

SENTENCIA T-829/08

(Agosto 22 de 2008)

FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACION-No es absoluta

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

ACTO ADMINISTRATIVO-Deber de motivación

ACCION DE TUTELA-Decreto 1382 de 2000 no establece competencia sino reglas de simple reparto

ACCION DE TUTELA-Inmediatez

ACCION DE TUTELA-Se encuentra cumplido el requisito de inmediatez

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto sustantivo

Referencia: Expediente T-1606743.

Accionante: Guillermo León Caicedo Romero.

Accionado: Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

Fallos objeto de revisión: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Laboral, de febrero 12 de 2007 (2ª instancia), confirmatoria de la sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de 19 de diciembre de 2006 (1ª instancia).

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensión del accionante.

El señor Guillermo León Caicedo Romero, instauró1 acción de tutela como mecanismo transitorio, contra el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, vida digna, trabajo, mínimo vital e igualdad y derechos de los niños, con ocasión de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del cargo de detective agente 208-07, efectuada por el director de la entidad demandada, mediante Resolución N° 2280 del 25 de diciembre de 2005.

En consecuencia, pretende la suspensión del acto administrativo dictado por la entidad accionada y a la vez que, como medida transitoria, se ordene el reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo emite

pronunciamiento respecto de la legalidad de la decisión de insubsistencia adoptada.

2. Respuesta de la entidad accionada.

El doctor Jaime Pérez Uscátegui, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad, presentó escrito de contestación de la acción de tutela incoada solicitando, de una parte, la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, por considerar que a partir de lo previsto en el Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer acciones de tutela contra autoridades públicas del orden nacional², como es el caso de la entidad demandada, corresponde en primera instancia a los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura y no al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, “razón por la cual, NO ES COMPETENTE ESE JUZGADO y se ha generado la Nulidad de todo lo actuado por falta de competencia, la cual es insaneable, en los términos del C.P.C.³”

En segundo lugar, indicó que el Director de la entidad accionada, haciendo uso de la facultad discrecional que le otorga el Decreto 2147 de 1989 (Art. 66 literal b), declaró insubsistente el nombramiento de Guillermo León Caicedo Romero, en el cargo de detective agente 208-07 que “se encontraba inscrito en el escalafón especial de carrera”,⁴ circunstancia que no es violatoria de sus derechos fundamentales, en consideración a que se trata de un acto legítimo expedido por la autoridad competente, que no requiere motivación, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, enfatizando que el acto administrativo fue debidamente comunicado al peticionario.

Agregó que la potestad discrecional es autónoma e independiente, razón por la cual su ejercicio no está condicionado a una decisión dictada en el ámbito disciplinario, penal o administrativo. Sobre el particular, señaló que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “el retiro del servicio de un Detective bajo la figura de la declaratoria de insubsistencia, no obedece a faltas de carácter disciplinario y/o penal que en un momento dado pueda cometer un funcionario del DAS, sino que ésta determinación obedece al deber que tiene el nominador de valorar la conveniencia para el servicio público de que dicho funcionario sea desvinculado de la Institución; juicio de razón del cual no existe obligación legal de presentar prueba documental diferente del acto administrativo inmotivado, ni mucho menos mandato legal que ordene el dejar allí plasmado, las razones explicativas y ‘tendientes a demostrar en que consistió la inconveniencia que justificara el ejercicio excepcional de la facultad discrecional’.”⁵

En tercer término y en relación con la condición de padre cabeza de familia, señaló que la normatividad respectiva (Ley 790 de 2002 y Decreto Reglamentario 190 de 2003), solamente es aplicable para el programa de renovación de la administración pública, situación en la que no se encuentra el Departamento Administrativo demandado, razón por la cual el retiro de funcionarios no se encuentra supeditado a las normas del retén social, reiterando que la declaratoria de insubsistencia obedeció a la facultad discrecional prevista en el ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, estimó que la acción de tutela es una vía procesal residual y subsidiaria a la que solamente puede acceder el interesado cuando no disponga de otro mecanismo de defensa, o que en caso de existir, no sea tan eficaz e idóneo como la acción de amparo

constitucional, pues “no tiene la vocación de sustituir aquellos mecanismos ordinarios de defensa que por mandato legal corresponde a otras jurisdicciones y menos aún que le sea dable elegir al accionante entre uno y otro.”⁶ Adicionalmente, señaló que no existe un perjuicio irremediable, en tanto la presentación de la acción de tutela se efectuó “350 días (11 meses) desde la fecha del retiro del servicio (...) lo cual contrarresta de suyo la existencia del deprecado perjuicio irremediable, el que por su propia naturaleza debe ser inminente y actual, lo cual no ocurrió en este caso, puesto que se trató de un actuación legítima de la administración.”⁷

Como quinto aspecto relevante, sostuvo que la acción tutelar no es la vía para solicitar la suspensión provisional de actos administrativos, pues se trata de una competencia que el ordenamiento superior (Art. 238), expresamente atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por último, consideró que la acción de tutela incoada es improcedente, en tanto el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual correspondió por reparto al Juzgado Quinto Administrativo de Cúcuta, encontrándose “pendiente de la correspondiente notificación a la entidad demandada.”⁸

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. La situación fáctica se puede sintetizar así:

El 24 de marzo de 1988, el accionante fue nombrado con carácter ordinario en la planta de investigadores de la entidad demandada, mediante resolución N° J 0732, para el cargo de detective urbano 4115-03, previo el cumplimiento de los requisitos y pruebas dispuestas por la convocatoria efectuada para aspirantes al curso LXXII de detectives urbanos, en la Seccional Norte de Santander.

