



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C, cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
N.º interno: 3112-2015
Actor: GUSTAVO ADOLFO SERRANO QUINTERO
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)

Ley 1437 de 2011

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de mayo de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, que negó las pretensiones de la demanda de la referencia.

I. ANTECEDENTES

GUSTAVO ADOLFO SERRANO QUINTERO, por intermedio de apoderada y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 5889 de 2013, por medio de la cual el director de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUNAS NACIONALES– DIAN decidió declarar insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de defensor del contribuyente y del usuario aduanero delegado.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

A título de restablecimiento del derecho pidió el reintegro del actor al cargo de defensor del contribuyente y del usuario aduanero delegado, código 505, grado 04; así mismo, que se le paguen todos los emolumentos dejados de percibir entre el 24 de julio de 2013, fecha en la que le fue notificada la insubsistencia del nombramiento, hasta la fecha en que fue presentada la demanda; además, que se ordene reparar el daño moral que le fue ocasionado tanto a él como a sus hijas, el cual estimó, respectivamente, en 1000 y en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por otra parte, que se ordene la indexación de las sumas que le sean concedidas; y, por último, que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1. Hechos narrados en el escrito de demanda

El señor apoderado de la parte actora narró los hechos que se resumen a continuación:

1. El señor SERRANO QUINTERO fue vinculado a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, mediante la Resolución 6760 del 15 de julio de 2002, con nombramiento de carácter ordinario en el cargo de defensor del contribuyente y el usuario aduanero delegado, nivel 60, grado 36.
2. En el año 2008 la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN se reestructuró, lo que originó la incorporación del actor en el cargo de defensor del contribuyente y del usuario aduanero, delegado, código 505, grado 04, el cual es de libre nombramiento y remoción.
3. El 26 de septiembre de 2012, recibió un correo electrónico proveniente de la Coordinación Administrativa y de Gestión de la Defensoría del Contribuyente y del Usuario Aduanero, en el cual se le comunicó que estaba postulado como aspirante a participar en la valoración del perfil para

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

la conformación de la terna para delegados regionales de la defensoría nacional del contribuyente y lo convocó a una entrevista para el día 1 de octubre de 2012.

4. El día en que se debía realizar la mencionada entrevista, el señor SERRANO QUINTERO intentó entregarle una comunicación a la defensora del contribuyente y del usuario aduanero en la que manifestaba su desacuerdo con el proceso de selección, pues él ocupaba el cargo de delegado a nivel regional desde el mes de julio de 2002, y ante la negativa de esta a recibirla, la remitió ese mismo día a través de un correo electrónico.
5. Posteriormente, fue desvinculado del servicio por insubsistencia del nombramiento mediante la Resolución 5889 de 16 de julio de 2013.

2. Normas violadas y concepto de violación.

La parte actora invocó como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política: Artículos 2, 4, 6, 13, 21, 25, 28, 29, 46 y 209.

Del Decreto 1071 de 1999: Artículo 41

Del Decreto 4048 de 2008: Artículo 35

Del Código Penal: artículo 97

La Ley 909 de 2004 y el Decreto 4567 de 2001

Al desarrollar el concepto de violación de las normas indicadas, sostuvo que en el caso concreto se presentaron los defectos de desviación de poder y falta de motivación, los cuales fundamentó a partir de los argumentos que se resumen a continuación:

En primer lugar, manifestó que se debió motivar su desvinculación en razón a la naturaleza del cargo, pues el modo en cómo se llevó a cabo no fue con miras al

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

mejoramiento del servicio, pues no se tuvieron en cuenta las buenas calificaciones que obtuvo el señor SERRANO QUINTERO en su trayectoria al interior de la entidad.

Además, afirmó que no podía iniciarse un proceso de selección pues el cargo estaba ocupado por un titular en ejercicio de funciones.

Por otra parte, señaló que existió una desviación de poder por desvincular a un servidor bien calificado y a quien por su edad no le era fácil encontrar otro empleo.

3. Contestación de la demanda.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

En primer lugar, sostuvo que el acto administrativo no requería de motivación pues se trataba de un empleo de libre nombramiento y remoción.

Además, puso de presente que el acto motivo de controversia cumple a cabalidad con todos los requisitos de validez que exige el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, señaló que las demás consideraciones de orden sociológico hechas en la demanda no invalidan la decisión de la Administración, pues la demandada actuó con apego a las disposiciones que regulan la materia.

4. Sentencia apelada

Por medio de la sentencia proferida el 22 de mayo de 2015, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER negó las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que a continuación se resumen:

En primer lugar, estableció el marco normativo y jurídico, y señaló que el artículo 5 numeral 2 de la Ley 909 de 2004 determinó cuáles cargos son de libre

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

nombramiento y remoción, dentro de los que se encuentran los de dirección, manejo y confianza.

A lo anterior agregó que en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 se consagró la insubsistencia como causal válida para el retiro del servicio en los empleos de libre nombramiento y remoción.

