre, conoció el contenido de los informes y los puso en conocimiento de los representantes de la Cámara Antonio Navarro Wolf y Gustavo Petro, quienes se pronunciaron al respecto y le exigieron explicación al Director Nacional del D.A.S, amenazándolo con realizarle un debate en el Congreso, sino aclaraba el origen de dichas informaciones.

A partir de este momento el demandante fue objeto de persecuciones, por un lado fue asignado al grupo de seguridad del Alcalde mencionado, el que finalmente no aceptó este servicio, para luego ser trasladado al puesto operativo de Magangué a partir del 1º de septiembre de 2001, donde trabajó hasta el 4 de febrero de 2002, tiempo en el cual tuvo que desempeñar múltiples funciones que no implicaban una verdadera labor de inteligencia.

Luego fue trasladado a la ciudad de Sincelejo, y posteriormente para la Seccional del D.A.S Cauca, Popayán.

De la Oficina de Control Disciplinario Interno de Bogotá recibió el actor Despacho Comisorio, con el fin de que rindiera en versión libre declaraciones sobre algunas imputaciones en su contra, por presuntas irregularidades en las que estaban incurriendo algunos funcionarios adscritos a la Seccional del D.A.S, Sucre. La versión libre fue recepcionada el 18 de junio de 2002.



El 3 de julio de 2002 a través de la Resolución No. 01320, le fue comunicada la insubsistencia de su nombramiento.

Está probado que frente al demandante no existe informe de inteligencia y/o conRAINTeligencia.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 2, 4, 15, 21, 25, 29, 125 y 209.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 35 y 36.

Del Decreto 2147 de 1989, los artículos 46 y 47.

Del Decreto 2400 de 1968, los artículos 26 y 61.

Considera el actor que con el acto acusado la entidad demandada vulneró las normas citadas, por cuanto:

Su retiro no se produjo en virtud del mejoramiento del servicio, ya que tenía una excelente hoja de vida.

Si bien una buena hoja de vida no genera inamovilidad del cargo, si genera ciertas garantías para que por ello se le respete su estabilidad laboral, al punto que en jurisprudencia reciente se invierte la carga de la prueba, y es al ente demandado al que le corresponde demostrar, que con el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción se proponía mejorar el servicio público a



su cargo, e indicar en qué condiciones, de lo contrario se pone en evidencia el desvió de poder.

El actor está inscrito en el régimen especial de carrera que rige para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, lo que conlleva unos derechos que el nominador debe respetar y cumplir, y no darle el tratamiento de empleado de libre nombramiento y remoción como se hizo en este caso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S, acudió oportunamente a dar contestación a la demanda, oponiéndose en su escrito a todas y cada una de las pretensiones propuestas, con los siguientes argumentos (Fls. 111 a 142):

La naturaleza de la institución exige la adopción de determinaciones inmediatas en relación con la permanencia de funcionarios que constituyen un riesgo para las labores que la entidad desarrolla.

El Director del D.A.S, en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 66 literal b, del Decreto 2147 de 1989 tiene la facultad legal para declarar insubsistente el nombramiento de los funcionarios inscritos en carrera especial, sin que se requiera que el acto administrativo sea motivado, razón por la cual no es lógico afirmar que la entidad demandada deba probar en el proceso los motivos



que llevaron al nominador a separar del servicio a esta clase de funcionarios.

No existe relación de dependencia entre el ejercicio de la facultad discrecional de nombramiento y remoción y la facultad sancionatoria, por cuanto ellas no se obstaculizan ni se entorpecen entre sí, por tanto el nominador puede legalmente declarar insubsistente el nombramiento de un empleado sin que tal actuación pueda tomarse como sanción anticipada.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Cauca mediante sentencia del 20 de agosto de 2009, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (Fls. 459 a 475):

Bajo la denominación de facultad discrecional, se encuentran comprendidos varios supuestos de hecho en los cuales el nominador declara la insubsistencia o prescinde de los servicios de los funcionarios a su cargo, sin que el acto de desvinculación necesite de motivación alguna, por cuanto se presume que se hace en aras del mejoramiento del servicio.