Posteriormente, a través de la resolución N° D 1349 del 16 de julio de 1993, fue incorporado a la planta de personal de la entidad demandada para el cargo de detective agente 208-05 y el 28 de febrero de 1994 con ocasión de la resolución N° D-0425, al cargo de detective agente 208-08.

El 11 de enero de 1995, fue ascendido al cargo de detective especializado 208-13, mediante resolución N° 0015 y luego mediante resolución N° 085 del 17 de enero de 2001, fue incorporado a la planta de personal del DAS, en el cargo de detective 208-07.

Indica, que el 27 de diciembre de 2005 fue notificado personalmente de la resolución N° 2280 del 22 de diciembre del mismo año, mediante la cual el director del Departamento Administrativo demandado, “declara INSUBSISTENTE mi nombramiento del cargo de Detective 208-07 sin informarme del motivo.”⁹

Manifiesta que a partir de la decisión de insubsistencia, elevó derechos de petición a la entidad accionada, la cual mediante oficio N° 41065 del 21 de febrero de 2006, informó que no existen en su contra “anotaciones de inteligencia y/o contrainteligencia sobre hechos inmorales, punibles o irregulares que afecten mi patrimonio moral y laboral. (sic) Y que tampoco han recibido comunicación en ninguna dependencia del DAS (anónima o no, escrita

o no) donde aparezca mi nombre relacionado con hechos inmorales, punibles o irregulares que afecten mi patrimonio moral y laboral.”¹⁰ Así mismo, la oficina de control disciplinario interno, comunicó la inexistencia de procesos disciplinarios en su contra “desde el año 2005 a la fecha.”

En el mismo sentido, la Dirección Seccional DAS Norte de Santander, mediante oficio N° SNDS.DIRS.2541, informó que “revisados los archivos de la Seccional DAS Norte de Santander no se encontró información o documentos que contengan lo peticionado, igualmente que en esa Dirección no se ha originado documento con destino a la Oficina de Control Disciplinario para que allí se inicie actuación de carácter administrativo-disciplinario.”¹¹

Resalta el actor, que en su escrito de tutela que “hasta ahora se me da a conocer, fotocopia de la Resolución 2280 del 22 de diciembre de 2005, donde se me declara la insubsistencia del cargo.”¹²

Agrega el accionante, que en los meses de octubre y noviembre de 2005 fue escogido para participar en un concurso interno de ascenso virtual convocado a nivel nacional, para obtener escalafón al grado superior como detective profesional 09, “cuya aprobación se me obstruyó como consecuencia de la insubsistencia a que fui sometido.”¹³

Por último, pone de presente que es padre cabeza de familia y que su núcleo familiar depende en lo afectivo y lo económico del ingreso que percibía en la entidad demandada y que “[e]n estos momentos no cuento con los recursos imprescindibles para solucionar y satisfacer las necesidades esenciales de mi familia, compuesta por mi compañera permanente, también desempleada, me encuentro en mora con el pago de la obligación hipotecaria, embargado mi crédito-libranza con el banco popular; encontrándome en claro incumplimiento de mis obligaciones de padre y responsable, las circunstancias de desempleo generalizado por la que atraviesa el país, además de mis 43 años de edad es inalcanzable conseguir una oportunidad de empleo, no he podido conseguir una vacante para resolver las necesidades mínimas todo esto luego de que sin saber aún la motivación, se me decretara mi insubsistencia, por parte del Departamento Administrativo de Seguridad.”¹⁴

3.2. Las pruebas allegadas al expediente de tutela, son las siguientes:

- Resolución N° J 0732 de 1988 (marzo 24), “Por la cual se hacen unos nombramientos de personal con carácter ordinario en la Planta de Investigadores del Departamento Administrativo de Seguridad” (folios 9 a 11 del cuaderno de primera instancia).
- Resolución N° J 3652 de 1988 (octubre 27), “Por la cual se hacen unas promociones de personal en la Planta de Investigadores del Departamento Administrativo de Seguridad” (folios 12 a 14 *ibídem*).
- Resolución N° J 3524 de 1989 (octubre 22), “Por la cual se hacen unos nombramientos” (folios 15 a 17 *ibíd.*).
- Resolución N° 1349 de 1993 (julio 16), “Por la cual se incorpora a la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad a unos funcionarios” (folios 18 a 20 *ibíd.*).

- Resolución N° 0425 de 1994 (febrero 28), Por la cual se incorpora a unos funcionarios” (folios 21 a 24 ibíd.).
- Resolución N° 0015 de 1995 (enero 11), “Por medio de la cual se promueve a unos funcionarios” (folios 25 a 27 ibíd.).
- Resolución N° 085 de 2001 (enero 17), “Por la cual se incorpora a la Planta de Personal del Departamento Administrativo de Seguridad a unos funcionarios” (folios 28 a 30 ibíd.).
- Acta de notificación personal de la Resolución N° 2280 de 2005 (folio 31 ibíd.).
- Derecho de petición presentado por el accionante al Subdirector de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad (folio 32 ibíd.).
- Derecho de petición presentado por el actor al director de la entidad accionada (folio 33 ibíd.).
- Respuesta al derecho de petición, dada por el Coordinador Grupo Administración de Personal y por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada (folio 35 ibíd.).
- Oficio N° 120555-1 del 23 de febrero de 2006, firmado por Martha Patricia Leyva Barrero, Profesional Operativo de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento Administrativo de Seguridad (folio 39 ibíd.).
- Extracto de la hoja de vida del actor (folios 40 a 42 ibíd.).
- Derecho de petición presentado por el peticionario al director de la entidad accionada y oficio N° SNDS.DIRS.2541 que da respuesta al mismo (folio 45 ibídem).
- Resolución N° 2280 del 22 de diciembre de 2005 “Por la cual se declara insubsistente un nombramiento” (folio 47 ibíd.).
- Oficio N° 301 del 8 de febrero de 2006, firmado por el Secretario Ejecutivo de la Procuraduría Regional de Norte de Santander (folio 63 ibíd.).
- Oficio N° DSF-0251 del 7 de febrero de 2006, firmado por la Directora Seccional de Fiscalías (folio 64 ibíd.).
- Declaración extrajuicio rendida por el accionante ante la Notaría Segunda del Círculo de Cúcuta (folios 65 a 68 ibíd.).
- Certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria N° 260-53828 (folios 70 y 71 ibíd.).
- Mandamiento de pago dictado por el Juzgado Civil Municipal de Los Patios (Norte de Santander), el 6 de septiembre de 2006 (folio 72 ibíd.).
- Auto admisorio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por el señor Caicedo Romero, proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cúcuta, el 22 de septiembre de 2006 (folio 73 ibíd.).