Posteriormente, se refirió a la causal de nulidad por desviación de poder, y concretamente a la naturaleza subjetiva de la misma, pues se predica de consideraciones que pertenecen al fuero interno del nominador. Adicionalmente, señaló que la motivación de un acto administrativo de insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción es innecesaria.

Ahora bien, al momento de analizar el caso concreto indicó que el actor no quiso participar en la convocatoria para la selección de la persona que debía desempeñar el cargo de defensor del contribuyente y del usuario aduanero delegado, código 505, grado 04 y por lo tanto perdió la oportunidad de que por medio del procedimiento dispuesto en el Decreto 4567 del 2011¹, pudiera ser nombrado nuevamente en el cargo que venía desempeñando.

Por otra parte, consideró que debido a que había lista de elegibles y un proceso de selección vigentes, era válido que la demandada procediera a declarar la insubsistencia del nombramiento del actor, toda vez a que, a pesar de que el cargo ya se encontraba ocupado, este no era de carrera sino de libre nombramiento y remoción.

Adicionalmente, indicó que no se desvirtuó la legalidad del acto administrativo objeto del presente proceso.

5. Del recurso de apelación.

¹ Por medio del cual se reglamentó el procedimiento de selección de los gerentes públicos de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

La parte actora interpuso recurso de apelación con base en los argumentos que se resumen a continuación:

- En primer lugar, aseguró que el *a quo* invocó normas que no le son aplicables a la situación concreta del actor, pues se refieren a la insubsistencia de cargos de carrera provistos en provisionalidad y a normas distritales, las cuales no guardan relación con los argumentos de la demanda ni con la situación fáctica planteada a lo largo del proceso.
- Además, indicó que no se tuvo en cuenta el procedimiento reglado por el Decreto 1071 del 1999, por el cual se organizó la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones.
- Así mismo, manifestó que no se cumplió con el deber de motivar el acto administrativo que declaró la insubsistencia, así como tampoco se anotaron en la hoja de vida las razones de su desvinculación de la entidad, por lo que se trata de un acto con motivos ocultos.
- Por otra parte, sostuvo que la administración no tenía como intención el mejoramiento del servicio al desvincularlo.
- Por último, manifestó que la entidad demandada no probó que el acto de desvinculación mejoraría el servicio o que tuviera la intención de hacerlo.

6. Alegatos de conclusión en la segunda instancia.

La parte actora reiteró los argumentos de la apelación.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Por otra parte, la entidad demandada solicitó que se confirme la decisión del *a quo*, con base en los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico.

Corresponde a esta sala determinar si la Resolución 5889 del 16 de julio del 2013, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de defensor del contribuyente y del usuario aduanero delegado, se expidió con desviación de poder, es decir, con intenciones diferentes al mejoramiento del servicio, así como, establecer si el mismo acto está viciado de nulidad en razón a que no se motivó.

Para tal fin se hará referencia, en primer lugar, a la categoría de los empleos de libre nombramiento y remoción de la DIAN y al cargo específico de defensor del contribuyente y del usuario aduanero, lo que implica hacer consideraciones en relación con la categoría de los gerentes públicos, para pasar, en segundo lugar, a analizar el cargo de desviación de poder con el fin de determinar si el acto administrativo en cuestión estuvo alejado de las razones que el ordenamiento jurídico ha considerado válidas para adoptar una decisión de insubsistencia; en tercer lugar, se estudiarán las facultades discrecionales de la administración para proferir los actos de insubsistencia de nombramientos.

2. De los cargos de libre nombramiento y remoción, dentro del sistema específico de carrera de la DIAN y la categoría especial del gerente público.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Respecto de las categorías de empleos, el artículo 125 de la Constitución Política estableció lo siguiente:

«ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley».

De lo anterior se desprende que existe una diferencia entre los empleos de libre nombramiento y remoción y los de carrera.

En relación con el sistema específico de carrera de los empleados de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, en el artículo 6 del Decreto 765 de 2005 se estableció lo siguiente:

«Artículo 6º. Naturaleza de los empleos. Los empleos de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, tendrán el carácter de empleos del Sistema Específico de Carrera. No obstante, lo anterior, existirán los siguientes empleos de libre nombramiento y remoción:

(...)

- Defensor del contribuyente y usuario aduanero delegado».

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que el artículo 45 del Decreto 4048 de 2008, señaló que en relación con el cargo del defensor de contribuyente y del usuario aduanero se debía aplicar lo establecido en el artículo 31 del Decreto 1071 de 1999, que organizó la DIAN, en el que se previó lo siguiente:

«Artículo 31. Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero. Con el fin de garantizar el respeto a los derechos de los contribuyentes, responsables, agentes de retención, declarantes y usuarios aduaneros, en las actuaciones que se cumplan en ejercicio de las funciones asignadas por la ley a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, créase la figura del Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

El Defensor será designado por el Presidente de la República, para un período de un año, de terna que le proponga anualmente la Comisión Mixta de Gestión Tributaria y Aduanera nacional.

(...)

