

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SECRETARIA

EDICTO

El suscrito Secretario del Tribunal Administrativo de Nariño, por medio del presente notifica a las partes la sentencia proferida en el proceso **No. 2009-00236 (7135)**

NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

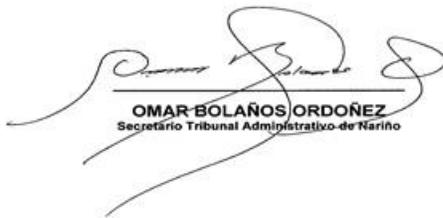
DEMANDANTE: EDWIN FRANKLIN MARTINEZ CARDONA Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD EN LIQUIDACIÓN - DAS Y OTROS

FECHA DE LA SENTENCIA: 11 DE NOVIEMBRE DE 2020

MAGISTRADO PONENTE: EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

El presente Edicto se fija en lugar público de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Nariño, por el término de tres (3) días hábiles, hoy, doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020), siendo las ocho (8) de la mañana.



OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

CERTIFICO: Que el anterior Edicto permaneció fijado en lugar público de esta Secretaría, desde el doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020), a las ocho de la mañana (08:00 A.M.) y se desfija hoy dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), a las seis de la tarde (6:00 P.M.)



OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
Sala Primera de Decisión

MAGISTRADO PONENTE EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

San Juan de Pasto, miércoles, once (11) de noviembre de dos mil veinte (2020)

REF: ACCIÓN : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO

RADICACIÓN No. : 2009-00237 (7135)

DEMANDANTES: EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA Y
OTROS

DEMANDADOS : NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO
DE SEGURIDAD, EN LIQUIDACIÓN «DAS» Y
OTROS

SENTENCIA

Se decide el *recurso de apelación*, interpuesto por la parte demandante y demandada contra la Sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto el 7 de marzo de 2019, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

1.1. Síntesis de la demanda¹

Los señores: EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA y LERCY ELLEN ZAPATA ORTIZ, actuando a nombre propio y en representación de sus hijos EDWIN FELIPE e ISAAC ALEJANDRO MARTÍNEZ ZAPATA, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda en contra de la NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD «DAS», para que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la **Resolución 0384 de 16 de abril de 2009**, por medio del cual, se declaró la insubsistencia del cargo de «*DETECTIVE 208-07 DE LA PLANTA GLOBAL ÁREA OPERATIVA*» del extinto «DAS», que ocupaba el señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se le ordene a la demandada, el reintegro del señor Edwin Franklin Martínez Cardona al cargo que venía desempeñando o a otro de superior jerarquía; se le reconozcan salarios, prestaciones sociales, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir con retroactividad al 16 de abril de 2009 hasta el momento en que se efectúe su reincorporación, así como se declare la inexistencia de solución de continuidad.

Igualmente, solicita que se le reconozcan todos los ascensos en el escalafón por el transcurso del tiempo y se ordene el reconocimiento de indemnización por perjuicios materiales, morales y por alteración de las condiciones de existencia, sufridos por los demandantes como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia.

¹ Folios 2-15

1.2. Hechos²

La parte demandante planteó, en resumen, los siguientes hechos:

1. El señor Edwin Franklin Martínez Cardona ingresó al curso de formación de detectives del Departamento Administrativo de Seguridad «DAS», el 22 de marzo de 1996.
2. Con Resolución 0664 de 21 de marzo de 1996 fue nombrado como «*detective alumno*», por lo que una vez culminado el curso fue asignado a la Dirección Nacional de Protección en Bogotá.
3. A partir del 24 de febrero de 1997 ocupó el cargo de «*detective agente grado 06*» y continuó prestando servicios en Bogotá.
4. Mediante Resolución 0085 de 17 de enero de 2001, fue inscrito en el Régimen Especial de Carrera en calidad de «*detective 208- 06*», cargo del cual se posesionó con Acta 18251 de 1 de febrero de 2001, luego de haber aprobado el período de prueba obligatorio.
5. El señor Edwin Franklin Martínez fue declarado insubsistente del cargo de «*detective 208- 06*» de la Planta Global Área Operativa de Nariño, mediante Resolución 0384 de 16 de abril de 2009, proferida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad; declaratoria que le fue comunicada con memorando SNAR GTH.340303 de 17 de abril de 2009.
7. La declaratoria de insubsistencia se fundamentó en la facultad discrecional, contenida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, esto es, por inconveniencia de la permanencia del detective en la institución.
8. Durante la prestación del servicio, el señor Edwin Franklin Martínez se destacó por desempeñar sus funciones con eficiencia y honradez, sin haber sido sujeto de sanciones disciplinarias, sino de felicitaciones.
9. Para la época de la declaratoria de insubsistencia, el demandante tenía asignado funciones de policía judicial.
10. El señor Martínez Cardona es padre cabeza de familia y el encargado del sostén económico de su núcleo familiar, conformado por su esposa, Lercy Ellen Zapata Ortiz y sus hijos, Edwin Felipe e Isaac Alejandro Martínez Zapata, razón por la que la declaratoria de insubsistencia les generó perjuicios económicos y morales, pues, tuvieron que abandonar su domicilio en Pasto para trasladarse a Mocoa en busca de apoyo económico por parte de sus familiares. Así como que han tenido que recurrir a la solicitud de créditos.

1.3. Sentencia de primera instancia³

Teniendo en cuenta las particularidades presentadas en el asunto objeto de estudio, el cual ha sido sujeto de diversas incidencias procesales, la Sala realizará un recuento procesal desde la etapa inicial del asunto hasta la sentencia final cuya apelación es de conocimiento de esta Corporación.

² Folios 58-61

³ Folios 1069-1086

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Pasto profirió sentencia de primera instancia el 20 de marzo de 2014⁴, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda; decisión que fue apelada y remitida para que se tramite el recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo de Nariño, en donde una vez surtido el trámite de rigor, se profirió sentencia definitiva el 3 de junio de 2016⁵, con ponencia de la H. Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón, en el sentido de revocar la sentencia de 20 de marzo de 2014 y, en su lugar, declarar la nulidad del acto acusado y el restablecimiento respectivo.

No obstante lo anterior, con providencia de 14 de diciembre de 2016⁶, el H. Consejo de Estado dejó sin efectos la sentencia de 3 de junio de 2016, en virtud de una acción de tutela interpuesta por la Fiscalía General de la Nación, razón por la que el asunto se sometió a reparto entre los Magistrados de la Sala Escritural, correspondiéndole su conocimiento al Despacho de la H. Magistrada Ana Beel Bastidas, quien obedeció lo ordenado por el H. Consejo de Estado y dio trámite correspondiente al asunto; sin embargo, al encontrarse nuevamente el asunto para estudio de decisión definitiva en el Despacho de la H. Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado, con auto de 30 de mayo de 2018⁷, la mencionada resolvió declarar la nulidad procesal desde la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión el 20 de marzo de 2014, razón por la que se sometió el asunto a reparto entre los juzgados administrativos, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Noveno, el que tras darle al asunto el trámite correspondiente, profirió sentencia de primera instancia el 7 de marzo de 2019, decisión cuya apelación es la que se somete a estudio en esta ocasión.

El mencionado Juzgado Noveno Administrativo de Pasto, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo las consideraciones que se pasan a resumir:

Luego de realizar un recorrido de las pruebas aportadas y de citar la normativa aplicable al caso, expuso que, la facultad discrecional de los servidores contemplada en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 (régimen especial de carrera administrativa de los detectives del DAS), no debe confundirse con arbitrariedad, razón por la que toda declaratoria de insubsistencia de los cargos de funcionarios inscritos en carrera, debe ser motivada conforme a lo establecido en el artículo 36 del CCA.

En virtud de lo anterior, la declaratoria de insubsistencia del empleo que ocupaba el señor Edwin Franklin Martínez Cardona no se basó en razones de conveniencia del servicio para retirar discrecionalmente a un empleado de régimen especial, pues, no se ciñó a razones objetivas que fueran exhibidas en el acto de insubsistencia, sino únicamente en la facultad discrecional que la asistía al nominador; motivo por el que la *A quo* resolvió declarar la nulidad del acto administrativo acusado, dada la vulneración del derecho al debido proceso del accionante.