En el caso a tratar se tiene que la discrecionalidad en la desvinculación de los funcionarios del D.A.S, en los cuales, dadas las especiales funciones que desempeñan comprometiendo la seguridad y la estabilidad del Estado y de sus asociados, se ha



visto adecuado que el nominador esté dotado de herramientas que permitan disponer con rapidez del personal a su cargo, ya sea por razones de conveniencia y seguridad para la institución, las cuales comúnmente se han denominado "razones del servicio".

El acto administrativo que declara la insubsistencia con el fin de mejorar el servicio, no requiere para su validez motivación, ni tampoco que se deje constancia en la hoja de vida del detective los móviles de la insubsistencia, en atención a que ninguna disposición normativa ha determinado algo al respecto.

En el escrito de la demanda el actor hace un extenso recuento de hechos en los cuales afirma que su desvinculación tuvo como motivo, evitar que el Congreso de la República hiciera un debate político contra el Director del D.A.S, por las denuncias existentes contra el Alcalde del Municipio de El Roble, sin embargo dichas afirmaciones, además de ser de difícil credibilidad, no guardan el menor soporte probatorio dentro del proceso.

Al analizar la hoja de vida del demandante, se tiene que se trata de un trabajador que cumplía las funciones de su cargo de forma adecuada, pero no se observa que las anotaciones y calificaciones consignadas sean especialmente meritorias, y además tampoco se evidenció una hoja de vida intachable, pues se le han entablado procesos disciplinarios a lo largo de su carrera e incluso la misma entidad había iniciado una indagación preliminar para verificar ciertas conductas realizadas cuando se encontraba prestando sus servicios en el Departamento de Sucre.



Frente al argumento que la insubsistencia buscaba disfrazar una sanción de destitución, consideró que el ejercicio de la facultad discrecional es independiente de la función disciplinaria y por tanto ninguna se supedita a la otra.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (Fls. 487 y 514):

Si bien es cierto, que el acto administrativo de retiro no necesita de una motivación en el contexto del acto mismo y éste goza de presunción de legalidad, no quiere decir que carezca de motivos, como tampoco que a través de la acción contenciosa y en sede judicial no se puedan desvirtuar.

El actor venía prestando un excelente servicio y no aparecen dentro del proceso los motivos de inconveniencia por los cuales se justifique su retiro del D.A.S.

El *a quo* confunde el régimen del demandante que es de carrera especial, con los cargos de funcionarios nombrados en provisionalidad y de nivel superior.

La jurisprudencia ha señalado que no es necesaria la motivación en estos casos, sin embargo, la entidad puede incurrir en desvío y abuso de poder.



El demandado no demostró dentro del proceso como y en qué forma pretendía mejorar el servicio público, a pesar de que el actor si probó la excelencia de su labor, luego no hay duda que se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado.

El desempeño laboral por sí solo no genera una estabilidad absoluta, empero si es uno de los elementos para que una persona permanezca en el cargo.

El Tribunal de primera instancia no considera que existió persecución laboral, por carecer de soporte probatorio, cuando si se puede establecer esta situación, por medio de indicios.

El ejercicio de la facultad discrecional es independiente de la función disciplinaria, por esta razón no se puede confundir la una con la otra, que fue lo que hizo el nominador, al declarar insubsistente el nombramiento del actor para sancionarlo por unos hechos sobre los cuales fue exonerado disciplinariamente.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, de declarar insubsistente el nombramiento del demandante, en el cargo de Detective 208-07 de



la Planta Global, Área Operativa, asignado a la Seccional del Cauca.