Los delegados regionales que se prevean en la planta de personal de la DIAN serán funcionarios de libre nombramiento y remoción, seleccionados por el Defensor del Contribuyente y el Usuario Aduanero, de terna propuesta por la respectiva Comisión Mixta de Gestión Tributaria y Aduanera Regional y nombrados por el Director General de la DIAN.

Para todos los efectos legales, quienes se desempeñen en los cargos de Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero y de Delegados Regionales del Defensor, se consideran servidores de la contribución.

En todo caso, el Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero y sus delegados, no podrán revelar información que tenga el carácter de reservado, de acuerdo con la ley».

Por otra parte, el Decreto 4049 del 22 de octubre de 2008, estableció como del nivel directivo el cargo de defensor del contribuyente y del usuario aduanero código 505, grado 04, el cual es el que ocupaba el actor al momento de su desvinculación.

Ahora bien, se puede determinar que la clasificación legal de un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de que sus funciones respondan a necesidades de manejo, dirección y de confianza, que ameriten ser exceptuados de la carrera administrativa.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado lo siguiente en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción:

«Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, **de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.** En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, **sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata.** Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado (sic) del presidente de la República o en un ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el **intuitio personae**»².

En el caso concreto, precisamente el cargo que ocupaba el actor al momento de su desvinculación es de libre nombramiento y remoción y pertenece al nivel directivo, pues precisamente se trata de funciones relacionadas con la conducción u orientación institucional.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en el expediente se encuentran diferentes acuerdos de gestión³ que corresponden propiamente a la figura del gerente público, respecto de lo cual cabe realizar algunas consideraciones:

La figura del «gerente público» fue introducida a nuestra legislación en los artículos 47 a 50 de la Ley 909 de 2004, en la cual se determinó impropia que se trata de empleos de libre nombramiento y remoción, tal como se señalará más adelante.

² Corte Constitucional, sentencia C – 514 de 16 de noviembre de 1994, magistrado ponente: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

³ Folios 3, 9, 17 del cuaderno principal.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

En relación con lo anterior, la doctrina ha señalado lo siguiente:

«...Las normas que regulan el tema de la función pública no se han ocupado de fijar la línea que demarca cada una de las esferas funcionales de las que estamos hablando. Empero, no todo resulta negativo dado que el legislador con la reforma del año 2004 fijó unos principios básicos para la gerencia pública en la Administración. Aunque consideramos que su regulación es insuficiente, por las razones que a continuación exponremos, no deja de constituir un buen inicio para que la doctrina comience a realizar una elaboración teórica que responda a las necesidades de una función pública acorde con el modelo instaurado por la Constitución en 1991. (...)

El artículo 47 de la ley de Carrera Administrativa en su numeral 1 dispone que todos aquellos empleos que conllevan el ejercicio de responsabilidad directiva tengan el carácter de empleos de gerencia pública. Se introduce así la tendencia "*managerialista*". Es decir, se pretende dotar la Administración Pública de personal cuya especialidad y profesión consista en dirigir organizaciones; individuos que, alejados del clásico esquema burocrático weberiano, no funcionen sujetos a estrictos parámetros de legalidad, sino cuya labor responda a la creciente necesidad de eficiencia y eficacia mediante la implementación de novedosas técnicas de gestión. La intención es buena. Responde a una necesidad real dentro del aparato administrativo y obedece a la tendencia generalizada en Occidente de preocuparse de la idoneidad de aquellos que tienen a su cargo el manejo de las entidades administrativas. Sin embargo, la simple enunciación sin una previa definición de qué debe entenderse por "*responsabilidad directiva*" deja sin fuerzas las buenas intenciones, y lo que es más preocupante, constituye un eufemismo, puesto que claramente no existen criterios que permitan diferenciarla de la responsabilidad política.

En efecto, representa un avance el hecho de que el ejercicio de funciones de gestión se encuentre supeditado a los principios de objetividad, transparencia y profesionalidad, así como es del todo coherente que se recuerde que estas cualidades no conllevan ausencia de subordinación jerárquica. Hasta aquí es clara la interdependencia entre política y Administración de la que tanto hemos hablado. Empero, los criterios referentes a: la función asignada de formular conjuntamente las políticas públicas con los jefes del organismo, la tarea de introducción de medios informáticos y tecnológicos dentro de la organización, o la formulación de acciones estratégicas y la responsabilidad de la ejecución sobre las mismas, simplemente delimitan ámbitos funcionales genéricos, no permiten diferenciar niveles de actuación y no marcan las pautas indispensables para que el órgano político interactúe con el directivo sin que ello implique poderes de sustitución o revocación de las actuaciones. Tampoco se hace una graduación de las clases de directivos existentes; no se distingue si

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

estamos ante directores generales que tienen a su cargo el peso de toda la organización, o ante directores seccionales o departamentales, y lo que puede causar aún más preocupación, no se fija un escalón directivo que sea la normal culminación del sistema de carrera.