En lo referente al restablecimiento del derecho, la Juez de primera instancia accedió a ordenar el reintegro del señor Edwin Franklin Martínez Cardona a un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba en el momento de su desvinculación; sin embargo, ante la extinción del DAS, para asegurar el efectivo cumplimiento de la orden de reintegro, ordenó a todas las entidades vinculadas en calidad de sucesoras procesales de dicha entidad y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica

⁴ Folios 309-328

⁵ Folios 486-496

⁶ Folios 526 y 538-546

⁷ Folios 798-799

del Estado (competente para el cumplimiento de sentencias en contra del extinto DAS), analizar la hoja de vida, el cargo y las funciones desempeñadas por el demandante, así como las funciones que asumieron cada una de esas entidades por la supresión del DAS, siendo ellas quien establezcan la entidad donde debe ser reincorporado el beneficiario con la condena, en tanto la falladora de primer grado consideró que el proceso de incorporación se encuentra a cargo del Gobierno Nacional.

Adicionalmente, en cuanto al reconocimiento de perjuicios de índole material, la Juzgadora de primer orden accedió a reconocer en favor del demandante, el equivalente a los salarios y prestaciones sociales, dejados de percibir desde su desvinculación y hasta su reintegro efectivo, descontando de ese monto, las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido. Lo anterior, con fundamento en las sentencias SU-556 de 2014 Y SU-354 de 2017, ordenando la indexación respectiva; asimismo, reconoció lo que la parte actora acreditó haber gastado para sufragar los gastos de representación judicial, a título de daño emergente.

Frente a los perjuicios morales, la Juez de primer grado accedió al reconocimiento de los mismos en favor de los demandantes, en tanto consideró que con la prueba testimonial recaudada, se logró establecer la afectación emocional sufrida por el accionante y su núcleo familiar a causa de la desvinculación del primero de los nombrados.

De otra parte, la *A quo* negó la pretensión tendiente a que se le otorguen los ascensos en el escalafón al demandante, en tanto consideró que, el solo hecho de haber sido funcionario de carrera, no le otorgaba -de manera automática- el derecho al ascenso, correspondiendo tal circunstancia a una mera expectativa que no alcanzó configurar un derecho adquirido; asimismo, negó el reconocimiento de los perjuicios ocasionados a título de daño emergente, habida cuenta que la parte activa de la *Litis* no acreditó que su causación fue una consecuencia de la expedición de los actos demandados; así como también se denegó el reconocimiento de perjuicios por daños a la vida de relación en favor del señor Martínez Cardona, al no obrar prueba de la causación de tal perjuicio.

Resaltó la *A quo* que, ante la desaparición del DAS, las órdenes indemnizatorias recaen en la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ello en aplicación a lo establecido en el Decreto 108 de 2016.

1.4. Los recursos de apelación

1.4.1. Fiscalía General de la Nación⁸

Inconforme con la decisión de primera instancia, la Fiscalía General de la Nación presentó y sustentó recurso de apelación, exponiendo los siguientes argumentos:

Considera que la declaratoria de insubsistencia del empleo que desempeñaba el señor Edwin Franklin Martínez Cardona estuvo ajustada a lo dispuesto al Decreto 2147 de 1989, esto es, en ejercicio de la facultad discrecional y con sustento en los antecedentes jurisprudenciales vigentes para la época, según los cuales, para el caso de los detectives, era factible la separación del cargo de manera discrecional, en tanto sus funciones comprometen un altísimo grado de confiabilidad, siendo

⁸ Folios 1090-1106 y 1180-1190

razonable que se les aplique la excepción al régimen de carrera, sin que ello implique arbitrariedad.

Insiste en que los servidores que ostentan el cargo de detectives pueden ser desvinculados sin motivación alguna, en razón del mejoramiento del servicio, motivo por el que considera que la nulidad del acto acusado no se encuentra probada.

Adiciona que, en lo referente al reintegro, no le corresponde realizarlo a la FGN, pues, esta entidad no ostenta la calidad de sucesora procesal del DAS, aunado a que la facultad para asumir los procesos judiciales fue asignada de forma exclusiva a la Rama Ejecutiva, razón por la que considera que incluir a la FGN entre las entidades llamadas a estudiar el reintegro del demandante, desconoce lo establecido por el H. Consejo de Estado en auto de 22 de octubre de 2015, mediante el cual, inaplica el artículo 7 del Decreto 1303, que manifiesta que no es posible tener a la FGN como sucesora procesal del DAS, puesto que en entidades como Migración Colombia y la Policía Nacional se les asignó las funciones de vincular servidores en cargos análogos.

1.4.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado «ANDJE»⁹

Inconforme con la decisión que accede a las pretensiones de la demanda, sustentó recurso de apelación, exponiendo los siguientes razonamientos:

Considera que la ANDJE no puede intervenir como parte pasiva o sucesora procesal del DAS, por cuanto ello le corresponde al patrimonio autónomo a cargo de la FIDUPREVISORA, así como que la llamada a responder por las pretensiones de la demanda es la FGN.

Asimismo, expresa que no es esa Agencia la que debe ser responsabilizada de decidir sobre el reintegro del demandante, ya que, ello rebasa las funciones y competencias de la misma, razón por la que debe ser el Juez quien debe definir no solo la legalidad o ilegalidad del acto, sino también la forma de restablecimiento, sin que sea dable que delegue tal decisión a las entidades sucesoras.

De otra parte, reitera que el retiro del accionante se hizo en ejercicio de una facultad discrecional que se encuentra soportada legal y constitucionalmente, razón por la que no puede alegarse la falsa motivación como causal de nulidad del acto, pues, no es obligación para la entidad, expresar las razones de conveniencia ni adelantar un trámite para la desvinculación de detectives, más aun si se tiene en cuenta que la desvinculación del demandante se dio por razones de inconveniencia de permanencia en la planta global de la entidad, debido a los resultados del estudio de confiabilidad.

1.4.3. Demandante¹⁰

En desacuerdo con lo resuelto por la *A quo*, la parte demandante sustentó el recurso de apelación, bajo los siguientes criterios:

Considera, que la Juez de primera instancia, para el reconocimiento de perjuicios a título de lucro cesante en lo referente al pago de salarios, aplicó erróneamente la Sentencia SU - 556 de 2014, en tanto la misma hace referencia a empleados provisionales, razón por la que considera que, ordenar el descuento de salarios y

⁹ Folios 1107-1126 y 1171-1179

¹⁰ Folios 1127-1134

prestaciones que haya percibido por otros conceptos, vulnera los derechos fundamentales del demandante, aunado a que la juzgadora de primera instancia no se pronunció respecto de lo debido por concepto de seguridad social en favor del demandante.

Señala su inconformidad con lo condenado por concepto de perjuicios materiales por concepto de daño emergente y el monto que se reconoció por concepto de honorarios, los cuales estima en un valor superior.

Adicionalmente, precisa que la decisión de la jueza de primer instancia de dejar a discreción de las sucesoras procesales el reintegro del demandante, a su modo de ver, «*deja el debate jurídico sin definición y el litigio sin solución*», pues, precisa, que es al juez a quien le corresponde hacer el análisis de la legitimación en la causa, que para el caso, por pasiva, recae en la Fiscalía.

1.4.4. Migración Colombia¹¹

Sustentó sus motivos de inconformidad con el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

Considera, que la orden de reintegro es de «*imposible cumplimiento*», por cuanto el DAS y el empleo al cual debía reintegrarse el demandante (Detective 208-07), desaparecieron de la vida jurídica con la extinción del primero nombrado, así como que en la planta de personal de Migración, no existe un empleo con la mencionada denominación, razón por la que esta última entidad no es la llamada a atender las pretensiones de la demanda, al no encontrarse legitimada en la causa por pasiva.

A su criterio, la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda es la ANDJE y la Fiduprevisora.

2. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Admisión del recurso

Mediante auto de 26 de julio de 2019¹², se admitieron los recursos de apelación por haber sido sustentados en término y con providencia de 16 de agosto de 2019¹³ se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emita su concepto.