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 19 de diciembre de 2006, decidió negar por improcedente el amparo constitucional solicitado, por considerar que no se encuentra satisfecho el requisito de inmediatez, pues la interposición de la acción tuitiva “no se encuentra dentro del marco de lo razonable en tiempo, como quiera que su declaratoria de insubsistencia tuvo ocurrencia el 22 de diciembre de 2005, viene a percatarse de la vulneración de sus derechos cerca de un año después, lo que no guarda ninguna correspondencia en relación con los mismos derechos invocados y por tanto la misma resulta ser inoportuna, lo que demuestra la conformidad o negligencia del actor con lo sucedido, que no puede ser premiada por el juez constitucional.”¹⁵

Agrega, que adicionalmente el actor no demostró razones de fuerza mayor o caso fortuito, que lo hubieran imposibilitado para buscar la protección de sus derechos fundamentales con la oportunidad debida.

Como último aspecto, estimó que los elementos constitutivos del perjuicio irremediable, no se encuentran probados siquiera sumariamente, razón por la cual “se hace igualmente improcedente el amparo como mecanismo transitorio.”¹⁶

4.2. Impugnación.

Mediante escrito del 15 de enero de 2007, el actor impugnó la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, reiterando para tal efecto, los argumentos planteados en la solicitud de tutela.

De otra parte, señaló que la interposición de la acción de tutela no está supeditada a un término de caducidad, por cuanto la disposición del Decreto 2591 de 1991 que establecía un término perentorio, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 de 1992.

Por último, reiteró que la declaratoria de insubsistencia del cargo, sin que medien en el acto administrativo los motivos que llevaron a la autoridad a tomar tal decisión, es violatoria del derecho fundamental al debido proceso, en tanto desconoce los principios y fines de la administración, permitiendo paradójicamente, su equivalencia con decisiones dictadas con la plenitud de las formalidades que el ordenamiento jurídico prevé, “aceptando de paso que la discrecionalidad puede ser utilizada, con un fin distinto a la búsqueda de un buen servicio.”¹⁷

4.3. Fallo de segunda instancia.

Adicionalmente, tuvo como consideración para denegar por improcedente el amparo deprecado, el no cumplimiento del requisito de inmediatez, “puesto que se ha instaurado un año después de que se expidiera la Resolución cuestionada y antes mencionada”¹⁸, sin que exista justificación alguna respecto de la inacción en la interposición de la acción de tutela.

Finalmente y en relación con la supuesta vulneración del principio de igualdad, señaló que en

el expediente se echa de menos el elemento fáctico que lo lesiona, razón para que “no pueda predicarse violación del derecho reclamado.”¹⁹

5. Trámite en sede de revisión.

El expediente de tutela fue seleccionado por Auto del 22 de junio de 2007 y repartido a este despacho. Así mismo y en relación con la actividad probatoria, el magistrado sustanciador, dispuso:

5.1. Mediante proveído del 12 de octubre de 200720:

“Primero. ORDENAR que por la Secretaría General, se oficie al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, para que, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación, cite al despacho al señor Guillermo León Caicedo Romero, para que bajo la gravedad del juramento declare sobre su situación actual y la de su familia.

En particular deberá preguntar:

1. ¿Si actualmente tiene empleo?
2. ¿Cuáles son sus ingresos?
3. ¿Cómo está integrado su grupo familiar?
4. ¿Si su compañera permanente trabaja y cuáles son sus ingresos?
5. a- ¿Cuál es el estado de salud de su compañera, y en particular sobre el cáncer de cerviz nivel uno, que él manifestó padece?
- b- ¿Si la enfermedad que padece su compañera, constituye algún grado de incapacidad laboral?
- c- De ser afirmativa, darle un término de tres (3) días para que allegue con destino a este proceso certificado médico de dicha incapacidad.
- 6- ¿Cuál es la situación de sus hijos, que edad tienen y si actualmente se encuentran estudiando?
- 7- ¿Cuáles son sus obligaciones?

Líbrese el Despacho Comisorio respectivo.

Segundo.- Suspender los términos en el presente asunto hasta tanto el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta remita a esta Sala la diligencia y la información que se les solicita y la documentación fuere estudiada y analizada, por el Magistrado Sustanciador.”