También se señala que estos cargos son de libre nombramiento y remoción. Cuestión que subraya la necesidad de reconocer al nominador la discrecionalidad en la selección y desvinculación de estos servidores públicos. En principio pareciera que la norma se limita a reproducir la forma de provisión y cese de los cargos de naturaleza política; no obstante, incorpora una novedad: **la discrecionalidad en materia de ingreso se encuentra limitada al cumplimiento de un procedimiento en el que debe prevalecer la profesionalidad de quienes son seleccionados, por lo cual se hace extensible la aplicación de criterios de mérito y capacidad y se tiene en cuenta la experiencia en el desempeño del empleo.** De tal forma, se intenta implementar un sistema meritocrático que se asegura mediante la evaluación de hojas de vida, aprobación de exámenes, práctica de entrevistas y valoración de antecedentes laborales y formación académica. El nominador tiene libertad de elección sobre los candidatos que serán evaluados, por ello se instaura una garantía adicional: el que la evaluación sea realizada por un órgano técnico, para que así, una vez surtida esta etapa, se pueda decidir libremente (por la autoridad nominadora) sobre el nombramiento.

Avance importante, si tenemos en cuenta que al nominador se le impone una decisión que se ajuste a los parámetros legales descritos, cuestionable por tanto en sede judicial, sobre todo en el procedimiento de formación de voluntad; porque, aunque se tiene en cuenta el factor confianza, éste se complementa con el factor profesionalidad, no pudiendo prescindir de éste so pena de nulidad. No obstante los aspectos positivos de las disposiciones legales comentadas, la regulación continúa siendo incompleta. Nuestra afirmación se sustenta en la libertad dejada al Ejecutivo para elegir el mecanismo de selección; la norma utiliza la inflexión verbal “*podrá*”, consagrado así discrecionalidad, de tal forma que la posibilidad de profesionalización depende de la voluntad del gobierno (se deja al albur de las normas administrativas). El riesgo de hacer extensibles los criterios que rigen el nombramiento político al nombramiento de quien debe adelantar funciones de dirección sigue estando latente. Otra de las falencias de la regulación es la falta de articulación de puestos con la promoción profesional de quienes se encuentran en la carrera administrativa y la no diferenciación en materia de desvinculación, la cual se sigue rigiendo por criterios de conveniencia y oportunidad sin necesidad de motivación alguna.

(...)

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

No obstante, una herramienta que podría ser de gran utilidad a efectos de despolitizar la actividad administrativa nace a la vida jurídica con una enfermedad de carácter terminal. **La posibilidad de remoción del gestor sin necesidad de motivación quita utilidad y operatividad al cambio que quiso introducir el legislador.** Con independencia de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 50 de la Ley 909 de 2004, si bien es cierto que no es viable sostener sin reparos la no discrecionalidad del nominador para la desvinculación en el momento de terminar la gestión con independencia de los resultados obtenidos, no se prevén medidas que aseguren por lo menos una estabilidad temporal que circunscriba la permanencia del funcionario a un tiempo mínimo durante el cual pueda comprobar lo adecuada o inadecuada de su labor respecto de los objetivos propuestos. Adicionalmente, y reiterando una crítica ya hecha, la estabilidad deberá depender de la previsión de varios grados jerárquicos dentro del nivel directivo; si nos encontramos frente a funciones de dirección reservadas a los cuadros burocráticos las reglas no pueden ser las mismas y se debe respetar la estabilidad relacional. A esto se suma que las disposiciones hablan de la obligación de cumplir lo pactado y de la posibilidad de exigir responsabilidad de carácter gerencial; no obstante, no se prevé ninguna referencia a la posibilidad de compensación cuando el dependiente es desvinculado antes del cumplimiento del término por razones ajenas a su actuación»⁴.

En otro importante artículo, se hace referencia a medidas que pueden ayudar a fortalecer la figura de los gerentes públicos:

«Se trata de un cambio revolucionario: añadir a la estructuración de los empleos públicos un nivel directivo que ingrese a través de la conjunción de los principios de mérito y confianza política, pero que al mismo tiempo tenga capacidad gerencial. Esta lógica ha comenzado a permear los ordenamientos jurídicos occidentales que sirven de referencia al modelo colombiano, pues en muchos de ellos ya se habla de la existencia de una función pública directiva o de la introducción de verdaderos gerentes a los aparatos administrativos.

(...)

A efectos de ser contundentes con aquello que debe ser fundamental en el cambio normativo, se hace referencia a tres criterios que en nuestro concepto deben ser comprendidos dentro de las modificaciones esperables; dichos criterios hacen referencia al ingreso de este personal, al alcance de su derecho a la estabilidad en el empleo y, por lo tanto, también a las posibilidades de desvinculación.

⁴ Jorge Iván Rincón. *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2009. pp. 323 a 328

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

En cuanto al ingreso, lo primero a señalar es que dentro del Estado colombiano el legislador debe establecer de forma clara qué clase de actividades requieren ser desarrolladas por los gerentes públicos. En la actualidad solo se cuenta con un listado de empleos que se excepcionan de la carrera administrativa por ser de libre nombramiento y remoción, incorporando dentro de los mismos realidades heterogéneas en las que se mezclan funciones de formulación de políticas públicas con tareas de implementación de las mismas, de conceptualización y de manejo de los recursos humanos, materiales y financieros. Al respecto resulta indispensable que en lugar de agruparse en cargos, se desagreguen actividades que se considere deben ser manejadas de forma más profesional y menos política, conclusión que se acompasa con una referencia escueta del legislador a la implementación de la gerencia en aquellas “funciones que sean de responsabilidad directiva” sin entrar a precisar cuáles son.