2.2. Alegatos de conclusión

- Fiscalía General de la Nación¹⁴

Reiteró los argumentos expresados en el escrito de apelación.

- Migración Colombia¹⁵

Alegó de conclusión con idénticas consideraciones a las esbozadas en el escrito por medio del cual apeló la sentencia de primera instancia.

¹¹ Folios 1156-1169

¹² Folio 1242

¹³ Folio 1245

¹⁴ Folios 1248-1257 y 1327-1336

¹⁵ Folios 1258-1263

- **Demandante¹⁶**

Fundamentó sus alegaciones en que la nulidad del acto acusado deviene de la declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el demandante sin motivación alguna, mediante una extralimitación de la facultad discrecional del nominador, quien no demostró que su retiro obedeció al mejoramiento del servicio. Asimismo, reiteró la argumentación esgrimida en el recurso de apelación.

- **Policía Nacional¹⁷**

Sustentó sus alegaciones finales en la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Policía Nacional para suceder al extinto DAS, en tanto dicha facultad le corresponde a la ANDJE.

Señala, que la pretensión tendiente al reconocimiento de ascensos no es procedente, habida cuenta que los mismos deben obedecer a un procedimiento y trámite establecido, así como tampoco lo es el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

Defendió la legalidad del acto acusado bajo el entendido que el mismo está ajustado al bloque de constitucionalidad que establece la facultad discrecional para este tipo de retiros.

- **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁸**

Alegó de conclusión en el sentido de reiterar los argumentos expresados en el recurso de alzada.

- **El Agente del Ministerio Público**, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2019, por la señora Juez Novena Administrativa del Circuito de Pasto.

II.2. Problema jurídico

De acuerdo con los motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación, corresponde a este Tribunal definir el siguiente interrogante:

¿Se debe declarar la nulidad del acto administrativo contenido Resolución 0384 de 16 de abril de 2009, bajo el cargo de falta de motivación?

En caso de ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento, se analizará si hay lugar a reintegrar al demandante a un cargo de igual o superior jerarquía en la planta de cargos de alguna de las entidades sucesoras procesales del DAS, así como cuál de

¹⁶ Folios 1264-1268

¹⁷ Folios 1272-1279

¹⁸ Folios 1280-1304

ellas es la llamada a responder por las pretensiones de carácter patrimonial que se reconozcan en favor del demandante.

II.3. Régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad «DAS» - Facultad discrecional

En cuanto al ingreso, permanencia, promoción y retiro de los detectives, el Decreto 2147 de 1989, precisa:

«TITULO II

RÉGIMEN ESPECIAL DE CARRERA

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 46. DEFINICIÓN. Entiéndase por régimen especial de carrera 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

Artículo 47. OBJETO. El régimen especial de carrera tiene por objeto asegurar el profesionalismo, estabilidad y posibilidades de ascenso de los funcionarios anteriormente mencionados, previo el proceso de selección y formación en la Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública o en las escuelas regionales.

Artículo 48. CLASIFICACIÓN. Según la naturaleza y la especialidad de las actividades inherentes a su ejercicio, las funciones correspondientes a los empleos de detective se agrupan así:

- a) Inteligencia y contrainteligencia;*
- b) Protección;*
- c) Investigación;*
- d) Extranjería.*

(...)

CAPITULO V

RETIRO.

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.»

Por su parte, el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989, establece:

«Artículo 33. RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio se produce cuando el empleado cesa en el ejercicio de sus funciones por una de las siguientes causas:

- a) Revocatoria del nombramiento;
- b) Renuncia aceptada por funcionario competente;
- c) Declaración de insubsistencia del nombramiento;**
- d) Supresión del empleo;
- e) Invalidez absoluta;
- f) Edad;
- g) Derecho a pensión de jubilación;
- h) Declaración de vacancia del empleo por abandono del cargo;
- i) Destitución;
- j) Separación del cargo durante el término de provisionalidad o a su vencimiento;
- k) Muerte o declaración definitiva de decrecimiento;
- l) Mandato legal.

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.»

El precedente jurisprudencial sentado por la H. Corte Constitucional en Sentencia C – 048 de 1997, en lo que respecta a los Detectives del Departamento Administrativo de Seguridad y la Facultad discrecional para retiro del servicio ha establecido lo siguiente:

«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 y reservadas,

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

De otra parte, en cuanto al punto de la facultad discrecional, la misma Corte en sentencia T - 064 de 2007, preceptuó:

«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.

(...)

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.»

Por otra parte, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01626-01(0516-07), expresó:

*«Ahora bien, la facultad consagrada en el literal b del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 tiene fundamento en la especial naturaleza de la función que desempeñan los detectives y en el hecho de que estos funcionarios tienen acceso a información que llegará a comprometer la seguridad del Estado. Mediante sentencia C- 048 de 1997 la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, tuvo oportunidad de pronunciarse en términos favorables sobre la conformidad del literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 con la Constitución y, al declarar la exequibilidad de la norma, concluyó que es razonable la aplicación de la excepción del 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 los **funcionarios sobre los cuales no haya lealtad confiabilidad y la honradez requerida**, de la siguiente manera. (Resalta la Sala).*

(...)

Ya esta Corporación había tenido la oportunidad de considerar en relación con la facultad discrecional de declarar insubsistente el nombramiento de un empleado de carrera especial del D.A.S, la necesidad de que su ejercicio esté respaldado por razones objetivas de conveniencia, las cuales pueden estar presentes, tanto (i) en la hoja de vida del funcionario afectado con el retiro, (ii) en los archivos de la entidad o (iii) llegado el caso en sede judicial, al indicárselas al juzgador en la etapa pertinente en el curso del proceso. De ahí la obligación de explicarle y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, en virtud de la defensa del principio de legalidad.

(...)

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. En este orden, 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. 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.»

En el mismo sentido, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, en sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001031500020140207300, precisó:

«Ahora bien, el Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos fundados en la sentencia de 4 de agosto de 2010¹⁹, reiterada en la de 10 de febrero de 2011²⁰, ha sostenido que las razones de conveniencia del servicio para retirar discrecionalmente a un empleado del Régimen Especial de Carrera del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, deben estar expuestas en el acto de retiro o en su defecto indicadas claramente al Juez dentro de las ritualidades procesales.

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

(...)

En efecto, la facultad discrecional para la desvinculación de Agentes del DAS no requería motivación alguna, sin embargo, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado²¹ revaluó tal concepto en el sentido de exigir que en los actos administrativos de retiro de los Detectives del DAS, expresen como mínimo las razones indiciarias de la declaratoria de insubsistencia, como garantía del derecho fundamental al debido proceso.»

II.4. De las pruebas relevantes y su contenido

En el presente asunto se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para resolver la *litis*:

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Número Interno 0516-2007. Actor: Luis Fernando Wbaldo. En esta oportunidad consideró: “En consecuencia, es imperativo conocer la motivación de los actos administrativos discrecionales en el régimen de carrera especial de los funcionarios del D.A.S, en el acto administrativo o como mínimo en sede judicial, de ahí la obligación de indicarle, y demostrarle al juez cuáles fueron las razones de conveniencia que llevaron a la administración a tomar la decisión, conforme a lo expuesto anteriormente”.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 10 de febrero de 2011. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

²¹ Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. M.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila. Exp.0516-2007.

1. Según la hoja de vida²² del señor Edwin Franklin Martínez Cardona, el mencionado ostentó los siguientes cargos en el Departamento Administrativo de Seguridad «DAS»:

- «Alumno Academia 326-03» desde el 22 de marzo de 1996²³.
- «Detective Agente 208-06» desde el 9 de febrero de 1997.
- «Detective 208-06» desde el 1 de febrero de 2001²⁴.
- «Detective 208-07» desde el 18 de julio de 2005.

2. Con Resolución 0384 de 16 de abril de 2009²⁵, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad «DAS» declaró insubsistente el nombramiento del señor Edwin Franklin Martínez Cardona en el cargo de «Detective 208-07» de la Planta Global Área Operativa de la Seccional Nariño, con el siguiente fundamento:

«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 en armonía con el artículo 1º. del Decreto 1679 de 1991 y por razones de inconveniencia para su permanencia en la Institución.»