En diligencia de audiencia pública llevada a cabo el 7 de noviembre de 2007, ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el accionante indicó que sus ingresos mensuales

oscilan entre \$ 400.000 y \$ 500.000, “los que no me alcanzan para sostener económicamente a mi familia”, pues comparados con la remuneración mensual que recibía en el Departamento Administrativo de Seguridad (\$ 1'400.000), sostenía su hogar, sin necesidad de que su esposa trabajara. Agregó que su cónyuge trabaja de manera informal, percibiendo en promedio \$ 200.000 mensuales y que su estado de salud es delicado, en tanto padece cáncer de útero desde hace año y medio aproximadamente, recibiendo atención médica por parte de Coomeva E.P.S.

5.2. Mediante auto del 28 de marzo de 2008, ordenó²¹:

“PRIMERO.- OFICIAR al señor Guillermo León Caicedo Romero, en la calle 10 N° 11-41 Barrio Montebello de la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta providencia, informe con destino al expediente de la referencia lo siguiente:

1. Indique el motivo por el cual interpuso la acción de tutela contra el Departamento Administrativo de Seguridad, once (11) meses y tres (3) días después de la notificación personal de la resolución N° 2280 del 22 de diciembre de 2005 “Por la cual se declara insubsistente un nombramiento”, la cual fue realizada el 27 de diciembre de 2005²².”

2. ¿Contra la resolución en mención, interpuso recurso de reposición? En caso afirmativo, deberá enviar copia del recurso y de la respuesta dada por el Departamento Administrativo de Seguridad.”

SEGUNDO.- COMUNICAR esta providencia a la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad, para que indique lo que estime pertinente, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación.”

El señor Guillermo León Caicedo Romero, puso de presente que inicialmente consideró suficiente la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para lograr la protección de sus derechos fundamentales, “[p]ero como lo anoté caí en una situación laboral muy difícil e insostenible para mi núcleo familiar y para mi, quedando en situaciones que nunca imaginé y todavía estoy padeciendo pues mi anterior actividad no me daba para ahorrar y capitalizar, ni aprendí una profesión distinta a la de detective del DAS, entidad a la que dediqué la mayor parte de mi vida (diecisiete años y ocho meses)”²³

Adicionalmente, puso de presente que el contenido del acto administrativo tan solo fue conocido hasta el mes de abril de 2006, pues fue necesario después de la diligencia de notificación personal, elevar derecho de petición ante la entidad accionada, con el fin de que expidiera la correspondiente copia, la cual solamente fue ordenada a partir de la orden judicial impartida por un juez de tutela.

II. CONSIDERACIONES

La Sala se considera competente para revisar las sentencias proferidas en el proceso de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el Auto de noviembre 2 de 2007.

1. Problema jurídico.

Con fundamento en la situación fáctica, las decisiones proferidas por los jueces de instancia y las pruebas allegadas al proceso de tutela, le corresponde determinar a la Sala de Revisión, si la Resolución N° 2280 del 22 de diciembre de 2005, “Por la cual se declara insubsistente un nombramiento”, dictada por el director del Departamento Administrativo de Seguridad, con fundamento en la potestad discrecional atribuida por los Decretos Extraordinarios 2146 y 2147 de 1989, vulnera el derecho fundamental al debido proceso de Guillermo León Caicedo Romero, en tanto se trata de un acto administrativo que carece de motivación.

Para resolver el problema en cuestión, la Sala retomará los parámetros jurisprudenciales relativos (i) al ejercicio de la potestad discrecional de la administración como una facultad excepcional con la que cuentan las autoridades en un Estado Social de Derecho. Incompatibilidad entre discrecionalidad y arbitrariedad; (ii) necesidad de motivación de los actos administrativos como desarrollo del principio de publicidad en la función pública y (iii) resolverá el caso concreto.

2. El ejercicio de la potestad discrecional de la administración como una facultad excepcional con la que cuentan las autoridades en un Estado Social de Derecho. Incompatibilidad entre discrecionalidad y arbitrariedad.

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada, que el legislador puede autorizar en determinados eventos y para algunas autoridades, la posibilidad de dictar actos administrativos discrecionales, siempre y cuando ellos conduzcan a la realización de los fines esenciales del Estado y al desarrollo de las funciones previstas en el ordenamiento jurídico y en tanto guarden armonía con los principios de la función administrativa, cuales son, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.²⁴

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las decisiones que adopte la administración en ejercicio de las mencionadas facultades, deben soportarse en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo arbitrario o caprichoso, pues se trata de variantes diametralmente opuestas que son incompatibles en un Estado Social de Derecho.

Así lo establece el Código Contencioso Administrativo (Art. 36), al señalar que los actos administrativos de carácter general o particular, dictados por las autoridades en ejercicio de la potestad discrecional, deberán adecuarse “a los fines de la norma que la autoriza” y ser proporcionales “a los hechos que le sirven de causa”, proscribiendo en consecuencia la discrecionalidad absoluta, en atención a que su ejercicio puede dar lugar a decisiones arbitrarias o caprichosas.²⁵

Por su parte, la discrecionalidad relativa permite que el funcionario aprecie 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.²⁶

Así las cosas, el intérprete constitucional ha considerado que la Constitución Política

establece el ejercicio de la potestad discrecional, lo cual puede deducirse a partir de lo previsto (i) en el artículo 1º que define a Colombia como un Estado social de derecho fundado en la prevalencia del interés general, lo cual excluye que los funcionarios puedan ejercer sus atribuciones de manera caprichosa; (ii) el artículo 2º que establece los fines esenciales del Estado y los objetivos de las autoridades públicas, lo cual muestra que las atribuciones ejercidas por las autoridades deben estar destinadas a realizar esos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del funcionario; (iii) el artículo 123 dispone de manera expresa que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento y (iv) el artículo 209 que se encarga de definir los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial.²⁷

Con todo, la facultad discrecional otorgada por el ordenamiento jurídico a determinadas autoridades del Estado, no puede confundirse con la arbitrariedad, la cual se expresa en el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley, mientras que la primera por el contrario, está sometida a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

3. Necesidad de motivación de los actos administrativos como desarrollo del principio de publicidad en la función pública.