Por otra parte, es un avance que el mérito se haya establecido como un criterio de selección de esta clase de cargos; sin embargo, el problema radica en que la ley es escueta y no fija ningún procedimiento, pues solo otorga una competencia discrecional al ejecutivo para que sea el que elija el método de selección. Debe rescatarse que se subraya la prevalencia de la competencia profesional sobre la discrecionalidad, la necesidad de que sea un órgano técnico interno o externo el que realice la evaluación, la posibilidad de utilizar pruebas de conocimientos y aptitudes, y la valoración de antecedentes. Es un avance pero, se insiste, el legislador debe ser más explícito a efectos de fijar con claridad un procedimiento, unas reglas mínimas, unos parámetros de evaluación más claros, en los que debe tener un peso preponderante la experiencia en cargos de dirección o en conocimiento de realidades organizacionales.

Esto resulta de vital importancia para distinguir los empleos que se vinculan por confianza política de aquellos que lo hacen por confianza exclusivamente profesional. Por eso, aunque es un logro que el ejecutivo haya fijado un proceso meritocrático para los empleos de libre nombramiento y remoción, debe regularse un cauce de ingreso separado para quienes son gerentes públicos, y la razón es obvia: aunque en los dos casos existe discrecionalidad, tratándose de los últimos esta debe ser más limitada, lo cual no se cumple, pues el Decreto 1083 de 2015 incurre en el error de mezclar estas dos clases de empleados y fijar unas reglas de evaluación de competencias para puestos de trabajo en los que la ley reconoce una potestad de libre designación. Sin embargo, lo bueno es que con la norma la autoridad se autovincula y renuncia a una parte de su capacidad de elección, pero lo malo es que dichas reglas pueden ser fácilmente derogadas.

Se debe señalar que, en todo caso, el procedimiento debe lograr un equilibrio entre los principios de mérito y de confianza profesional. Se señala esto porque es criticable el traslado que ha hecho la Corte

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Constitucional del modelo de carrera administrativa a la lógica de la gerencia pública. Se está hablando específicamente del caso de los gerentes de las ESE, pues la ley establecía un procedimiento en el que debía conformarse una terna con las tres mejores calificaciones, dándole la posibilidad de elección dentro de la misma al nominador. Empero, el juez constitucional interpretó que esto no se ajustaba a la norma fundamental y condicionó la exequibilidad de la norma a respetar el estricto orden de los resultados, lo cual sería adecuado si se tratara de empleos de carrera administrativa pero, como se dijo, debe darse un margen de elección, pues el criterio técnico no es el único que debe ser tenido en cuenta. (...)

...aun cuando la selección no se desligue de la que se hace de los empleos de naturaleza política, lo cierto es que la mayor garantía para el desarrollo de una labor imparcial, y sobre todo técnica, es el reconocimiento de estabilidad en el empleo. Como este derecho no puede ser equiparable al reconocido a los empleados de carrera administrativa, se ha optado en ordenamientos jurídicos como el italiano por el reconocimiento de “períodos personales”, los cuales no necesariamente son coincidentes con los tiempos electorales. Se ha de señalar aquí que el tiempo de duración debe ser significativo para que la gestión tenga una incidencia real en la organización, pero sobre todo para evitar la contaminación política; de allí que cuando se disminuyó el término de cinco a tres años, la doctrina italiana señaló que tal reducción conducía a una peligrosa alternancia que daba cabida a que se introdujeran intereses clientelistas en el manejo de las organizaciones. La propuesta es de nuevo obvia: se trata de un aspecto que debe ser discutido y modificado, sobre todo si se tiene en cuenta que los acuerdos de gestión que se firman tienen una duración de un año, y que no se le reconoce una estabilidad de período; de hecho, en el artículo 47.2 de la Ley 909 de 2004 se establece una competencia de libre remoción.

En consecuencia, a esta altura se puede realizar una tercera propuesta:

La mayor garantía para la existencia de una verdadera función directiva es el reconocimiento de estabilidad durante un período significativo, derecho que debe estar supeditado a la ocurrencia de causas objetivas para proceder a la desvinculación o al incumplimiento del acuerdo de gestión que suscribe el gerente con la administración pública.

La permanencia en el empleo debe estar articulada con los compromisos adquiridos por el dependiente, no solo con respecto a los objetivos a alcanzar, sino con la manera como dispondrá de los recursos humanos, materiales y financieros que tiene a su disposición para poder concretarlos. Es preciso recordar que de lo que se trata es de dar un gran margen de maniobra, de allí que con el acto de nombramiento se firme un instrumento bilateral y se establezcan

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

dispositivos económicos, por ejemplo pólizas, para asegurar cualquier riesgo que pueda llegar a comprometer el patrimonio público»⁵.