2.1. La anterior decisión fue comunicada al señor Martínez Cardona mediante memorando de 17 de abril de 2009²⁶ y notificada personalmente el 20 de abril de 2009²⁷.

3. Según certificaciones de 18 de junio de 2009²⁸ y 11 de febrero de 2010²⁹, emitidas por la Subdirección de Talento Humano y el Grupo de Administración de Personal del DAS, el señor Edwin Franklin Martínez Cardona laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad «DAS» por un periodo de 12 años, 11 meses y 26 días, desde el 22 de marzo de 1996 al 17 de abril de 2009 (fecha de declaratoria de insubsistencia), desempeñando sus funciones como «Detective 208-07» en la Subdirección de Investigaciones Estratégicas de *Policía Judicial/Seguridad Rural/Antisecuestro*, devengando un salario mensual de \$1'104.396.

3.1. Las funciones específicas del señor Martínez Cardona en el cargo de «Detective 208-07» eran las de «*planear, supervisar y participar en la dirección, preparación y ejecución de actividades de inteligencia operativas y de protección tendientes a la preservación y defensa de la seguridad del Estado*», tal como se constata en certificado de 7 de marzo de 2013³⁰ emitido por el DAS, en el que se establece la siguiente descripción de funciones:

«1. Realizar las actividades tendientes a lograr la protección de las personas a las cuales el DAS les presta servicio de seguridad, utilizando los medios logísticos adecuados dentro del marco jurídico que señala la ley y los reglamentos;

²² Folios 28-29

²³ Folio 36

²⁴ Folio 37

²⁵ Folio 18 y 77

²⁶ Folio 19 y 78-79

²⁷ Folio 20 y 80

²⁸ Folios 24-26

²⁹ Folios 76

³⁰ Folios 276-277

2. Realizar labores de inteligencia protectora, mediante procedimientos reglamentarios en el entorno de seguridad del protegido, con el propósito de minimizar vulnerabilidades;

3. Participar en el desarrollo de los programas de reentrenamiento y capacitación, entre otros, con miras a optimizar el nivel profesional de los funcionarios;

4. Realizar las actividades necesarias para la elaboración de las evaluaciones reevaluaciones técnicas de nivel de riesgo y grado de amenaza, evaluaciones de seguridad a instalaciones y/o inspecciones técnicas de seguridad con el fin de recomendar medidas de seguridad;

5. Participar activamente en los planes de seguridad a instalaciones;

6. Ejercer, de acuerdo con las directrices estipuladas, funciones de Policía Judicial;

7. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.»

4. Al momento del retiro, no le figuraban sanciones o investigaciones penales o disciplinarias activas;³¹ no obstante, durante toda su vinculación se le reportan las siguientes anotaciones disciplinarias³²:

«...»

FECHA DE REPARTO	HECHOS	TIPO FALTAS	FALLO	SANCIÓN
28-I-99	Realizar disparos en estado de embriaguez con sus armas de dotación, causando daños en el tanque de agua y tubo que conduce a la residencia de ÁLVARO ANTONIO ARTEAGA CALVACHE	Novedades Estado Embriaguez	Auto No. 010 del 03-V-02 ordena la Terminación del procedimiento	Terminación procedimiento
09-V-03	Accidente tránsito ocurrido el 14-III-03, en el que resultó muerta la señora PAOLA ANDREA CÓRDOBA, cuando se trasladaban en la motocicleta Yamaha, motor No. 3TL-108137 asignada al puesto operativo de Tumaco	Accidente de Tránsito	A.A. 05-XII-03, impone suspensión de 30 días e inhabilidad especial por el mismo tiempo. ³³	Suspensión

³¹ Folio 28-29 y Folio 31

³² Folio 264

³³ Resolución 018 de 8 de enero de 2004 – Folio 275

01/03/2007	Presuntas irregularidades por parte de los funcionarios JOSE DIDIMO RAMO, HERNAN VALLEJO, LUIS NEVAR y otros, al incautar droga y no judicializarla. Hechos ocurridos el día 05-dic-06	Incautación droga	Auto No. 931058-45 del 28-dic-09. El J.O.C.D.I, ordena el archivo de las diligencias.	Archivo
------------	--	-------------------	---	---------

...»

5. El señor Edwin Franklin Martínez Cardona y la señora Lercy Ellen Zapata Ortiz contrajeron matrimonio el 15 de abril de 2000³⁴, y juntos procrearon a Isaac Alejandro y Edwin Felipe Martínez Zapata³⁵.

6. La declaratoria de insubsistencia del cargo del señor Martínez Cardona ocasionó que él y su núcleo familiar tuvieran que trasladar su domicilio a la ciudad de Mocoa, habida cuenta que allá contaban con familiares que les prodigaron ayuda económica y vivienda. Aunado a que tal situación afectó emocionalmente al núcleo familiar demandante, causándoles sentimientos de tristeza, sufrimiento, desconcierto, entre otros, e incluso problemas de salud por el cambio de clima, tal como lo expresan las señoras Vilma Zapata Ortiz y Faisuri María Martínez Cardona, en declaraciones extraprocesales de 3 y 5 de agosto de 2009³⁶.

6.1. La señora Faisuri María Martínez Cardona ratificó su declaración extraprocesal en diligencia de ratificación de testimonio llevada a cabo el 30 de noviembre de 2012, en la que expresó:

«...lo que es papá mamá EDWIN les colabora económicamente ya que tenemos una hermana que es discapacitada, a nivel familiar lo que es esposa e hijos les afectó en su vida cotidiana ya que les tocó desplazarse a la ciudad de Mocoa ya que no tienen los recursos económicos para sostenerse en esta ciudad, pasando de ser una persona que mantenía un hogar a ser mantenido en la ciudad de Pasto, ellos tenían su casa, sus hijos tenían cada uno su habitación, en Mocoa pasaron a vivir en una sola pieza a los cuatro, en donde recibían el apoyo económico de los suegros y de las hermanas de la esposa, sus hijos tuvieron un retroceso a nivel escolar ya que pasaron a un colegio público donde la educación era mucho más limitada, le afectó su parte emocional ya que se lo miraba siempre triste acongojado pensaba que era una pesadilla de la que él se iba a levantar e iba a seguir todo normal como antes, esto le trajo muchos problemas a nivel familiar ya que como se sabe lo económico es parte fundamental de una familia... sí se vieron afectados en su nivel emocional ya que tuvieron que trasladarse a otra ciudad, donde los niños tuvieron que adaptarse a otro nivel cultural llegando casi al punto de la separación de los dos, por la parte económica...»

6.2. Por su parte, la señora Vilma Zapata Ortiz ratificó su declaración extraprocesal en diligencia de recepción de testimonio llevada a cabo el 30 de noviembre de 2012³⁷, en la que expresó:

³⁴ Registro Civil de Matrimonio - Folio 38

³⁵ Registros Civiles de Nacimiento - Folios 39-40

³⁶ Folios 41-42

³⁷ Folio 254-255

«... el núcleo familia del Sr. Franklin Martínez se vio afectado en lo económico, en lo familiar, social, psicológico y en lo moral tras la declaración de insubsistencia del cargo en lo económico: porque debieron trasladarse de la ciudad de Mocoa para conseguir el apoyo y la solidaridad de la familia razón por la cual como administradora de Ferretería la Económica de la ciudad de Mocoa lo vinculamos laboralmente. Socialmente: porque tuvo que salir de la ciudad de Pasto y de alguna manera desprenderse del vínculo social al cual estaba acostumbrado. En lo psicológico: porque tanto él, la esposa y los niños estaban muy deprimidos por la situación presentada sabiendo que no contaban con los recursos económicos (salario) para poderse sostente y en el caso de los niños porque tuvieron que salir del Colegio en donde estaban estudiando, paso de un colegio privado de la ciudad de Pasto a estudiar en un Colegio Público del Municipio de Mocoa, y en lo moral: porque conociendo los antecedentes y del comportamiento del Sr. Edwin Franklin Martínez conociendo de su honestidad, de su responsabilidad haberlo declarado insubsistente de un momento a otro indudablemente le causó un gran desconcierto y una profunda tristeza porque además queda en tela de juicio su buen nombre y su reputación, pues no dieron argumentos jurídicos por lo cual lo destituyeron, al trasladarse a la ciudad de Mocoa, nuestra familia lo apoyó para que pueda sacar adelante su núcleo familiar, y además también le presté un dinero para pagar algunas deudas que había adquirido en la ciudad de Pasto...»