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

- Mediante Resolución No. 2026 de 21 de agosto de 1986, fue nombrado como Detective Urbano-Alumno 4115-03, y fue posesionado el 19 de septiembre del mismo año. (Fl. 5 C No. 3).
- Mediante Resolución No. 01320 de 2 de julio de 2002, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional del Cauca. (Fl. 3).
- La Coordinadora Administrativa, Financiera y de Talento Humano, de la Seccional D.A.S Cauca, certificó el 3 de julio de 2002, que el actor laboró en esa institución 15 años 9 meses y 18 días, desde el 15 de septiembre de 1986 hasta el 3 de julio de 2002, desempeñándose en el cargo de Detective Agente 208-07. (Fl. 8).
- De folios 5 a 7 obra el extracto de la hoja de vida de fecha 12 de agosto de 2002 del demandante, durante el tiempo que



estuvo vinculado al Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S, cuyos cargos desempeñados fueron:

"Del 19 de septiembre de 1986, Detective (Urbano-Alumno) 4115-03.

Del 30 de junio de 1987, Detective (Urbano-Alumno) 4115-04.

Del 28 de septiembre de 1989, Detective Agente Grado 5.

Del 07 de julio de 1993, Detective Agente 208-05.

Del 15 de marzo de 1994, Detective Agente 208-06.

Del 04 de abril de 1994, Detective Agente 208-07.

Del 01 de febrero de 2001, Detective Agente 208-07".

Tiempo en el cual fue objeto de felicitaciones por su labor profesional, y desempeño, demostrados en diferentes operativos, llevados a cabo por la entidad, sin evidenciar sanción alguna.

- El 23 de septiembre de 2002, el Departamento Administrativo de Seguridad, Oficina Control Disciplinario Interno, Secretaría Común certificó que no registraba investigación disciplinaria en curso contra el actor. (Fl. 10).
- El Departamento Administrativo de Seguridad, Dirección General de Inteligencia, mediante Oficio D.A.S DGI 002505 del 24 de septiembre de 2002, informó que una vez revisados los archivos no se encontró informe de inteligencia y contrainteligencia alguno en contra del demandante. (Fl. 9).
- Militan a folios 6 y 7, 41 y 42 los testimonios de los señores, Fredy Muñoz Rosero, Funcionario Público y César Augusto



Calambas Baos, Comerciante, los cuales destacan la labor desempeñada por el actor en la institución demanda.

CUESTIÓN PREVIA

Antes de abordar el problema jurídico planteado por el actor, corresponde a la Sala efectuar algunas precisiones frente a la petición hecha en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, por parte de la entidad demandada, en relación a decretar oficiosamente como prueba la remisión de la copia del informe reservado de contrainteligencia, el cual muestra las razones de inconveniencia de la permanencia del demandante en la institución y por ende, la legalidad del acto demandado. Sobre el particular es oportuno mencionar que conforme a la última posición adoptada por la Sección, los motivos de conveniencia deben estar plasmados dentro del acto administrativo que declara la insubsistencia del nombramiento de los funcionarios de régimen de carrera especial, o como mínimo ser demostrados en sede judicial en las etapas propias para ello, en esa medida no es oportuno ordenar decretar la prueba de oficio solicitada, a más de que esta no es la oportunidad procesal para esto.

DEL FONDO DEL ASUNTO

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



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

Según lo previsto en el **Decreto 2147 de septiembre 19 de 1989**, "*por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.*" los empleados del D.A.S, pueden ser de (i) régimen especial o (ii) régimen ordinario.

El régimen especial se aplica a todos los *detectives* de esa institución de seguridad, (artículo 46) y, el régimen ordinario, a funcionarios y empleados que no sean de libre nombramiento y remoción ni tengan el carácter de detectives, (artículo 4º).

Conforme con el artículo 5º *ibídem*, el régimen ordinario de carrera tiene por objeto garantizar la eficiencia del servicio público en el D.A.S, el profesionalismo, la estabilidad y las posibilidades de ascenso de quienes acceden por este sistema, previa demostración de los requisitos para el desempeño de los cargos y aprobación de los cursos de capacitación o inducción establecidos en la ley.