Esta Corporación desde sus inicios, ha considerado que la motivación de los actos administrativos, es una garantía establecida en los ordenamientos jurídicos contemporáneos en contra de la arbitrariedad, que encuentra fundamento constitucional en el principio de publicidad como orientador de la función pública y busca en últimas que los destinatarios conozcan las razones en las que se funda la Administración al momento de adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares. Así lo sostuvo en sentencia SU-250 de 199828, al indicar:

“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’ (...).”

Así pues, la razón de ser de la motivación de los actos administrativos, es suministrar algunos elementos al juez para que al momento de efectuar el control jurídico sobre dicho acto, determine si se ajusta o no al ordenamiento jurídico. De lo contrario, como lo sostuvo la providencia anteriormente señalada, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación.

Igualmente, ha señalado el intérprete constitucional, que la motivación de los actos administrativos es una manifestación del debido proceso, en tanto una actuación secreta o reservada impediría notablemente el derecho de contradicción. Así las cosas, la regla general radica en que los actos administrativos deben ser motivados, salvo las excepciones

consagradas en la Ley, como es el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.”²⁹

El nominador goza en estos casos de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Esta Corporación en numerosas ocasiones, ha admitido que “la autorización dada por el legislador para no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la Constitución, lo cual, de otro lado, no significa que tal autorización sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.”³⁰

4. Solución del caso concreto.

Valorado el acervo probatorio allegado al proceso de tutela objeto de estudio, se tienen probados los siguientes hechos: (i) el señor Guillermo León Caicedo Romero, se desempeñaba como detective agente 208-07 del Departamento Administrativo de Seguridad³¹; (ii) el accionante se encontraba inscrito en el escalafón especial de carrera del Departamento Administrativo demandado³²; (iii) mediante Resolución N° 2280 del 22 de diciembre de 2005, el director de la entidad accionada con fundamento en la facultad discrecional, declaró la insubsistencia del nombramiento del cargo que desempeñaba el actor³³; (iv) para el Departamento Administrativo de seguridad, el acto administrativo en mención, “por mandato legal, es inmotivado, de acuerdo a las voces del artículo 34 literal b) del Decreto 2146 de 1989, en concordancia con el artículo 66, literal b) del Decreto 2147 de 1989.”³⁴.

Antes de entrar a resolver el problema jurídico, la Sala considera pertinente resolver la solicitud de nulidad presentada por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad, en el escrito de contestación de la acción de tutela.

4.1. No se configura la causal de nulidad alegada por el Departamento Administrativo de Seguridad, pues el Decreto 1382 de 2000 establece solamente reglas administrativas de reparto, no de competencia.

La entidad accionada, pidió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, bajo la consideración de que por tratarse de una entidad pública del orden nacional, a partir de lo previsto en la Ley 489 de 1998 (Art. 38), la competencia para conocer de las acciones de tutela presentadas en su contra está en cabeza de los “tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura”.³⁵

Para la Sala, no es de recibo el alcance dado por el Departamento Administrativo de Seguridad, al Decreto Reglamentario 1382 de 2000, pues como lo ha considerado reiteradamente esta Corporación, su ámbito de aplicación se limita al señalamiento de reglas administrativas de reparto entre todos los jueces de la República que son competentes para conocer acciones de tutela, competencia que está prevista en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Así lo estableció la Corte en Auto A-230 de 2006³⁶, al señalar que de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, todos los jueces son competentes para conocer de acciones de tutela a prevención, conforme lo dispone el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, preceptos éstos que difieren de lo consagrado por el Decreto reglamentario 1382 de 2000, que establece reglas de simple reparto, y se reitera, no de competencia.³⁷

En ese orden de ideas, es menester precisar a los jueces de tutela que la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto.³⁸

En suma, las reglas de competencia, a partir de lo previsto en el ordenamiento jurídico colombiano (Art. 150 numeral 7°), solamente pueden ser establecidas por el Constituyente o por el legislador, y no por el Presidente de la República mediante un Decreto Reglamentario, que goza de la naturaleza de acto administrativo,³⁹ razón por la cual es claro para la Sala, que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, podía conocer de la acción de tutela presentada por el señor Guillermo León Caicedo Romero, en tanto se trata del lugar en el que ocurrió la supuesta violación iusfundamental reclamada, razón suficiente para que la Sala no acceda a la solicitud de nulidad efectuada.

4.2. El requisito de inmediatez, que sirvió de fundamento para negar la tutela por improcedente por parte de los jueces de instancia, se cumple en la presente oportunidad.

Los jueces de instancia, consideraron que no se cumplió el requisito de inmediatez, en tanto la acción de tutela fue instaurada por el accionante casi un año después de la notificación personal de la Resolución N° 2280 de 2005 (diciembre 22), que declaró insubsistente el nombramiento de detective 208-07, razón por la cual denegaron por improcedente el amparo solicitado, pues no se interpuso dentro de un término razonable.