7. El comportamiento del señor Martínez Cardona en el DAS se caracterizó por ser profesional y eficiente, por el que recibió felicitaciones y buenas calificaciones, razón por la que su retiro generó extrañeza en sus compañeros Iván Armando Pérez Portilla y Sonia Patricia Buchely Castro, quienes lo manifestaron en declaraciones extraprocesales de 4 de agosto de 2009³⁸.

7.1. El señor Iván Armando Pérez Portilla ratificó su declaración extraprocesal en diligencia de ratificación de testimonio llevada a cabo el 30 de noviembre de 2012, en la que expresó:

«...Conozco hace muchos años a EDWIN MARTÍNEZ, ya que tuve la fortuna de trabajar con él como mi compañero, es una persona como dije que se desempeñó excelentemente en sus funciones con mucho profesionalismo y eficiencia y siempre tuvo felicitaciones y en todos los periodos fue bien calificado por su desempeño, excelente trato con los clientes que requerían su servicio, adelantando investigaciones de suma importancia y como dije en aquella ocasión, me resultó de suma extrañeza su retiro, porque conocía perfectamente su trabajo y su conducta.»

II.5. El caso *sub examine*

En el caso, bajo estudio, se controvierte la legalidad de la Resolución No. 0381 de 16 de abril de 2009, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como «Detective Grado 208 -7» de la Planta Global del Área Operativa del DAS de la Seccional Nariño, por parte del Director del Departamento Administrativo de Seguridad.

Así pues, de conformidad con las disposiciones legales y jurisprudenciales relacionadas en precedencia, el cargo que desempeñó el señor Martínez Cardona como Detective, correspondía al régimen especial de carrera del DAS, lo que

³⁸ Folios 44-45

significa que el retiro de dicho cargo podía presentarse en el evento de que el Jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario, por razones de conveniencia y seguridad; sin embargo, dicha facultad no excluye la obligación de la entidad de motivar el acto declaratorio de la insubsistencia.

Para abordar el caso que nos ocupa, se debe precisar que el régimen especial, el cual ostentaba el demandante, aplica a todos los detectives de esa institución de seguridad, para quienes el retiro se produjo en los casos previstos en la normatividad precitada y en el artículo 33 del Decreto 2146 de 1989. En todo caso, la insubsistencia del nombramiento de los detectives solo 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.

En estas condiciones, tal como lo consideró el «*A quo*», el acto por medio del cual se declaró insubsistente el cargo desempeñado por el demandante no cumplía con el requisito de estar mínimamente motivado, pues, de la lectura del mismo se desprende que no realiza consideración alguna tendiente a justificar las razones por las que se consideraba inconveniente que el detective continuara en la entidad, bajo el entendido que si bien la facultad consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 se fundamenta en la especial naturaleza de la función que desempeñan los detectives y en el hecho de que estos funcionarios tienen acceso a información que puede llegar a comprometer la seguridad del Estado, lo cierto es que no se evidenció ni en el cuerpo del acto administrativo demandado, ni en el presente proceso judicial, que frente al señor Martínez Cardona concurrieron circunstancias que pusieran en tela de juicio las condiciones de lealtad, confiabilidad y la honradez requerida para el desempeño de sus funciones, puesto que ni siquiera, -como ocurre en otros casos- la declaratoria de insubsistencia fue resultado de un informe reservado de inteligencia que culminara con una verificación de lealtad que recomiende su desvinculación por inconveniencia, razón por la que el acto acusado no armoniza con la exigencia de motivación del acto, que en nada pugna con la facultad discrecional que está en cabeza del Director del DAS, ya que, este no expuso, ni siquiera de forma indiciaria, las razones o motivos que lo llevaron a la declaratoria de insubsistencia.

Bajo estas precisiones, la entidad demandada se encontraba obligada a motivar el acto o a dar a conocer en sede judicial los motivos de la decisión adoptada, lo cual no se efectuó, toda vez que no se demostraron las razones de inconveniencia en el acto administrativo y la inferencia sobre conductas que constituyeran argumento suficiente para que el nominador perdiera la confianza en el detective que hoy instaura la acción.

En el caso *sub judice*, las razones para la desvinculación del señor Martínez Cardona se mantuvieron en reserva, lo cual permite establecer que el acto acusado no se ajustó 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.

Así las cosas, en cuanto a la legalidad del acto de insubsistencia, se concluye que no solo NO contiene una motivación fundada, sino que carece totalmente de ella, requisito que debe contener el acto y que ha sido establecido de manera pacífica tanto por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, Cortes que han sido contestes frente a que los actos administrativos por regla general deben ser

motivados y con mayor razón cuando se trata de la desvinculación de servidores públicos.

Por lo discurrido, habida cuenta que la administración no argumentó o motivó la decisión según la cual se separó del servicio al demandante, se confirmará la decisión de primera instancia por medio de la cual se declaró la nulidad del acto acusado.

De otra parte, ante la decisión de confirmar la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución, deviene consecuentemente, la necesidad de estudiar el restablecimiento del derecho ordenado en la sentencia de primera instancia, para lo cual, es primordial determinar la entidad en la cual recaerá la obligación de cumplir con las órdenes, en vista de la supresión del DAS.

II.6. Sucesión procesal

Con la Ley 1444 de 2011, el Legislador otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses para crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos (literal a) artículo 18). Asimismo, lo facultó para reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la Administración Pública Nacional y entre éstas y otras entidades y organismos del Estado (literal d *ibídem*).

El Presidente de la República, en uso de sus facultades, expidió el Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011³⁹, con el cual dispuso en su artículo 1° la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad «DAS», estableciendo que dicho proceso de supresión debería concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años, contados a partir de su entrada en vigencia y que de no ser posible llevar a cabo dicho trámite en este lapso, el Director para la supresión del DAS, informaría al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, justificando por escrito la necesidad de un plazo mayor y fijaría un cronograma para concluir la supresión, que se adoptaría mediante acto administrativo. En todo caso, el plazo adicional para la supresión no podría exceder de un (1) año.

En efecto, con Decreto 2404 del 30 de octubre de 2013, se prorrogó hasta el 27 de junio de 2014, el plazo previsto para finiquitar el proceso de supresión, término que fue aplazado nuevamente hasta el 11 de julio de la misma anualidad (Decreto 1180 del 27 de junio de 2014), fecha en la que efectivamente se cumplieron las actividades señaladas en el acto de supresión.

Así las cosas, con relación a la atención de los procesos judiciales en curso, el Decreto Ley 4057 de 2011, en su artículo 18 dispuso:

«Artículo 18. Atención de procesos judiciales y de cobro coactivo. Los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral, contractual y de cobro coactivo en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio quedarán a su cargo hasta la culminación del proceso de supresión.»

Al cierre de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de

39

la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva el Gobierno nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá.

Parágrafo. Para los efectos de notificaciones judiciales que surjan posterior a la vigencia del presente Decreto, se señala como domicilio único la ciudad de Bogotá D. C.»

Por su parte, el artículo 7° del Decreto 1303 del 11 de julio de 2014, «por medio del cual se reglamenta el Decreto 4057 de 2011», establecía:

«Artículo 7. Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales. Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS que aún no han sido recibidos por las entidades que asumieron las funciones, Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional; Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2. del artículo 3 del Decreto Ley 4057 de 2011, serán entregados a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal. Igualmente, los procesos que tengan relación con los servidores públicos del DAS incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva deberán ser asumidos por la entidad receptora.

Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores deberán ser entregados a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que continúe con la defensa de los intereses del Estado, para efectos de lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público proveerá los recursos presupuestales necesarios. (...)»