Ahora, el Estatuto de Carrera para el personal operativo del D.A.S contempla el retiro para estos funcionarios y está preceptuado en el artículo 66. De acuerdo con él, el retiro de los empleados inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los



casos previstos por las disposiciones precedentes de la misma norma y en el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989. En todo caso, la insubsistencia del nombramiento de los detectives sólo procede (i) por haber tenido dos calificaciones deficientes de servicio dentro del mismo año y en lapso superior a un mes; y (ii) cuando el Jefe del Departamento en ejercicio de la facultad discrecional considere conveniente para la entidad el retiro del funcionario.

La norma en comento es del siguiente tenor literal:

“El retiro del servicio de los funcionarios inscritos en el régimen especial de carrera se producirá en los casos previstos por disposiciones precedentes de este decreto y por lo dispuesto en el artículo 33 del decreto 2146 de 1989. Sin embargo, la insubsistencia del nombramiento de los detectives solamente procede por las siguientes razones:

- a) Haber tenido dentro del mismo año y en lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicio y*
- b) Cuando el jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario”. (Resaltado por la Sala).*

Según la norma transcrita los funcionarios que ostentan la calidad de detectives, situación del demandante, vinculados al régimen especial de carrera, pueden ser desvinculados por dos maneras, a saber:

- (i) La primera contenida en el literal a) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 presupone el ejercicio de una facultad reglada, es decir, exige la concurrencia de dos calificaciones deficientes del servicio en un mismo año, como supuesto para la desvinculación



del funcionario, las cuales deben contener motivación expresa del acto por el cual se declara la insubsistencia.

(ii) En la segunda modalidad el Director del Departamento Administrativo, en desarrollo de facultades discrecionales fundadas en motivos de conveniencia para la institución, puede separar del servicio a los funcionarios que ostentan la calidad de detectives, en sus distintos rangos.

La Resolución No. 01320 de 2 de julio de 2002, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se fundamentó en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, y en el artículo 1º del Decreto 1679 de 1991.

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

Por su parte el Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S., manifestó que el legislador consagró la excepción al régimen de carrera administrativa en razón a la trascendental función desempeñada por esta institución de velar por la seguridad del Estado y manejar informaciones secretas cuya eventual revelación afectaría la seguridad Estatal y, consecuentemente, generaría graves perjuicios en detrimento de la integridad del régimen constitucional y legal.



El legislador otorga a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines Estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas.

Sin embargo, es importante diferenciar la discrecionalidad de la arbitrariedad conforme al artículo 36¹ del Código Contencioso administrativo.

Bajo estos supuestos, la discrecionalidad con la que cuenta la administración no puede ser arbitraria, sino que se debe limitar a los fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que le dan fundamento a las mismas.

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

En relación a esta materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito², realizó un análisis sobre la necesidad de conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S, ya sea en el acto mismo o en su defecto en sede judicial, para lo cual

¹ 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.

² Consejo de Estado, Sección Segunda; Radicado Interno No. 0516-2007; Actor: Luis Fernando Wbaldo.



efectuó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes normativos y jurisprudenciales, arribando a las siguientes conclusiones:

"Bajo estos supuestos, en los eventos en que la administración fundaba su facultad discrecional sin motivar los actos, (artículo 34 Decreto 2146 de 1989), ya no hace parte del ordenamiento jurídico, salvo el inciso primero de esta disposición que según la interpretación de la Corte solo es aplicable a los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, en un asunto de contornos similares al que en esta oportunidad ocupa a la Sala, la Corte Constitucional a través de la providencia T-064 -07³ precisó que si bien existe la facultad discrecional de declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario, cuando éste se encuentra inscrito en régimen especial de carrera, lo cierto es que, no existe ninguna norma que establezca que dicha decisión no deba ser motivada, razón por la cual, siendo el principio general la motivación de los actos administrativos, es forzoso precisar que los actos que se expidan en ejercicio de ésta facultad deben expresar, siquiera de manera sumaria, los motivos por los cuáles la autoridad administrativa ha adoptado la decisión.

(...)

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

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

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

Sin embargo, la Sala recalca que la exigencia de la motivación del acto en nada pugna con la facultad discrecional que está en cabeza del Director del D.A.S al momento de la declaración de la insubsistencia, siempre y cuando exponga las razones o motivos que lo llevaron a la declaratoria de insubsistencia.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. T-064-07. Accionante: Carlos Andrés Moreno Roa.



En consecuencia, es imperativo conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S, en el acto administrativo o como mínimo en sede judicial , de ahí la obligación de indicarle, y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, conforme a lo expuesto anteriormente.

Como quiera que bajo estas consideraciones la entidad demandada se encontraba obligada a motivar el acto o a dar a conocer en sede judicial los motivos de la decisión adoptada, en este caso se comporta una vulneración de las garantías mínimas, ya que las razones para la desvinculación se mantuvieron en reserva, lo cual impide establecer si éstas se ajustan a los parámetros establecidos en el artículo 36 del C.C.A, y a los criterios de proporcionalidad y adecuación a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional.

Finalmente, resalta la Sala la importancia de exigir que se motive el acto de insubsistencia como garantía de estabilidad al sistema de carrera de los detectives del D.A.S que a pesar de ser especial, deberá gozar de este mismo beneficio, y no caer en el extremo de darle un trato igualitario con los empleados de libre nombramiento y remoción, en atención a un juicio en equidad”.

Así las cosas, en criterio de la Sala, es imperioso conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S, en el acto mismo o como mínimo en sede judicial, en atención a los criterios de proporcionalidad y adecuación de los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, como quiera que en materia de actos administrativos la regla general es la exigencia de la motivación como garantía de publicidad de la función administrativa.

Este orden de ideas, la Sala asigna la exigencia de conocer las razones que llevaron a la entidad a retirar al funcionario del servicio, que en nada pugna con la facultad discrecional que está en cabeza del Director del D.A.S al momento de la declaración de la insubsistencia, ni mucho menos con la seguridad estatal.



En esa medida, como en el presente caso no se evidenciaron dichos motivos, es procedente el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, y a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:

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

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En cuanto a la solicitud de reconocimiento de intereses moratorios sobre la suma mencionada, la jurisprudencia de esta Corporación

94



ha manifestado que en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles. Por lo cual, esta pretensión se negará⁴.

Finalmente, respecto de la solicitud de condenar en costas a la entidad demandada, la Sala expresa que el criterio adoptado por la Corporación consiste en la aplicación del artículo 171 del C.C.A. que sólo permite tal condena en los eventos en los que se observe temeridad o mala fe en la conducta de las partes, como tal circunstancia no se observa en el presente caso, la Sala desestimaré la solicitud.

Así las cosas, las razones que anteceden son suficientes para que la Sala proceda a revocar el fallo apelado y en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 20 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda incoada por OMAR JOSÉ OSORIO VILLABÓN, contra el Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S. En su lugar se dispone:

⁴ Al respecto, ver la sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, de 30 de agosto de 2007; C. P. doctor Alonso Vargas Rincón; radicado interno No. 9710-05; actor: Sigifredo Quintero Cantillo.



DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 01320 de 2 de julio de 2002, por medio de la cual el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S declaró insubsistente el nombramiento del actor, en el cargo de Detective Profesional 208-07, de la Planta Global Operativa, de la Seccional del Cauca.

CONDÉNESE, a título de restablecimiento del derecho, al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría y a pagarle los salarios, y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa.

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

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



A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

NIÉGANSE, las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ


GERARDO ARENAS MONSALVE


VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