Como lo ha manifestado la doctrina, en Colombia no se ha desarrollado de manera adecuada la figura del gerente público, pues la normativa hasta ahora ha identificado la misma con los cargos de libre nombramiento y remoción, aunque en la legislación se encuentren algunas excepciones a algunos aspectos de dicha categoría como a la discrecionalidad en el retiro, como lo es el caso de los gerentes de las empresas sociales del Estado, tal como se desprende del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en el cual se estableció un período institucional de cuatro años para el ejercicio de los mismos.

En ese sentido, es necesario que se tengan en cuenta las especiales condiciones para ejercer un cargo de esta naturaleza en donde confluye lo técnico con lo político.

Esta Sala comparte el criterio expuesto por la doctrina en relación con la discrecionalidad del nominador respecto de la elección, pues se debe diferenciar esta figura de aquellos cargos que pertenecen al sistema de carrera.

Así mismo, debido a que en la elección de los gerentes públicos confluyen consideraciones políticas y técnicas, es deseable que se determine qué actividades se deben manejar de manera más profesional, para que sean asignadas a los gerentes públicos.

Sin embargo, no se puede desconocer que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, salvo los casos expresamente regulados, se ha determinado la discrecionalidad en el ingreso y retiro de los gerentes públicos.

⁵ JORGE IVÁN RINCÓN. *Propuestas desde la función pública para la creación de un escenario de paz*. En: Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores). *La constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2016. pp. 563 – 566.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que debido a que hasta el momento se ha determinado que pertenecen a la categoría de libre nombramiento y remoción, en la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, se dispuso la posibilidad de que sean retirados por declaratoria de insubsistencia del nombramiento:

«Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción...

Artículo 50. Acuerdos de gestión.

(...)

Parágrafo. Es deber de los Gerentes Públicos cumplir los acuerdos de gestión, sin que esto afecte la discrecionalidad para su retiro».

De la anterior disposición cabe resaltar, que, para efectos de la insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, no es necesario un acto administrativo motivado.

Debido a que en el régimen especial de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN no se previó nada en relación con el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, ni con la categoría específica de los gerentes públicos, pues el artículo 54 del Decreto 765 de 2005 exclusivamente se refirió a los empleos de carrera, la norma general prevista en la Ley 909 de 2004 se les aplica a quienes ocupen dichos cargos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 *ibídem*, que señaló lo siguiente: «La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, se rige por los principios que orientan la permanencia en el servicio dispuestos en la Ley 909 de 2004 y por las reglas específicas contenidas en el presente decreto».

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

De lo expuesto se desprende que en principio no se advierte que se haya desconocido el procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto 1071 de 1999, pues en el mismo se incluyó el cargo de defensor del contribuyente y del usuario aduanero, dentro de los de libre nombramiento y remoción.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a continuación, se hará referencia a la causal de nulidad por desviación de poder.

3. De la desviación de poder.

3.1. Consideraciones generales de la desviación de poder

La mencionada causal de nulidad ha sido definida por la doctrina de la siguiente manera:

«Se refiere a la intención con la cual **la autoridad toma una decisión**, (...) **consiste**, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dice el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, “con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió”.

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación de poder. Por ejemplo, el alcalde de una ciudad expide una reglamentación sobre el funcionamiento de las salas de cine en su municipio, para lo cual puede estar autorizado legalmente, pero se logra probar que dicha reglamentación tiene por finalidad favorecer a una sala de cine en particular, en la cual él tiene intereses económicos.

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual, si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal. Por ejemplo, una ley reguladora de una contribución puede prever una exención para algún grupo determinado de personas, con la finalidad de estimular la actividad que desarrollan estas últimas. En este caso, frente a la

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

finalidad particular o concreta del legislador respecto de la exención, la autoridad administrativa encargada de hacer efectiva la contribución no podría pretender cobrarla a las personas beneficiarias de la exención, así fuera aduciendo una finalidad de interés general, como sería la necesidad apremiante de completar los recursos para poder terminar las obras a las cuales está destinada la contribución, pues esa determinación sería ilegal por cuanto ese fin es diferente del perseguido por la norma que consagró la exención.

Esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión. En muchas ocasiones la norma no expresa la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma»⁶.

Ahora bien, la jurisprudencia reciente se ha referido a la desviación de poder en los siguientes términos:

«La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, estos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas

⁶ LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17ª ed., Bogotá, Temis, 2011, págs. 312 y 313.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

necesarias “que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.”

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público.

De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

En el presente caso el apoderado de la demandante sustenta esta causal en el hecho de que la persona que la reemplazó, no mejoró el servicio. Al respecto se advierte que tal particularidad no se encuentra probada, como tampoco que su reemplazo no reuniera los requisitos exigidos para el empleo de Asesor código 1020 grado 16»⁷.

Como se desprende de la cita, la desviación de poder consiste en el ejercicio de una atribución para la que el funcionario tiene competencia, pero en el que persigue un fin distinto del que permite o establece la norma.