Posteriormente, a través de la Ley No. 1753 del 9 de junio de 2015 «por la cual se expide el Plan de Desarrollo 2014 – 2018», se estableció en el artículo 238 lo siguiente:

«ARTÍCULO 238. Atención de procesos judiciales y reclamaciones administrativas del extinto DAS y constitución de fiducia mercantil. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto ley 4057 de 2011 y 7° y 9° del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil»

La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en auto del 22 de octubre de 2015, inaplicó por razones de inconveniencia, inconstitucionalidad e ilegalidad, el artículo 7º del Decreto 1303 de 2014 en lo que hace referencia al traslado de procesos judiciales y conciliaciones en curso del DAS a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto ésta entidad no hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, con lo que se desconocía el principio de separación de poderes y la autonomía e independencia de la Rama Judicial y, en atención al vacío normativo que dejaba tal declaración, reconoció al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como sucesor Procesal del DAS hasta que el Presidente de la República reglamentara lo pertinente.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 108 del 22 de enero de 2016 «*por el cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011*», se asignó los procesos a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que sean atendidos y pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, o su Fondo Rotatorio, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento.

De conformidad con la normatividad citada, no cabe duda que para dar cumplimiento a lo preceptuado en las normas que suprimieron el DAS, y la norma que lo reglamenta, el Gobierno Nacional autorizó la creación del Patrimonio Autónomo Administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A. para que se encargara de la atención de los procesos judiciales en los que sea parte el extinto departamento, siempre y cuando no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, así como aquellos donde trasladados a entidad diferente de la Rama Ejecutiva, como lo es la Fiscalía General de la Nación.

En cuanto al traslado de funciones, el mismo acto de supresión consignó lo siguiente:

«Artículo 3º. Traslado de funciones. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2º, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

(...)

3.2. La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2º del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.(...)»

Como se observa, la función de policía judicial para investigaciones de carácter criminal fue trasladada a la Fiscalía General de la Nación, así como el personal que atiende a dicha función, lo mismo no ocurre frente a litigios originados con ocasión al desarrollo de la misma por parte del extinto DAS, por cuanto, para ello se consagró una normatividad especial a fin de no afectar los derechos y obligaciones contraídas por diferentes personas con dicha entidad, por eso el decreto de supresión consagró que las controversias en que haga parte dicho departamento administrativo y que se encuentren en curso al culminarse el proceso de supresión pasarían a la entidad que haya asumido su función, y si la misma no pertenece a la Rama Ejecutiva el Gobierno Nacional determinaría la entidad de esa rama del poder público que asumiría su representación judicial.

Así las cosas, en atención al Decreto 108 de 22 de enero de 2016, se asignó los procesos en curso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, aclarando que su atención y pago lo asume el Patrimonio Autónomo creado para tal fin, es decir, la agencia únicamente cumple funciones de defensa judicial, ello teniendo en cuenta la naturaleza misma de dicha agencia⁴⁰, la que en atención a lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 6° del Decreto 4085 de 2011, *«en ningún caso tendrá la condición sustancial de parte demandada en los procesos que se adelanten contra las demás entidades públicas, razón por la cual no podrán dirigirse contra ellas pretensiones de la demanda y no podrá ser convocada a tales procesos a ningún título. En ningún caso la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado asumirá las obligaciones patrimoniales de las entidades públicas en cuyo nombre actúe»*.

Estas bastas consideraciones, llevan a colegir que, la Agencia no tiene capacidad jurídica para comparecer a juicio como parte propiamente dicha, es decir, sobre ella no recae legitimación en la causa por pasiva ni activa, a menos que la afectación provenga del cumplimiento u ocasión de su objeto social, sino que su esencia es la producción y ejercicio de políticas de defensa judicial, habida cuenta que a criterio de la Sala Plena de la Sección Tercera⁴¹ la sucesión procesal *«es, ante todo, una figura de raigambre esencialmente procedimental, de modo que su operancia no supone, de ninguna manera, alteración de la relación jurídico-sustancial debatida en el proceso judicial. Tal cosa ha sido precisada por la jurisprudencia constitucional, como sigue: “se advierte que esta institución por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado. Por eso, la sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso”*.^{42»}

Así las cosas, conforme al artículo 68 del Código General del Proceso, es la Fiduciaria La Previsora, como vocera o representante del Patrimonio Autónomo del Departamento Administrativo de Seguridad «DAS», la persona llamada a suceder procesalmente a la suprimida entidad accionada, lo que no implica que la Agencia de Defensa Jurídica del Estado deba ser desvinculada del proceso; sin embargo, también se reconocerá como sucesora procesal a la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., para que asuma la condena respectiva, de acuerdo con el ámbito de su

⁴⁰ La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue creada por la Ley 1444 de 2011, ostentando un doble objeto, (i) la producción de las políticas de prevención del daño antijurídico, para lo cual deberá estructurar, formular, aplicar, evaluar y difundir dichas políticas. Y, (ii) la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales públicas, con el fin de que se reduzca la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa.

⁴¹ Véase el auto de unificación antes mencionado.-

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-553 de 2012.

competencia⁴³, puesto que, si bien la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., no compareció para su reconocimiento como sucesora procesal, el presente fallo condenatorio surte los efectos legales correspondientes.

Decantado lo anterior, la Sala procederá a estudiar las órdenes tendientes a lograr el restablecimiento del derecho en favor de los demandantes:

II.6.1. Del reintegro

En la demanda se solicita que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, se reintegre al señor Edwin Franklin Martínez Cardona al cargo que venía desempeñando antes de la declaratoria de insubsistencia o a uno de mayor jerarquía.

El *A quo* accedió a esta pretensión en el siguiente sentido:

«TERCERO: De igual manera, como RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ORDENAR a la Fiscalía General De La Nación, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, Ministerio de Defensa - Policía Nacional, Unidad Nacional de Protección y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que previo al análisis de la hoja de vida, cargo y funciones desempeñadas por el señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA, así como las funciones que asumieron las respectivas entidades por la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", que de manera conjunta, armónica y coordinada establezcan la entidad a la que debe ser REINTEGRADO el señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA, identificado con C.C. No.98.396.813, a un cargo de igual o mayor categoría, del que ocupaba en la época en que fue desvinculado del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS; Dicha labor será coordinada por la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, para garantizar el cumplimiento efectivo de esta orden, reintegro que no podrá exceder el término de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.»

Como se observa, la Juez de primer grado emitió una orden respecto del reintegro en la que dejaba al arbitrio de las entidades sucesoras, la decisión del lugar en el que se efectuaría el mismo; no obstante, habiendo decantado que se asignó la defensa del proceso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, esta Corporación estima que no es dable ordenar el reintegro del demandante, habida cuenta que las funciones que desempeñaba el DAS, no le fueron asignadas a la entidad antes señalada, motivo por el cual no es posible su reincorporación.

Ello no implica que se desconozca la calidad de miembro de la carrera administrativa especial del DAS del demandante y su derecho al restablecimiento; sin embargo, ante la supresión definitiva del Departamento Administrativo de Seguridad, el H. Consejo de Estado⁴⁴ ha establecido que ante la imposibilidad de reincorporar a los ex miembros del DAS, el juez debe buscar alternativas *«buscar alternativas de solución para que los derechos que fueron restablecidos con ocasión de la decisión ordinaria, sean satisfechos de algún modo»*, así lo expresó esa Alta Corporación:

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01870-01(AC).

«No se considera un motivo suficiente el mencionar los decretos que regularon el proceso de supresión del DAS y la asunción de competencias de entidades como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pues esto es un panorama que permite evidenciar únicamente la delegación de competencias y la forma como serían asumidos los procesos por parte de la mencionada agencia, pero nada se dice respecto del estudio relacionado con la entidad donde eventualmente podría ser reintegrado o la forma de resarcir el restablecimiento del derecho del actor, por lo menos, de manera económica ante la imposibilidad de una reubicación laboral.

3.1.2. Al respecto, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en un caso de similares supuestos fácticos, donde un ex detective del DAS igualmente inscrito en carrera especial, si bien obtuvo la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia, no fue posible su reintegro dadas las circunstancias de supresión definitiva del Departamento Administrativo de Seguridad.

En esa oportunidad, esta Sección⁴⁵ consideró el punto relacionado con la imposibilidad del reintegro en casos como los ex servidores del DAS y concluyó lo siguiente:

“3.3. Imposibilidad de cumplir con la orden de reintegro

En casos como el que ocupa la atención de la Sala, en los que la entidad que tenía a cargo el cumplimiento de la orden judicial desaparece, corresponde al juez constitucional buscar alternativas de solución para que los derechos que fueron restablecidos con ocasión de la decisión ordinaria, sean satisfechos de algún modo y en ese sentido, se materialice el concepto de justicia. (Resalta la Sala).

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido que dadas especiales circunstancias que hacen que una orden no pueda materialmente ser cumplida, se propongan formas alternas de cumplimiento al fallo judicial respectivo, que lleven a la satisfacción del derecho de acceso a la administración de justicia y además, con el ánimo de alcanzar la satisfacción material del derecho involucrado.

En palabras de la Corte, se ha dicho lo siguiente:

“[L]a explicación sobre el alcance y sentido del cumplimiento de los fallos judiciales, como parte del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, estaría incompleta si no se hace referencia a aquellos casos en que no se presentan los elementos fácticos o jurídicos necesarios para cumplir la orden original del fallo.

Debe aclararse que no se trata de eventos en que se avale el incumplimiento de la orden judicial proferida; por el contrario, con el ánimo de alcanzar la satisfacción material del derecho involucrado, por encima de obstáculos formales que en su ejecución se encuentren, se han previsto formas alternas de cumplimiento del fallo que busquen la satisfacción del derecho al acceso a la administración de justicia siempre que la obligación original se aprecie como de imposible realización.

⁴⁵ Sentencia del 24 de septiembre de 2015. Expediente No. 2015-0152-01. Actor: Oscar Alonso Suárez Monsalve. M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Para estos casos, la Corte Constitucional ha exigido, en primer lugar, la necesidad de probar, por la parte accionada, de forma eficiente, clara y definitiva la imposibilidad física o jurídica de llevar a cabo la orden original; y, como segundo elemento configurador de la situación, ha previsto el empleo de vías alternas para la satisfacción de los intereses del titular del derecho protegido en el fallo judicial, las cuales permitan equiparar sus consecuencias al cumplimiento de la orden judicial original, llegando, de esta forma, a la satisfacción material del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”

[...] »

Así las cosas, a efectos de determinar la forma y alcance de la compensación cuando no es posible cumplir con el reintegro, la Corte Constitucional mediante las sentencias de unificación SU- 556 de 2014 y SU- 054 de 2015, fijó los criterios indemnizatorios dependiendo de la naturaleza de la vinculación, por lo que tratándose de empleados en carrera señaló ha de recurrirse a las previsiones del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, ello en atención a que el legislador previamente ha tazado el lucro cesante que se causa por la pérdida del empleo en la normativa en mención, cuyo tenor literal reza:

«ARTÍCULO 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

PARÁGRAFO 1. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

(...)

Para lo establecido en este párrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

- 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios.*
- 2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.*

3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

4. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

PARÁGRAFO 3. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.»

A voces de la Corte, «las indemnizaciones parten del tiempo durante el cual se ha prestado el servicio a una entidad, pues se ha considerado que el daño que se le causa a la expectativa de permanecer en un cargo es directamente proporcional al tiempo que se ha durado en el mismo.»

Esto explica cómo al haberse suprimido el DAS y haber asumido su defensa la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como estar a cargo del pago de perjuicios la Fiduprevisora en calidad de vocera del patrimonio autónomo, es imposible cumplir con el reintegro, pero pese a ello es posible analizar una alternativa de solución en aras de no desconocer los derechos de quien fue retirado de manera ilegal.

Como se dijo, en el presente asunto, deviene la imposibilidad material de ejecutar el reintegro del actor, por lo que la alternativa razonable conforme a los argumentos expuestos atrás, es el reconocimiento de una indemnización como forma de resarcir su derecho al reintegro, razón por la que habrá de aplicarse lo dispuesto en los párrafos 1º y 2º del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, relativo a la forma de indemnización de los empleados en carrera administrativa a los que no es posible garantizarles la continuidad en el empleo por supresión del cargo o liquidación de la entidad.

Así las cosas, se tiene que el señor Martínez Cardona se posesionó como empleado público del DAS, en calidad de «Detective Agente 208-06», desde el 9 de febrero de 1997, razón por lo que a la fecha de la sentencia (cuando se produce su derecho al reintegro), habría ostentado más de 20 años en calidad de detective de carrera especial del DAS, por lo que a título de indemnización -ante la imposibilidad de efectuar el reintegro-, se ordenará el reconocimiento de «cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 4º del párrafo segundo del artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

II.6.2. Perjuicios materiales

- Lucro Cesante

Salarios – Prestaciones Sociales y demás emolumentos dejados de percibir

En este punto, la Juez de primera instancia accedió al reconocimiento por este concepto, ordenando el descuento de las sumas que por cualquier concepto laboral público o privado, dependiente o independiente haya recibido el demandante; descuento frente al cual disiente la apoderada de la parte demandante, por cuanto

considera que tal orden solo procede frente a desvinculación de personas que ocupaban cargos en provisionalidad.

Al respecto, la Sala habrá de confirmar la decisión adoptada al respecto por la *A quo*, habida cuenta que la H. Corte Constitucional⁴⁶ ha determinado de manera uniforme que, independientemente del tipo de vinculación del declarado insubsistente, no es dable presumir que el mismo permaneció cesante durante todo el tiempo en el que se tardó en resolver el litigio, así se ha explicado:

*«independientemente de la expectativa de permanencia en el cargo o de la estabilidad que se predica en mayor o en menor medida en una u otra clase de vinculación, la premisa sigue siendo la misma, esto es, que el reintegro se realice sin solución de continuidad, con el **pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado.** (Resalta la Sala).*

*(iii) La Sala reitera que independientemente de la naturaleza del cargo, en el funcionario radica la responsabilidad de su propia subsistencia económica y, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, sea cual fuere la razón y aún por un acto viciado de nulidad, aquel debe asumir la carga de su propio sostenimiento. Bajo esa línea argumentativa, **para el caso de los cargos en carrera el restablecimiento del derecho también debe ser respecto de lo efectivamente dejado de percibir, es decir, cuando existe una verdadera imposibilidad de generar un ingreso como retribución por el trabajo, porque de lo contrario, se estaría permitiendo que la persona reciba dos montos salariales y prestacionales durante un mismo periodo.***

(...)

8.5. Con todo, a juicio de esta Corporación el precedente fijado por la jurisprudencia constitucional cuando se ordena el reintegro y la devolución de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, se aplica con independencia de si la designación fue en propiedad o en provisionalidad respecto de un cargo de carrera.»

En ese orden de ideas, es acertada la decisión de la Juez de primera instancia, según la cual, ordena el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, razón por la que habrá de confirmarse su decisión en tal sentido; sin embargo, tal reconocimiento se hará hasta la fecha de la presente providencia, ante la imposibilidad de ordenar el reintegro, como se explicó.

El reconocimiento de las prestaciones sociales deberá efectuarse de conformidad con el Decreto 1933 de 1989 «Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad».

Asimismo, el Patrimonio Autónomo de Defensa Jurídica del extinto DAS y su Fondo Rotatorio, representado legalmente por la sociedad fiduciaria Fiduprevisora S.A., es la

⁴⁶ Sentencia SU-354 de 2017 Corte Constitucional

entidad que debe asumir el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, así como el aporte patronal respecto de los aportes para Seguridad Social que le correspondería al extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, con fundamento en la normativa expuesta en líneas anteriores⁴⁷, ello teniendo en cuenta los porcentajes fijados por ley y el valor devengado mensualmente por el demandante desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha del presente proveído, teniendo en cuenta que los mismos deberán reconocerse sobre la nómina mensual de salarios⁴⁸.

- Daño emergente

Con el libelo demandatorio se reclama por este concepto, lo sufragado por los demandantes para atender el pago de créditos y los honorarios de la apoderada.

La señora Juez de primera instancia accedió únicamente al reconocimiento de \$500.000 por concepto de honorarios, los cuales encontró debidamente acreditados.

En este punto, la Sala concuerda con la *A quo*, en tanto de la revisión del material probatorio allegado con la demanda, se aporta copia de una letra de cambio por \$6'000.000⁴⁹, la cual no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 621 y 671 del Código de Comercio, para que se predique válida, así como con la exigencia de ser auténtica, pues, es importante precisar que por autenticidad se entiende la ausencia de duda acerca de la persona que creó el documento o aceptó lo en él expresado, como bien lo resalta el artículo 252 del CPC, al indicar que es «*la certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado*». Razón por la que si bien se ha aceptado el valor probatorio de las copias auténticas de las letras de cambio, las mismas deben reunir las condiciones de autenticidad que exige el artículo 252 *Ibidem*⁵⁰, lo cierto es que en este asunto no existe la mencionada certeza acerca de la persona a favor de quien se suscribe el mencionado título ejecutivo, así como que si en gracia de discusión se aceptase la validez de la mencionada letra de cambio, no obra prueba alguna que dé cuenta de que la misma fue una consecuencia de la expedición del acto acusado o que la misma esté generando el pago efectivo de intereses hasta esta época.

Por otra parte, es acertado el reconocimiento de \$500.000 por concepto de honorarios, teniendo en cuenta que de la lectura de la constancia de honorarios profesionales suscrito por un valor total de \$10'000.000, solo consta un abono por el valor reconocido, quedando el pago del saldo supeditado a las resultas del proceso, lo cual no ha ocurrido hasta el momento, razón por la que no es dable predicar que el demandante ya incurrió en tal erogación a título de daño emergente, es decir, no se acreditó por ese concepto, el real y efectivo menoscabo sufrido por el patrimonio de los demandantes.

II.6.3. Perjuicios morales

⁴⁷ Radicación: 11001-03-06-000-2018-00195-00. Referencia: Conflicto negativo de competencias administrativas. Partes: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Fiscalía General de la Nación -Policía Judicial, Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional de Colombia, Fiduciaria La Previsora S.A. y la Unidad Nacional de Protección. Asunto: Entidad competente para asumir el pago de aportes patronales a cargo del extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, como consecuencia de la reliquidación de la pensión de vejez ordenada en fallo judicial.

⁴⁸ Concepto 47671 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública.

⁴⁹ Folio 45

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ. Bogotá D. C., cinco (05) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 66001-23-31-000-2008-00010-02(186270)

Respecto de este ítem, el H Consejo de Estado⁵¹ ha reconocido la procedencia de la indemnización de perjuicios a título de restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, para lo cual, el interesado tiene la carga de probar la ocurrencia de los daños y perjuicios que se pretenden indemnizar a título de restablecimiento del derecho, conforme lo establecido en el artículo 177 del CPC (hoy 167 del Código General del Proceso).

En el presente asunto, quedó acreditado que la declaratoria de insubsistencia del señor Martínez Cardona generó en él y en su familia, sentimientos de tristeza y zozobra, así como la necesidad de mudarse a otra ciudad en busca de apoyo económico por parte de familiares, razón por la que habrá de confirmarse el reconocimiento hecho por el *A quo* frente a este concepto.

II.6.3. «Daño por alteración a las condiciones de existencia (fisiológico)»

Frente a este último punto, se debe precisar que el H. Consejo de Estado definió que el daño a la salud engloba el perjuicio fisiológico⁵², es decir, se eliminaron las categorías existentes con anterioridad.

Ahora bien, respecto del perjuicio denominado «daño a la salud», se tiene que de conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵³, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, esta debe ser indemnizada bajo el concepto del daño a la salud, entendido este como categoría autónoma de perjuicio, la cual solo es procedente frente a la víctima directa del daño o perjuicio.

Según el precedente jurisprudencial, el juez del caso debe considerar, además de la incapacidad médico legal definitiva, las siguientes variables:

«- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).»

- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.

- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.

- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.

- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.

- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.

- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.

- Los factores sociales, culturales u ocupacionales, la edad o el sexo, etc.

⁵¹ Consejo de Estado - Sentencia 21082 del 8 de febrero de 2018

⁵² C. E., Secc. Tercera, Sent. 19031, sep. 14/11, y 38222, sep. 14/11, C. P. Enrique Gil Botero

⁵³ Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa. M.P. Enrique Gil Botero.

- Las demás que se acrediten dentro del proceso.»⁵⁴

Establecido lo anterior, con base en los referidos parámetros no es dable efectuar reconocimiento alguno por este concepto, habida cuenta de la ausencia de prueba de las implicaciones en las funciones psicológicas, fisiológicas y anatómicas de carácter permanente sufridas por el señor Martínez Cardona.

II.7. Conclusiones finales

Lo anterior sirve de fundamento para modificar la sentencia apelada.

II.8. Costas

No habrá lugar a ello en esta instancia, toda vez que no se advierte actuación temeraria o de mala fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Primera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: RECONOCER a la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., como sucesora procesal del extinto DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD «DAS», quien asumirá la presente condena con la AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, de acuerdo con el ámbito de sus competencias.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, el 7 de marzo de 2019, conforme a las consideraciones dadas.

TERCERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, el 7 de marzo de 2019, el cual quedará así:

«SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la NACIÓN-AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – con cargo al Patrimonio Autónomo Administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A., a restablecer el derecho del señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA, identificado con C.C. No. 98.396.813, en relación al pago de las sumas establecidas en la presente sentencia por los siguientes conceptos:

1. *Perjuicios Materiales*

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

a) Lucro cesante - Salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir: Pagar al señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos efectivamente dejados de percibir, desde su desvinculación en el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y hasta la fecha de la presente sentencia, descontando de ese monto la suma que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente haya recibido así como de los aportes que deben efectuarse por concepto de pago de Seguridad Social, teniendo en cuenta los porcentajes fijados por ley y el valor devengado mensualmente por el demandante.

Para todos los efectos legales DECLÁRESE que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA desde que fue desvinculado de la entidad demandada y hasta la fecha de la presente providencia.

Las sumas resultantes de esta condena se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

b.) Daño emergente - Honorarios de la abogada: Pagar a favor del señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA, la suma equivalente a QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.00) los cuales deberán ser indexados conforme a la parte considerativa de la presente providencia.

2.- Perjuicios Morales: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva, deberá pagar las siguientes sumas de dinero a cada uno de los demandantes:

EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA	Afectado directo	15
SMMLV		
LERCY ELLEN ZAPATA ORTIZ	Esposa	10
SMMLV		
EDWIN FELIPE MARTÍNEZ ZAPATA	Hijo	5
SMMLV		
ISAAC ALEJANDRO MARTÍNEZ ZAPATA	Hijo	5
SMMLV»		

CUARTO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, el 7 de marzo de 2019, y en consecuencia, **NEGAR** la pretensión de reintegro del demandante, y en su lugar, **CONDENAR** a la NACIÓN - AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO – con cargo al Patrimonio Autónomo del DAS, Administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A., a reconocer y pagar en favor del señor EDWIN FRANKLIN MARTÍNEZ CARDONA, una indemnización por la imposibilidad de reintegro, consistente en el pago cuarenta y cinco (45)

días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos, teniendo como fecha de partida la vinculación del señor Martínez Cardona como empleado público del DAS, en calidad de «Detective Agente 208-06» (9 de febrero de 1997), hasta la fecha de la presente providencia, de conformidad con las consideraciones dadas.

- QUINTO:** **CONFIRMAR** en sus demás partes la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, el 7 de marzo de 2019, conforme a las consideraciones dadas.
- SEXTO:** **DAR** cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.
- SÉPTIMO:** **NO CONDENAR** en costas, conforme a lo anotado.
- OCTAVO:** **EJECUTORIADO** el presente fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previos los registros en los libros correspondientes y en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión virtual de la fecha según consta en el acta respectiva.



EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado



BEATRIZ ISABEL MELO DELGADO PABÓN
Magistrada



ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY
Magistrado