Si bien es cierto que el actor se notificó personalmente del acto administrativo, el 27 de diciembre de 2005⁴⁰, una secuencia cronológica de las pruebas allegadas al expediente, muestran que en efecto la copia de la resolución, fue entregada con posterioridad al 3 de abril de 2006, lo cual desvirtúa el argumento esgrimido por los jueces para declarar la improcedencia del amparo solicitado. Veamos:

El mismo día de la notificación personal de la Resolución N° 2280 de 2005, el peticionario haciendo uso del derecho fundamental de petición⁴¹, solicitó al Subdirector de Talento Humano de la entidad accionada, copia auténtica del acto administrativo, solicitud que fue reiterada mediante comunicación del 7 de febrero de 2006⁴², dirigida al director nacional de la misma entidad.

La entidad accionada, solamente hasta el 20 de febrero de 2006, dio respuesta mediante oficio N° SEGE-STAH-GAPE-PS-36905, el cual fue recibido por el actor “el día 16 de marzo/06 en la oficina de Talento Humano Seccional DAS Norte de Santander”⁴³, en el que indicó: “[e]n atención a la petición de la referencia, me permito informarle que la Resolución 0040 del 12 de enero de 2005, estableció el valor de las fotocopias expedidas por el Departamento y en la actualidad el costo de los folios de vida, las calificaciones obtenidas durante su

vinculación con la entidad, Resolución de nombramiento, acta de posesión y resolución de insubsistencia, es de \$ 32.000,00 el cual puede ser consignado por usted en la cuenta empresarial No. 056-99020-3 de BANCAFE, a nombre del Fondo Rotatorio del "DAS" (Código 410), comprobante que debe ser enviado vía fax al No. 4088400 y simultáneamente por correo dirigido a la Subdirección de Talento Humano - Prestaciones Sociales para remitirle la documentación solicitada."44

A través de misiva del 17 de marzo de 2006, el peticionario envió el comprobante de consignación a la entidad accionada, con el fin de que fueran expedidos los documentos solicitados y solamente hasta el 3 de abril de 2006, se realizó la autenticación del acto administrativo solicitado (folio 47 ibídem), lo cual permite inferir sin mayor dificultad, que el accionante tuvo conocimiento del contenido del citado acto después de la fecha de autenticación, pudiendo constatar solamente hasta ese momento, que la decisión adoptada por la administración, carecía de motivación, razón suficiente para que la Sala encuentre razonable el término que tardó el accionante en interponer la acción de tutela, que fue de aproximadamente 6 meses, dentro del cual adicionalmente impetró la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que actualmente se encuentra en curso ante el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cúcuta.

Por lo anterior, resulta insostenible el argumento esgrimido por los jueces de instancia, para declarar la improcedencia del amparo constitucional solicitado, pues omitieron hacer una valoración integral de las pruebas allegadas al expediente. Así las cosas, en el asunto sub examine la acción de tutela es procedente.

4.3. El acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Guillermo León Caicedo Romero, del cargo de detective 208-07, perteneciente al régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad, no obstante obedecer a la facultad discrecional prevista en los Decretos 2146 y 2147 de 1989, debe ser motivado.

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante Ley 43 de 1988, dictó los Decretos 2146 de 1989 "Por el cual se expide el régimen de administración de personal de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad" y 2147 de 1989 "Por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad."

El Decreto 2146 de 1989 (Art. 2º), dispuso que los empleos de esa institución según su naturaleza y la forma como deben ser provistos, son (i) de libre nombramiento y remoción, (ii) de régimen ordinario y (iii) de régimen especial de carrera. En relación con los primeros, la misma normativa indicó expresamente la denominación de aquellos cargos que deberán proveerse de esa forma mediante nombramiento ordinario⁴⁵, y de otra parte, señaló que "son de régimen ordinario de carrera los empleos no señalados como de libre nombramiento y remoción, y de régimen especial de carrera los de Detective y sus diferentes grados"⁴⁶, que serán proveídos mediante nombramiento en período de prueba o de manera provisional.

A su turno, el Decreto 2147 de 1989 estableció los parámetros para proveer los empleos mediante el sistema de carrera administrativa, tanto para el régimen ordinario, como para el especial, estableciendo para el segundo que se trata del "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”⁴⁷(subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Adicionalmente y en relación con las causales de retiro de estos funcionarios, el artículo 66 estableció:

“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

Esta Corporación mediante sentencia C-048 de 1997, declaró la exequibilidad del literal b) del citado 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, pues sus tareas están directamente relacionadas con los objetivos esenciales de la entidad, razón por la cual consideró que existe una justificación objetiva y razonable para la consagración de una causal que permita el ejercicio de la facultad discrecional con respecto a dichos servidores, cuando el Jefe del Departamento Administrativo considere conveniente el retiro del respectivo funcionario.

No significa lo anterior, como lo estableció recientemente esta Corporación en sentencia T-064 de 200748, que el acto administrativo de desvinculación de un cargo perteneciente al régimen especial de carrera, dictado en uso de la potestad discrecional por el director del Departamento Administrativo de Seguridad, no requiera motivación “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”.

A esta conclusión llegó la Sala Cuarta de Revisión, luego de constatar que la sentencia C-112 de 1999, al fijar el alcance e interpretación del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, estimó que esa disposición había sido derogada parcialmente por los artículos 44 y 66 del Decreto 2147 de 1989, con excepción del inciso primero, el cual permite al director del Departamento Administrativo, en ejercicio de la potestad discrecional, declarar la insubsistencia de nombramientos pertenecientes al régimen ordinario, sin necesidad de motivación, concluyendo a partir de lo previsto en el artículo 5º del Decreto 2146 de 1989, que el ámbito de aplicación de la disposición en mención, son los empleos catalogados de libre nombramiento y remoción, los cuales “constituyen una de las excepciones a la regla general de la carrera administrativa y, por tanto, deben ser señalados en forma expresa y taxativa por el legislador.”⁵¹

En ese orden de ideas, el director del Departamento Administrativo de Seguridad, cuenta con la potestad discrecional para declarar insubsistentes empleos de libre nombramiento y remoción, sin necesidad de motivación, pues se trata de una excepción prevista por el

legislador extraordinario, circunstancia que para la Corte es constitucionalmente admisible, siempre y cuando no se trate de una medida arbitraria, pues debe ser adecuada a los fines de la norma y proporcional a los hechos que sirvieron de causa.

De otra parte, los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado inscrito en el régimen especial de carrera, no obstante ser dictado en el ámbito de la facultad discrecional, en todos los eventos deben ser motivados, con el fin de garantizar el principio de publicidad y que el destinatario cuente con algunos elementos mínimos para controvertir los actos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en caso de considerar que existe desviación de poder.

Con fundamento en lo expuesto, para la Sala en el asunto objeto de revisión, la protección constitucional reclamada debe concederse pues (i) el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleo perteneciente al régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad debe ser motivado y (ii) se configura una vía de hecho por defecto sustantivo, en tanto el fundamento normativo que tuvo la resolución de insubsistencia, es una norma que se encuentra derogada.

En tal contexto, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo demandado, en el escrito de contestación de la acción de tutela, indicó que el director de la entidad accionada, en ejercicio de la facultad discrecional prevista en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, declaró insubsistente mediante Resolución N° 2280 de 200552, el nombramiento de Guillermo León Caicedo Romero, en el cargo de detective agente 208-07, el cual se encontraba inscrito en el escalafón especial de carrera, “sin que por ello se le haya vulnerado derecho fundamental alguno al tutelante, por tratarse de un acto que por mandato legal, es inmotivado, de acuerdo con las voces del artículo 34 literal b) del Decreto 2146 de 1989, en concordancia con el artículo 66, literal b) del Decreto 2147 de 1989”⁵³ (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Es indudable que el fundamento normativo utilizado por la entidad demandada, desconoce la sentencia C-112 de 1999, en la que la Corte indicó que “[e]l 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”, decisión que hace tránsito a cosa juzgada constitucional, en virtud de lo previsto en el artículo 243 Superior y que es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del Estado, por tratarse de una decisión con efectos erga omnes (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Así las cosas, para la Corte el ámbito de aplicación del inciso primero del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, se refiere solamente a aquellos de libre nombramiento y remoción⁵⁴, evento en el cual la decisión de la administración, no requiere motivación alguna, siempre y cuando no se trate de una medida arbitraria, pues debe ser adecuada a los fines de la norma y proporcional a los hechos que sirvieron de causa, quedando excluidos aquellos que se encuentren vinculados en el régimen ordinario y en el especial de carrera.

Adicionalmente y contrario a lo señalado por la autoridad accionada, la exigencia de motivación para los cargos que hacen parte del régimen especial de carrera, cuando el director del Departamento Administrativo de Seguridad, con fundamento en la facultad discrecional, disponga la declaratoria de insubsistencia, está prevista en el artículo 35 del

Decreto 2146 de 1989, en los siguientes términos:

“Insubsistencia motivada.- El nombramiento de los empleados del Departamento sometidos a régimen ordinario o especial de carrera, se podrá declarar insubsistente, en forma motivada, por las causas (sic) mediante el procedimiento señalado en las disposiciones sobre la materia” (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Comoquiera que la autoridad demandada apoyó su decisión en una disposición que se encuentra derogada (Decreto 2146 de 1989, artículo 34, literal b), es claro para la Sala que se configura una vía de hecho por defecto sustantivo, argumento adicional para acceder a la protección constitucional solicitada por el accionante.⁵⁶

En consecuencia, no cabe duda de que el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Guillermo León Caicedo Romero, quien se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera de la entidad accionada, en el cargo de detective agente 208-07, debe esgrimir los motivos que llevó al nominador a adoptar dicha decisión, pues se trata de una manifestación del principio de publicidad, que busca que el destinatario cuente con elementos de juicio suficientes, para que si lo considera conveniente, controvierta la decisión adoptada por la administración.

4.4. Por las razones expuestas, la Sala accederá a la protección del derecho fundamental al debido proceso del peticionario, ordenando en consecuencia al director del Departamento Administrativo de Seguridad, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a motivar de manera suficiente, la Resolución N° 2280 de 2005 “Por la cual se declara insubsistente un nombramiento”, indicando con claridad las razones que lo llevaron a acudir a la facultad discrecional prevista en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989. En caso de que la entidad accionada se abstenga de dar estricto cumplimiento a lo ordenado en esta providencia, deberá reintegrar al accionante a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando.

Así mismo, advertirá al accionante que contra el acto administrativo que profiera la entidad accionada 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 firmeza del acto administrativo que se expida.

Por último, la Sala prevendrá al director del Departamento Administrativo de Seguridad, para que en lo sucesivo, se abstenga de dictar actos administrativos sin motivación, cuando se trate de declaratorias de insubsistencia de nombramientos pertenecientes al régimen especial de carrera.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cúcuta, Sala Laboral, el 12 de febrero de 2007, que a su vez confirmó la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar, CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso, dentro de la acción de amparo constitucional impetrada por Guillermo León Caicedo Romero contra el Departamento Administrativo de Seguridad.

SEGUNDO.- ORDENAR al director del Departamento Administrativo de Seguridad, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a motivar de manera suficiente, la Resolución N° 2280 de 2005 “Por la cual se declara insubsistente un nombramiento”, indicando con claridad las razones que lo llevaron a acudir a la facultad discrecional prevista en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989.

En caso de que la entidad accionada se abstenga de dar estricto cumplimiento a lo ordenado en esta providencia, deberá reintegrar al accionante a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando.

TERCERO.- ADVERTIR al accionante que contra el acto administrativo que profiera la entidad accionada 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 firmeza del acto administrativo que se expida.

QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El 30 de noviembre de 2006.

2 La entidad demandada indicó al juez de instancia, que a partir de lo previsto en la Ley 489 de 1998 (Art. 38), los Departamentos Administrativos constituyen el sector central de la administración pública nacional (folio 102 del cuaderno de primera instancia).

3 Folio 102 ibídem.

4 Folio 53 ibíd.

5 Folio 52 ibíd.

6 Folio 59 ibíd.

7 Ibíd.

8 Folio 63 ibíd.

9 Folio 4 ibíd.

10 Ibíd.

11 Ibíd.

12 Folio 5 ibíd.

13 Folio 5 ibíd.

15 Folio 96 ibíd.

16 Folio 97 ibíd.

17 Folio 137 del cuaderno de instancia.

18 Folio 67 del cuaderno de segunda instancia.

19 Folio 69 ibídem.

20 Folios 19 y 20 del cuaderno de revisión.

21 Folios 24 y 25 ibídem.

22 Folio 31 del cuaderno de primera instancia.

23 Folios 31 y 32 del cuaderno de revisión.

24 T-064 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

25 Sobre el particular, el profesor Miguel S. Marienhoff considera: “por cierto, no es posible confundir discrecionalidad con arbitrariedad. La primera está rodeada de juridicidad, la

segunda de antijuridicidad. La arbitrariedad es conducta antijurídica de los órganos del Estado (...) La diferencia entre acto discrecional y acto arbitrario es evidentemente teleológica. La arbitrariedad, se ha dicho, hace caso omiso de los fines de la ley para evadirlos o contrariarlos” (Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Tercera edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988, Pág. 426 y 427).

26 C-734 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

27 C-318 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

28 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

29 C-514 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-250 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-292 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

30 C-734 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

31 Folio 47 del cuaderno de primera instancia.

32 Folio 55 del cuaderno de segunda instancia.

33 Folio 48 del cuaderno de primera instancia.

34 Folio 46 ibídem.

35 Decreto 1382 de 2000, artículo 1º, numeral 1º.

36 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

37 En el Auto 009A de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Plena de la Corte Constitucional precisó que “(...) el Decreto 1382 de 2000 no es la norma legal que establece cuál es el despacho competente para conocer un proceso de acción de tutela. El momento procesal en que las normas del Decreto 1382 de 2000 son aplicables es cuando se va efectuar el trámite administrativo de reparto de procesos de acción de tutela entre los diferentes jueces competentes.”

38 Auto A-230 de 2006 y A-035 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

39 La sentencia C-710 de 2001, indicó: “[E]sa estructura de competencias atiende al desarrollo del principio de división de poderes y a la necesidad de que el derecho, además de ser legal, sea legítimo. La legitimidad del derecho se encuentra vinculada al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el resultado de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad.”

40 De la notificación, da cuenta la copia del acta obrante a folio 31 del cuaderno de primera instancia.

41 Folio 32 ibídem.

42 Folios 33 y 34 ibíd.

43 Folio 36 ibídem.

44 Folio 35 ibídem.

45 Artículo 5°.

46 Artículo 4°.

48 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

49 La norma en cita dispone: “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.

50 La disposición en mención señala: “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.”

51 C-112 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

52 El acto administrativo en mención dispuso: “EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD en uso de sus facultades legales y en especial las que le confiere el literal b) artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, literal b) del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989, en armonía con el citado artículo 1° del Decreto 1679 de 1991 // RESUELVE // ARTÍCULO PRIMERO: Declarar insubsistente a partir de la fecha el nombramiento de GUILLERMO LEÓN CAICEDO ROMERO, identificado con C.C. N° 13.476.702 de Cúcuta, del cargo de Detective 208-07 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Norte de Santander. // ARTÍCULO SEGUNDO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.”

53 Folio 46 del cuaderno de segunda instancia.

54 Al respecto, indicó la sentencia C-112 de 1999: “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. // (...) Los empleos de libre nombramiento y remoción constituyen una de las excepciones a la regla general de la carrera administrativa y, por tanto, deben ser señalados en forma expresa y taxativa por el legislador. En el caso bajo examen dichos cargos se encuentran enunciados en el artículo 3 del decreto 2146/89, materia de demanda, a saber: Jefe del Departamento, Subjefe del Departamento, Secretario General, Director General de Inteligencia, Director, Jefe de Oficina, Jefe de División, Secretario Privado, Director Seccional, Director de Escuela, Jefe de Unidad, Inspector, Profesional Operativo, Subdirector Seccional, Subdirector de Academia, Agente Secreto y Alumno de Academia, y los empleos de los despachos del Jefe y del Subjefe del Departamento. // 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 “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador”. 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.”

55 Sobre este tópico, es innumerable la jurisprudencia dictada por la Corte. Entre otras, pueden consultarse las sentencias C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-018 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

56 El intérprete constitucional, ha considerado que la aplicación de una disposición jurídica que se encuentra derogada, por parte de cualquier autoridad, constituye una vía de hecho por defecto sustantivo. Sobre el particular, pueden consultarse entre otras, las sentencias T-376 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-254 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-465 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-637 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-546 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.