Ahora bien, es preciso realizar unas consideraciones adicionales, que resultan pertinentes por la particularidad que se predicen de esta causal de nulidad, cuando se analiza la insubsistencia del nombramiento de un servidor público de libre nombramiento y remoción.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, expediente 01507 de 2018, magistrado ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

3.2. La desviación de poder en el caso de insubsistencia de servidores públicos de libre nombramiento y remoción

De acuerdo con las consideraciones realizadas, debido a las condiciones propias de un servidor público de libre nombramiento y remoción, resulta ajustado a la legalidad el acto administrativo de insubsistencia con el fin del mejoramiento del servicio, siempre que la decisión no resulte arbitraria y que no se evidencie un grosero desmejoramiento del servicio.

Sin embargo, en virtud de la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos, le corresponde a quien alega la nulidad del acto que declara la insubsistencia del nombramiento, demostrar sin asomo de duda, que se produjo a partir de motivos que nada tienen que ver con el mejoramiento del servicio.

Así lo ha señalado esta corporación en los siguientes términos:

«Tratándose de presunciones de ley, el hecho presumido se entiende ocurrido y la contraparte tiene la carga de la prueba de hechos contrarios que desvirtúen su ocurrencia.

Para el caso presente, el hecho presumido es que la motivación de la insubsistencia, se orientó por razones del buen servicio y debe el demandante -que considere que ello no ha ocurrido-, demostrar en el proceso, con suficiencia, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a razones ajenas y diferentes al buen servicio, que por ser tales, constituyen una desviación del poder que la ley otorga el funcionario nominador.

Ahora bien, para que la desviación del poder pueda entenderse acreditada como vicio del acto de insubsistencia discrecional, tratándose de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, **debe soportarse en pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio; o de que el cambio de empleado generó o generará -con certeza-, una desmejora del servicio público.** Solo así se puede aceptar -causal o consecencialmente-, que ocurrió una desviación del poder del nominador, situación que no es la del presente proceso.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Los testimonios recaudados, por no ser prueba directa del hecho, carecen de la contundencia exigida tal como lo considera el salvamento de voto a la sentencia del a quo; y los documentos aportados sobre reconocimientos hechos al actor con anterioridad a la insubsistencia, por falta de pertinencia, pueden considerarse como un simple indicio. No se observa prueba alguna dirigida a demostrar -consecuencialmente- la desviación del poder, acreditando que quien reemplazó al demandante en el cargo tenía condiciones de formación, experiencia o actitud inferiores a las de éste, o acreditando que efectivamente el servicio disminuyó su eficiencia o eficacia con el cambio de funcionario.

Cuando en un proceso judicial se aduce un hecho que pretende desvirtuar una presunción legal, dicho hecho debe estar debida y suficientemente probado para que produzca el efecto pretendido.

Esta situación se hace especialmente rigurosa tratándose de empleados que ocupan cargos señalados en las normas, como de libre nombramiento y remoción para los cuales, el ejercicio de la facultad discrecional le permite al nominador designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones (facultad discrecional de nombramiento); y cuando no lo son, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales (retiro discrecional)»⁸.

Como se desprende de lo anterior, le corresponde a la parte actora demostrar, más allá de toda duda, que la declaración de insubsistencia del nombramiento objeto de la presente controversia se presentó con una motivación o intención oscura, según lo afirmó, alejada del buen funcionamiento de la administración, ajeno a cualquier interés público, o que desde el momento en que fue adoptada la decisión, se podía advertir, de manera evidente, que se presentaría un grave desmejoramiento del servicio.

3.3. De la desviación de poder en el caso concreto.

En el caso concreto, el actor argumentó que se presentó el defecto de desviación de poder por cuanto obtuvo muy buenas calificaciones en su desempeño y a su vez, porque la entidad demandada no probó que el acto de desvinculación mejoraría el servicio o que tuviera la intención de hacerlo.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2003, expediente 2199-02, magistrado ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

En ese sentido indicó que la intención fue oscura en razón a que no se trataba de seleccionar un funcionario de carrera de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, sino del cumplimiento del procedimiento establecido en el Decreto 1071 de 1999 y que al no motivar el acto de desvinculación no se conocen cuáles fueron las razones que tuvo en cuenta el nominador, argumentos que considera suficientes para que se declare nulo el acto administrativo demandado.

Ahora bien, debe señalarse que las condiciones profesionales y las buenas calificaciones en el desempeño de las funciones del actor son calidades exigibles de cualquier empleado público y por tal razón no le dan algún fuero de estabilidad laboral, máxime cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Además, es preciso poner de presente que debido a las buenas calificaciones que obtuvo durante su trayectoria en la entidad, se le ofreció la posibilidad de participar en las ternas para continuar en el desempeño del cargo, pero fue el mismo actor quien se abstuvo de participar en el proceso de selección, motivo por el cual era claro para el señor SERRANO QUINTERO que la entidad pretendía evaluar nuevamente los méritos de diferentes aspirantes al cargo, dado que se trataba de un empleo que hasta la fecha ha sido catalogado como de libre nombramiento y remoción.

En ese sentido, era previsible que la determinación del actor de abstenerse de participar en el proceso de selección desembocara en una declaración de insubsistencia del nombramiento, pues precisamente por tratarse de un cargo de dirección, el legislador ha previsto una amplia discrecionalidad tanto en el momento de la vinculación como del retiro.

Por otra parte, como ya se mencionó, es al demandante a quien le corresponde probar los elementos constitutivos de la desviación de poder, no al demandado, de ahí que no sea válido afirmar que existe el mencionado defecto en razón a que la entidad no logró probar el mejoramiento del servicio.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Así las cosas, no encuentra esta sala que se haya presentado desviación de poder por parte del director de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUNAS NACIONALES– DIAN, toda vez que no se probó algún elemento del fuero interno del nominador tendiente a desmejorar el servicio, tampoco que tuviera algún interés particular en el acto proferido, o que la persona a quien seleccionó en el cargo que ocupaba el actor no contara con las calidades que exige la ley para prestar el servicio.

Además, cabe recordar que el margen de discrecionalidad es proporcional al nivel al que pertenezca el cargo, y en ese sentido será mayor mientras que la posición sea más importante dentro de la entidad u organismo público, tal como sucede en el presente proceso, pues se reitera que se trata de un empleo del nivel directivo que pertenece a los cargos de gerentes.

En ese orden de ideas, se debe señalar que no le es dado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo sustituir la voluntad de la administración respecto de la opción adoptada, sino que exclusivamente se debe circunscribir a realizar un análisis de la legalidad de la decisión.

4. De la falta de motivación.

Con respecto a la falta de motivación del acto demandado, advierte esta sala que, en algunos casos, como en los eventos en los cuales se trata de la insubsistencia de servidores de libre nombramiento y remoción, el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto que es posible expedir los actos sin dejar constancia de los motivos en el mismo.

Además, es preciso tener en cuenta que, si bien en el recurso de apelación se hizo mención de la obligación de dejar constancia de los motivos de la insubsistencia en la hoja de vida, dicha afirmación no se realizó en la demanda, motivo por el cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

ADUNAS NACIONALES– DIAN, no tuvo la posibilidad de defenderse de tales argumentos y por lo mismo no son de recibo en esta etapa procesal.

Sin embargo, es preciso indicar que esta corporación ha manifestado que la falta de anotación en la hoja de vida no da lugar a que se declare la nulidad del acto administrativo, en los siguientes términos:

«La falta de anotación en la hoja de vida de las circunstancias de hecho y las causales de remoción del empleado, no genera la nulidad del acto de insubsistencia y tampoco es un requisito de existencia ni de validez del mismo, puesto que se expresa mediante una actuación posterior e independiente del retiro del servicio como una garantía para el afectado con la decisión de tener la certeza de que el acto de desvinculación se ajustó a los límites de la potestad discrecional del nominador. Por otra parte, en su extensa jurisprudencia, ha dicho el Consejo de Estado que el solo hecho de que un empleado de libre nombramiento y remoción desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta, per se no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente. La hipótesis contraria implicaría que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de tal condición, máxime que el óptimo desempeño en el ejercicio de un cargo responde a la obligación que tiene todo servidor público de cumplir con la Constitución y la Ley desde el momento en que lo ejerza. Finalmente, esta Corporación ha señalado que la facultad discrecional del nominador no se enerva por la presentación de acusaciones disciplinarias contra el servidor público de libre nombramiento y remoción, ni por la iniciación de un proceso disciplinario interno o externo, y por tanto, el acto de remoción en esas circunstancias, en sí mismo, no adquiere carácter sancionador, pues la facultad discrecional es autónoma e independiente de la potestad disciplinaria, es decir, no pende de ésta para nada. De ahí que, para el ejercicio de la atribución de desvinculación de servidores que no gozan de estabilidad, no es indispensable efectuar una previa investigación administrativa con traslado de cargos al empleado, porque así no está dispuesto en el marco legal, ni así lo ha considerado el desarrollo jurisprudencial, y por ello no puede resultar afectado el debido proceso y el derecho de defensa»⁹.

De acuerdo con lo anterior, no habría razones suficientes para que se declare la nulidad de los actos demandados, pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 21 de junio de 2018, expediente 2637-14, magistrado ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01
Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

4. Costas.

En el caso concreto se advierte que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUNAS NACIONALES– DIAN actuó en el trámite de la segunda instancia y que el recurso de apelación fue resuelto de manera desfavorable a los intereses de la parte actora. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se condenará en costas en la segunda instancia al señor GUSTAVO ADOLFO SERRANO QUINTERO.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia del 22 de mayo de 2015 a través de la cual el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, negó las pretensiones de la demanda de la referencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte actora, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 365 del Código General del Proceso.

TERCERO: En firme esta decisión, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Radicado: 68001-23-33-000-2014-00216-01

Actor: Gustavo Adolfo Serrano Quintero

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS