



República de Colombia
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección 7
Magistrada Ponente: Dra. Patricia Salamanca Gallo

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: Myriam Montaña Espinel
Demandado: Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores
Expediente: 1100133420502018-00147-02
Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación (*archivo 29 expediente digital*) presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 (*archivo 27 carpeta 3 expediente digital*) por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Myriam Montaña Espinel, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de la **Resolución No. 8891 del 15 de noviembre de 2017**, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en **el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática código 4850, grado 26** del Ministerio de Relaciones Exteriores el cual ocupaba en virtud de la **comisión de servicios** que le concedió la Entidad como empleada de carrera administrativa, para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la Entidad accionada reintegrar a la demandante a un cargo de igual o superior categoría al que ella venía ocupando como Auxiliar de Misión Diplomática "*hasta la fecha en que sea incluida en nómina de pensión de vejez*".

Así mismo, deprecia el pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde la fecha de retiro y hasta el día en que sea reintegrada, sin solución de continuidad, “a la tasa de cambio certificada por el Banco de la República para las fechas que debieron realizarse los pagos si ella hubiese estado vinculada.”. En términos similares a la anterior pretensión, se plantea otra bajo la denominación de “*subsidiaria*”¹.

Adicionalmente, se reclama el pago de la indexación de las sumas de dinero que sean reconocidas conforme al artículo 187 del CPACA y se condene en costas a la parte demandada, incluyendo las agencias en derecho, en los términos de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

2. Hechos

La parte actora refiere que el 8 de octubre de 1985 la señora Myriam Montañó Espinel fue nombrada en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 5120 grado 09 del Ministerio de Relaciones Exteriores e inscrita en el escalafón de Carrera Administrativa el 29 de agosto de 1988. Agrega que luego de varias modificaciones en la planta de personal de la Entidad, finalmente el empleo se identificó como Auxiliar Administrativo, código 4044, grado 20.

Afirma que el 27 de septiembre de 2011, la Entidad le concedió a la demandante **comisión de servicios** por el término de 3 años para desempeñar el cargo “*de libre nombramiento y remoción*” de **Auxiliar de Misión Diplomática código 4850 grado 26** de la Planta de Personal de Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General de Colombia en Newark (Estados Unidos). Dicho término empezó a correr desde el 1º de noviembre de 2011, cuando la accionante se posesionó en el cargo.

Señala que el 16 de octubre de 2014, el Ministerio de Relaciones Exteriores prorrogó la referida comisión por 3 años más, y la dio por terminada a partir del **1º de noviembre de 2017**.

Argumenta que en el cargo de **Auxiliar de Misión Diplomática** la demandante cumplió funciones en el Consulado de Colombia en Newark (Estados Unidos) relativas a la atención de público para suministrar información de los servicios y trámites a cargo del consulado, cedulaación, actos notariales, pasaportes y apoyo

¹ Ver folio 103 del archivo 2 del expediente digital.

administrativo en los informes de esas labores, las cuales no tienen “*carácter de especial confianza intuitu personae*”, ni se relacionan con algún asunto “*sometido al ámbito de la reserva por razones de seguridad nacional u orden público.*”

Afirma que solicitó a la Entidad demandada, de manera insistente, que le aceptara la renuncia al cargo de carrera administrativa, con el fin de permanecer en el referido empleo de libre nombramiento y remoción hasta cumplir la edad para pensión, sin obtener respuesta favorable.

Menciona que mediante Resolución No. 8891 del 15 de noviembre de 2017 la Ministra de Relaciones Exteriores **declaró insubsistente el nombramiento de la demandante** en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática código 4850 grado 26.

Argumenta que la persona que designaron en su reemplazo no cuenta con la experiencia laboral para el empleo, ni es servidora de carrera administrativa de la Entidad demandada.

Señala que es madre cabeza de familia, que al momento de su retiro del servicio le faltaban 3 años para pensionarse y que no cuenta con otro ingreso que le permita completar el tiempo para pensión, ni cubrir los gastos de su sostenimiento, ni los de su hijo.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estima violados los artículos 4, 6, 21, 25, 29, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; 26 de la Ley 790 de 2002; 12 de la Ley 812 de 2003; 1 y 12 de la Ley 909 de 2004; 26 de la Ley 1437 de 2011; así mismo, los artículos 44, 137 y 138 del Decreto 2400 de 1968 y 8 del Decreto 190 de 2003. Adicionalmente, considera desconocidos los artículos 14, numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8, 9 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cita como fundamento jurisprudencial las sentencias proferidas por la Corte Constitucional C-991 de 2004 y T-357 de 2016 y dictadas por el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, el 26 de enero de 2017 y el 8 de junio de 2017.

Cabe precisar que en el auto proferido en este proceso el 4 de octubre de 2019 (archivo 9 exp. digital) esta Sala de Decisión confirmó la decisión del *a quo* de negar

la excepción de ineptitud de la demanda, al considerar que, **si bien la parte actora no desarrolló el capítulo de concepto de violación**, lo cierto es que en los fundamentos fácticos fueron expuestas las razones por las cuales debe declararse la nulidad del acto acusado.

Así las cosas, los argumentos del concepto de violación planteados por la parte demandante pueden resumirse y agruparse de la siguiente manera:

- **Argumentos relacionados con hechos previos a la declaratoria de insubsistencia de la demandante**

- Refiere que la demandante con el propósito de permanecer en el cargo de libre nombramiento y remoción de auxiliar de misión diplomática hasta que cumpliera la edad de pensión y fuese incluida en nómina, presentó ante la Dirección de Talento Humano del ministerio de Relaciones Exteriores *“renuncia al escalafón de carrera administrativa”*, sin embargo, la Entidad no accedió a su solicitud, a pesar de que en otros casos similares el Ministerio le había permitido al empleado quedarse en el exterior hasta que completara el término para pensionarse *“(siempre inferior a 3 años)”*.

- Afirma que en su condición de madre cabeza de familia solicitó que le fuera concedida licencia no remunerada, con el fin de permanecer en los Estados Unidos hasta junio de 2018, fecha en que su hijo terminaba estudios de secundaria, petición que la Entidad demandada negó por necesidades del servicio.

- **Argumentos relacionados con el acto de declaratoria de insubsistencia de la accionante.**

- Indica que la Entidad no le dio a conocer los hechos y las causas por las cuales fue declarada insubsistente del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, lo que impide establecer la racionalidad y proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional.

- Señala que las funciones que desempeñó la accionante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática corresponden a labores de asistencia administrativa, relativas a la función notarial y de registro, que no tienen el carácter de especial confianza –*“intuitu personae”* para el Cónsul, ni son del ámbito exclusivo de reserva, por razones de seguridad nacional u orden público.

- Señala que la persona que la reemplazó en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática código 4850 grado 26 adscrito al Consulado General de Colombia en Newark, fue la señora Carolina Zabala Paz, *“quien, al parecer, no goza ni de la experiencia laboral ni es funcionaria de carrera administrativa.”*

4. Contestación de la demanda

El apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores (archivo 5 exp. digital) se opuso a las pretensiones de la demanda al señalar que el acto demandado se expidió en estricto cumplimiento de los deberes legales que le asisten a la Entidad.

Precisa que la Entidad le concedió a la demandante Comisión de Servicios frente al cargo que desempeñaba en carrera administrativa, con el fin de que se ocupara el empleo de libre nombramiento y remoción de Auxiliar de Misión Diplomática, aclarándole que debía asumir el empleo de carrera, una vez se terminara el plazo de la comisión, o en caso de renuncia o retiro del cargo de libre nombramiento y remoción.

Aduce que la renuncia al escalafón de la carrera administrativa presentada por la demandante no fue aceptada porque no se ajustó a lo establecido en el Decreto 648 de 2017 y por cuanto la accionante se encontraba en el retén social por su calidad de prepensionada.

Argumenta que la demandante no se reintegró a su cargo de carrera administrativa el 1° de noviembre de 2017, razón por la cual la Entidad demandada inició la actuación administrativa correspondiente para determinar la vacancia definitiva del cargo de carrera administrativa del cual era titular la demandante, proceso que culminó con la expedición de la Resolución No. 5628 de 6 de julio de 2018, mediante la cual se declaró la vacancia del empleo por abandono del cargo.

Sostiene que la demandante a pesar de conocer no solo la naturaleza de su nombramiento y la obligatoriedad de regresar a ocupar su cargo de carrera administrativa hizo caso omiso, pretendiendo perpetuar su nombramiento en detrimento de la confianza legítima de la administración pública.

Indica que la persona que reemplazó a la demandante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, Código 4850, Grado 26, adscrito al Consulado General de Colombia en Newark, Estados Unidos, cumple con los requisitos profesionales y académicos, determinados en el manual de específico de funciones de la Entidad, para desempeñar dicho empleo.

5. Sentencia recurrida

El Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 12 de agosto de 2021 (*archivo 27 exp. digital*) negó las pretensiones de la demanda, sin condena en costas.

➤ Afirma que en este caso se demostró que la demandante se encontraba inscrita en el cargo de carrera administrativa de Auxiliar Administrativo Código 4044, Grado 20, de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores. Afirma que a la accionante le fue concedida comisión de servicios para desempeñarse en el empleo de libre nombramiento y remoción de Auxiliar de Misión Diplomática, Código 4850, Grado 26, adscrito al Consulado General de Colombia en Newark, Estados Unidos.

➤ Señala que la parte actora argumentó, en los alegatos de conclusión, que **el cargo de auxiliar de misión diplomática** no corresponde a un empleo de libre nombramiento y remoción, lo cual no fue planteado en sede administrativa, ni con la demanda, sino de manera extemporánea, por lo que no puede ser materia de análisis en este proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, expone que el **Decreto 274 de 2000** por el cual se regula la carrera consular y diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores estableció de manera clara que dentro de los empleos de libre nombramiento y remoción se encuentran los de apoyo en el exterior –entre ellos el de Auxiliar de Misión Diplomática-, adscritos a los despachos de los jefes de misión, cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad.

➤ Precisa que **la comisión de la demandante para desempeñar el cargo de auxiliar de misión diplomática** fue prorrogada hasta completar los 6 años máximos previstos en las reglas generales de carrera administrativa a las que remite el Decreto 274 de 2000, razón por la cual, no era posible continuar extendiendo la

permanencia de la accionante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática y por lo mismo, la accionante debió reintegrarse al empleo del cual ostentaba derechos de carrera.

➤ Indica que **la accionante presentó renuncia al cargo de carrera** (Auxiliar Administrativo Código 4044, Grado 20) con el fin de permanecer en el empleo de libre nombramiento y remoción (auxiliar de misión diplomática) hasta que cumpliera con la edad para pensionarse por vejez; ante lo cual Entidad demandada decidió no aceptar la renuncia.

El *a quo* considera que le asiste razón a la accionada en cuanto a la improcedencia de dicha renuncia, por cuanto en el cargo de libre nombramiento y remoción la demandante no tenía seguridad de continuar vinculada hasta el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, porque podía ser retirada en cualquier momento, mientras que el de carrera le ofrecía una estabilidad efectiva para continuar vinculada hasta que obtuviera la pensión.

➤ Menciona que la demandante, previo a su retiro del cargo de libre nombramiento y remoción, también solicitó **licencia ordinaria** (no remunerada) la cual negó la Entidad accionada por necesidades del servicio. Precisa que la condición de madre cabeza de familia, en la cual se sustentó la licencia, no fue demostrada en sede administrativa, ni judicial.

Expone que los testimonios rendidos por el señor Jaime Alberto Acosta Carvajal y Darwin Theus Medina dieron cuenta que la demandante vivía únicamente con su hijo en New Jersey, pero no se confirmó que ella fuera la única responsable de su sostenimiento. Agrega que no se acreditó la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito para sustentar la licencia.

➤ Sostiene que no se demostró la presunta vulneración al **derecho de igualdad de la accionante** porque supuestamente servidores en la misma condición de la demandante pudieron continuar en el cargo de libre nombramiento y remoción, hasta cumplir con el tiempo correspondiente para pensionarse, pues no se acreditó que a otros servidores prepensionados se les haya aceptado la renuncia al cargo de carrera administrativa, u otorgado licencia ordinaria, después de

terminada la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, con el fin de permanecer en él.

➤ Manifiesta que contrario a lo indicado por la accionante, se probó que la persona nombrada en su reemplazo en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, esto es, la señora Diana Carolina Zabala Paz, cumplía con los requisitos dispuestos para ocupar dicho cargo, pues con la información reportada en su hoja de vida se verificó que cumplió con los requisitos de estudio y experiencia contemplados en el manual de funciones de la planta de personal de la Entidad demandada para ese cargo.

➤ Concluye la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado, por el contrario, se acreditó que el fundamento para la declaratoria de insubsistencia de la demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción fue la terminación de la comisión para desempeñar el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, el cual se encuentra ajustado a derecho. En consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

6. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora solicita que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar, se acceda a las pretensiones (*archivo 29 expediente digital*). En este sentido, expone sus argumentos frente a los siguientes planteamientos:

➤ Señala que el *a quo* omitió pronunciarse sobre naturaleza del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, código 4850, grado 26, adscrito al Consulado General de Colombia en Newark, Estados Unidos de América que ocupaba la demandante, a pesar de que en los hechos 9 y 10 de la demanda se explica que este no cumplía con función alguna de especial confianza “-*intuitu personae*”, ni tenía asignado asuntos sometidos al ámbito exclusivo de la reserva por razones de seguridad nacional u orden público, por lo que no se podía considerar como de libre nombramiento y remoción.

Afirma que el Juez desconoció que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, literal j y 7º del Decreto Ley 274 de 2000 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado “*que ampliamente se expone en el escrito de*

alegatos de conclusión”, dicho cargo pertenece a la carrera administrativa porque funcionalmente no cumple con las condiciones excepcionales para ser un empleo “cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad (...)por esta razón era indispensable la motivación del acto demandado, requisito que constituye causal de nulidad del acto demandado: falta o ausencia de motivos.”

➤ Argumenta que el acto demandado se encuentra afectado por **desviación de poder** por cuanto la Entidad accionada incurrió en una “*actuación autoritaria*” al negarse a tramitar de manera favorable la renuncia voluntaria presentada a los derechos de carrera sin justificación seria, objetiva, precisa y argumentada, desconociendo la normatividad y el precedente judicial aplicable frente a los requisitos exigidos para el efecto. Así mismo, se negó a aprobar la licencia ordinaria no remunerada que la accionante requería para solucionar su situación familiar en los Estados Unidos, sin demostrar las verdaderas necesidades del servicio.

Agrega que “*La actuación autoritaria de la administración, respetuosamente la resumo con dos expresiones que no atienden al interés general: ‘se regresa a planta interna o se va de la entidad’, sin consideración legal ni fáctica alguna.*”

Afirma que en el expediente se demostraron las circunstancias personales, familiares y laborales de la demandante quien, en comunicación del 24 de agosto de 2017, le solicitó a la Ministra María Ángela Holguín Cuéllar, que le permitiese permanecer en el cargo que desempeñaba como Auxiliar de Misión Diplomática, por un corto tiempo más, expresando libremente “*la posibilidad de renunciar a sus derechos de carrera administrativa como lo prevé la norma*”.

Indica que el *a quo* no tuvo en cuenta que esta solicitud estaba respaldada por su Jefe inmediato, el entonces Cónsul General de Colombia en Newark, Embajador Jaime Alberto Acosta Carvajal, en comunicaciones que obran dentro del expediente, circunstancias confirmadas en los testimonios del Embajador Jaime Acosta Carvajal y del señor Darwin Theus Medina.

7. Trámite en segunda instancia

Recibido el expediente proveniente del Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, se admitió el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la parte actora (*archivo 7 expediente samai*). Así mismo, se ordenó notificar al Ministerio Público en forma personal; y no se dispuso correr traslado de

alegatos en los términos del artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, como quiera que no se decretaron pruebas en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES

Surtido el trámite de segunda instancia y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponda de la siguiente manera.

1. Cuestión previa

La Sala considera importante realizar las siguientes **precisiones frente a los cargos de nulidad formulados en el presente asunto**:

Es del caso recordar que mediante auto proferido en este proceso el 4 de octubre de 2019 (archivo 9 exp. digital) esta Sala de Decisión confirmó la decisión del *a quo* de negar la excepción de ineptitud de la demanda, al considerar que **si bien la parte actora no desarrolló el capítulo de concepto de violación**, lo cierto es que en el acápite de hechos de la demanda, fueron expuestas las razones por las cuales debe declararse la nulidad de la Resolución No. 8891 del 15 de noviembre de 2017 que declaró insubsistente el nombramiento de la accionante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, las cuales pueden agruparse en los siguientes temas:

i) Argumentos relacionados con hechos previos a la declaratoria de insubsistencia de la accionante, y

ii) Argumentos relacionados con el acto de declaratoria de insubsistencia de la accionante.

Dentro de este último grupo, la Sala ubica el planteamiento, según el cual, las funciones que desempeñó la accionante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, corresponden a labores de asistencia administrativa, relativas a la función notarial y de registro, que no tienen el carácter de especial confianza – *“intuitu personae”* para el Cónsul, ni son del ámbito exclusivo de reserva, por razones de seguridad nacional u orden público.

Para la Sala, a diferencia de lo señalado por el *a quo*, de los anteriores argumentos, se puede inferir que en la demanda si se cuestionó la naturaleza del cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, de manera que no puede considerarse que este cargo de nulidad fue planteado de manera extemporánea en los alegatos de conclusión.

Cabe precisar que aun cuando el Juez de instancia señaló que no era procedente realizar un estudio de fondo frente a dicho argumento, en sus consideraciones precisó que el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática que desempeñaba la demandante, por encontrarse adscrito a los despachos de los jefes de misión, su naturaleza corresponde a uno de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, la Sala estudiará de fondo el cargo de apelación formulado por la parte actora en relación con este punto, el cual será confrontado con el anterior argumento formulado por el *a quo*.

Frente a los demás cargos de apelación, se advierte que a pesar de que solo hasta el recurso de alzada la parte actora menciona la **causal de ilegalidad de desviación de poder**, lo cierto es que los planteamientos que la desarrollan guardan congruencia con los expuestos en la demanda, con fundamento en lo cual señala que la Entidad demandada adoptó una decisión arbitraria, razón por la cual se analizará también tal argumento.

2. Problema jurídico

Conforme a los argumentos del recurso de apelación, el problema jurídico se contrae a establecer **(i)** si le asiste razón a la parte actora al afirmar que el cargo del cual fue declarado insubsistente la demandante, pese a estar catalogado como de libre nombramiento y remoción, no cumple con las características de empleos de esta naturaleza; y **(ii)** si el acto por medio del cual fue desvinculada la demandante debe ser declarado nulo por estar afectado por desviación de poder.

Para resolver el problema jurídico, la Sala abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

3. De la naturaleza del cargo

La parte actora señala que el empleo de **auxiliar de misión diplomática, código 4850, grado 26**, frente al cual fue declarada insubsistente la demandante, **corresponde a un cargo de carrera**, dada la naturaleza de las funciones simplemente operativas, administrativas o de apoyo que cumplía, las cuales no requieren un grado considerable de confianza o confidencialidad.

El Decreto 274 de 2000 “*por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, en el artículo 5º estableció que los cargos del Ministerio de Relaciones Exteriores son de libre nombramiento y remoción, de carrera diplomática y consular y, de carrera administrativa.

De conformidad con el artículo 6.º *ibídem*, son cargos de libre nombramiento y remoción, los siguientes:

- a. Viceministro.*
- b Secretario General.*
- c. Directores: Técnico, Operativo y Administrativo y Financiero.*
- d. Director de la Academia Diplomática.*
- e. Director del Protocolo.*
- f. Subsecretarios.*
- g. Jefes de Oficina Asesora.*
- h. Empleos de cualquier nivel jerárquico adscritos al Despacho del Ministro o de los Viceministros, cuyo ejercicio implique confianza, y que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo.*
- i. Agregado Comercial.*
- j. **Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el Artículo 7º de este Decreto.***
- k. Aquellos empleos que posteriormente sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta a las antes mencionadas, pero que pertenezcan al ámbito de Dirección o Conducción Institucional, o Manejo y Confianza”.*

Respecto a los empleos de apoyo en el exterior, el artículo 7º de este mismo Decreto previó que se trata de aquellos cargos cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad.

La Corte Constitucional en la sentencia C-808 de 2001 declaró exequible el literal j) del artículo 6.º y el artículo 7º del Decreto 274 del 200, al señalar:

“El literal j del artículo 6, junto con los artículos 2, 7 y 88 establecen que es de libre nombramiento y remoción el personal de apoyo en el exterior, con lo cual, según el actor, trasgreden los límites constitucionales de la potestad legislativa para crear excepciones al régimen de carrera previsto en el artículo 125 de la Carta. Para el actor el criterio “considerable confianza y

confidencialidad” con los que el legislador define a los empleos de apoyo en el exterior, es común a todos los cargos del servicio diplomático y consular y por esta vía se invierte la regla general de carrera administrativa por la de libre nombramiento y remoción.

De conformidad con la definición que trae el mismo Decreto 274 de 2000, es cierto que estos cargos no son empleos propios de los niveles profesional, ejecutivo o directivo, no cumplen funciones de orientación política, ni de dirección u orientación institucional. Se trata de empleos cuyas funciones son asistir al Jefe de Misión en el desempeño de sus funciones, generalmente en labores domésticas, de mantenimiento de la oficina y residencia y de manejo de correspondencia. No obstante, su incorporación dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción se justifica por la especial relación de confianza, cercanía, seguridad e intimidad familiar que este personal tiene con el Jefe de Misión y su familia. Al igual que las funciones que desempeña el personal de servicio administrativo en el exterior, el personal de apoyo cumple tareas operativas, pero se distinguen de aquellos por la especialísima relación de confianza que une a estos últimos con el Jefe de Misión y su familia, otra razón más para que puedan ser excluidos de la carrera.

Como quiera que el personal de apoyo en el exterior no ejerce funciones propias de la carrera diplomática y consular, sino cumple tareas de asistencia y ayuda para el Jefe de Misión y su familia, cuyo ejercicio cabal depende de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza, se justifica que sea de libre nombramiento y remoción y que no les sean aplicables los principios propios de la carrera diplomática y consular, tales como el de alternación de que trata el artículo 88. Por estas razones, se declarará la constitucionalidad del literal j del artículo 6 y de los artículos 2, 7 y 88 del Decreto 274 de 2000”. (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el literal b) del numeral 2º del artículo 5.º de la Ley 909 de 2004, estableció que:

“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de: (...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: (...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:(...)

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior”.

Así las cosas, la Sala colige que el personal de apoyo en el exterior adscrito al Despacho de los jefes de misión, como el de Auxiliar de Misión Diplomática que desempeñaba la accionante, cuyo desempeño comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad, son de libre nombramiento y remoción, dado que

su función principal es la de asistirlo en el desempeño de sus funciones, razón por la cual el cargo de apelación planteado por la parte actora en este punto no está llamado a prosperar.

4. De la desviación de poder

En cuanto a la causal de ilegalidad de **desviación de poder**, la Sala precisa que esta surge cuando la autoridad pública ejerce las atribuciones de las cuales está revestida, con el fin de obtener fines distintos a los que persigue la ley, situación que, en casos como el presente, implica indagar en las razones que tuvo en cuenta el funcionario para adoptar la decisión, razón por la cual para encontrar acreditado el vicio se debe auscultar en el aspecto volitivo del servidor que expidió el acto.

Frente a la prueba de esta particular causal de nulidad, ha señalado la jurisprudencia que se debe llevar al juzgador a la convicción plena, que la **intención** de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y que se usó con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, posición que se plasmó así en sentencia de 11 de noviembre de 2021 en donde se indicó:

*“58. La demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la **demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar**”².*

(...)

*61. Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la **definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta corporación ha sostenido que «[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de***

² Cita del texto original. “*Ibidem*. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.”

que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.[...]»³.⁴

En el caso concreto, la parte actora argumenta que la Entidad accionada profirió una decisión **autoritaria** al haber declarado insubsistente a la demandante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, pues le negó la posibilidad de permanecer en dicho empleo, a pesar de que le puso de presente situaciones personales que daban cuenta de la necesidad de continuar en la ciudad donde laboraba en los Estados Unidos.

Conforme a las pruebas aportadas al proceso, la Sala observa que la demandante fue nombrada en el año 1985, e inscrita en el Escalafón de Carrera Administrativa en el año 1988, en el cargo que, para el momento de la presentación de la demanda, corresponde al de **Auxiliar Administrativo, código 4044, grado 20** de la Planta Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores (f. 51s archivo 2 exp. digital).

El **27 de septiembre de 2011** la Ministra de Relaciones Exteriores **concedió** la **comisión** solicitada por la demandante para desempeñar el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, código 4850, grado 26, de la planta de personal del despacho de los jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas, adscrito al Consulado de Newark E.E.U.U. en los siguientes términos (f. 74s archivo 2 exp. digital):

“ARTICULO 1°.- Conceder Comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción a la señora MYRIAM MONTAÑO ESPINEL, identificada con cédula de ciudadanía nítrelo 39 731.175 en el cargo de AUXILIAR DE MISIÓN DIPLOMÁTICA, código 4850, grado 26 de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares adscrito al Consulado General de Colombia en Newark, Estados Unidos de América. a partir de la fecha de posesión y por el término de tres (3 años).

ARTÍCULO 2°.- La funcionaria MYRIAM MONTAÑO ESPINEL, deberá asumir el empleo del cual ostenta derechos de carrera, al término de la comisión o cuando renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción y sea retirada del mismo antes de cumplirse el término de la comisión.

PARÁGRAFO: De no cumplirse lo establecido en el artículo 2° de la presente resolución la entidad declarará la vacancia de este [el cargo de carrera] y lo proveerá en forma definitiva. De esta novedad se informará a la Comisión Nacional Del Servicio Civil.”

³ Cita del texto original: “Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2016-03454-01(4673-18), Actor: Héctor Osvaldo Galindo Ávila, Demandado: Departamento de Cundinamarca - Gobernación de Cundinamarca.

La citada comisión fue prorrogada “*a partir del 01 de noviembre de 2014, hasta por el término de 3 años*” (f. 86s archivo 2 exp. digital).

Posteriormente, el **15 de agosto de 2017**, la Directora de Talento Humano del Ministerio de relaciones Exteriores **dio por terminada la comisión** que le había sido otorgada a la demandante para desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción disponiendo expresamente que “*La funcionaria MYRIAM MONTAÑO ESPINEL, deberá asumir a partir del 1° de noviembre del 2017, el cargo de Auxiliar Administrativo, código 4044, grado 20, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores. (...) De no cumplirse lo establecido en el adiado 2° de la presente resolución, la entidad declarará la vacancia de éste y lo proveerá en forma definitiva. De esta novedad se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.*” (f. 76s archivo 2 exp. digital).

A través de la **Resolución No. 8891 del 15 de noviembre de 2017 -acto demandado-** la Entidad accionada **declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, Código 4850, Grado 26** y advirtió que la accionante contaba con el tiempo previsto en el artículo 88 del Decreto No. 274 de 2000⁵, para dejar el cargo y regresar a Colombia [*“dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.”*]. Decisión **notificada personalmente** a la demandante el 21 de noviembre de 2017 (f. 101 archivo 2 exp. digital).

Así las cosas, la Sala advierte que contrario a lo señalado por la demandante, su declaratoria de insubsistencia **no fue autoritaria, ni abusiva**, por las siguientes razones:

1. Como quedó expuesto en el capítulo precedente, el cargo de **Auxiliar de Misión Diplomática** que desempeñaba la accionante es un empleo **de libre nombramiento y remoción**, conforme lo establecido en el Decreto 274 de 2000 “*por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular*”, por lo que la demandante no gozaba de estabilidad en el empleo, dado

⁵ “**ARTÍCULO 88. Condiciones Especiales.** En desarrollo de lo dispuesto en el Artículo 2 de este estatuto, al personal de apoyo en el exterior, se le aplicará en lo pertinente lo previsto en este decreto sobre condiciones de seguridad social y liquidación de pagos laborales a que aluden los Artículos 62 a 68 de este estatuto y el Régimen Disciplinario consagrado en los Artículos 79 a 82. Igualmente, **cuando este personal sea desvinculado del servicio por insubsistencia, tendrá derecho a dos meses de plazo para hacer dejación del cargo y regresar al país.** (...)”

que la Ley establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

2. Adicionalmente, en este particular asunto, el nombramiento de la demandante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática se dio en razón a la comisión de servicios que le fue concedida, en la cual se estableció el deber de la accionante de asumir el empleo del cual ostentaba derechos de carrera al término de la comisión.

Así las cosas, la Sala concluye que a la demandante no le asistía el derecho a permanecer en el cargo de libre nombramiento y remoción, pues ante la terminación de la comisión de servicios que le fue otorgada para desempeñar dicho empleo, la Entidad demandada estaba facultada para finalizar dicho nombramiento, y exigirle su retorno al cargo de carrera en el cual si era posible garantizarle el derecho a la estabilidad que reclamaba la accionante.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas que pone de presente la parte actora frente a los presuntos actos arbitrarios ocurridos previamente a la declaratoria de insubsistencia de la demandante, la Sala observa lo siguiente:

1) En el caso de autos se encuentra demostrado que meses antes de que finalizara la comisión de servicios de la demandante para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción, y que fuera declarada insubsistente, esta presentó las siguientes solicitudes a la Entidad accionada, quien a su vez le otorgó las respuestas que se exponen a continuación:

- Por escrito de 28 de septiembre de 2017 la accionante presentó **renuncia al cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044, grado 26** de la Planta Interna de la Entidad (f. 12 archivo 2 exp. digital) frente al cual ostentaba derechos de carrera, con el fin de *“continuar en el cargo de libre nombramiento y remoción de Auxiliar de Misión Diplomática”*.

La anterior solicitud fue resuelta a través del **memorando de 29 de septiembre de 2017** proferido por la Directora de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores, en los siguientes términos: *“(…) le informo que la misma no*

será tramitada, toda vez que no se ajusta a lo establecido en el artículo 2 2.11. 13 del Decreto 648 de 2017⁶”.

- El 16 de octubre de 2017, la accionante presentó dos **escritos de renuncia** (f. 18s archivo 2 exp. digital) con el mismo propósito, las cuales fueron resueltas por la Entidad mediante oficio de 18 de octubre de 2017, en el sentido de reiterar que estas solicitudes no cumplen con lo dispuesto en el artículo 2 2.11 1 3 del Decreto 648 de 2017 (f. 21 archivo 2 exp. digital).

- El **31 de octubre de 2017**, la demandante solicitó a la Entidad demandada **licencia no remunerada** “(...) *para atender asuntos personales de carácter familiar. Dada esta razón de fuerza mayor, agradezco de que manera urgente me sea concedido el derecho que me asiste a Licencia No remunerada hasta por los 60 días, a partir del 1° de noviembre de 2017, sin remuneración.*” (f. 28 archivo 2 exp. digital).

Mediante oficio de **31 de octubre de 2017**, la demandada le informó a la accionante “*que su solicitud de licencia no remunerada no podrá tramitarse de manera positiva, en consideración a las necesidades del servicio*” (archivo 29 exp. digital).

2) Dentro del proceso se recaudó el **testimonio** del señor Alberto Acosta Carvajal, Cónsul General de Colombia en Newark y jefe inmediato de la accionante para la época de los hechos objeto de este proceso (*Audiencia celebrada el 12 de marzo de 2020-Audio carpeta 12 exp. Juzgado*) quien manifestó:

⁶ “**ARTÍCULO 2.2.11.1.3 Renuncia.** *Toda persona que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente en cualquier tiempo.*

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla.

La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito, y en el acto administrativo correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el servidor dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

*La competencia para aceptar renunciaciones corresponde al jefe del organismo o al empleado en quien éste haya delegado la función nominadora.
(...)”.*

“(...) cuando a ella [la demandante] le llegó la hora de regresar porque la Administración le dijo se le acabó la comisión, su hijo estaba pendiente de terminar la ‘high School’ (...) y tenía entonces que regresar a Bogotá y ¿en dónde le queda entonces su terminación de ‘high School’ cuando estaba con un programa americano? Entrar a un hijo a un programa americano aquí ni siquiera nos alcanza tres sueldos de planta interna para pagar el colegio (...) el muchacho necesitaba terminar allá y Miriam me dijo yo solicito que me amplíen la comisión, yo le dije ‘perfecto’ (...) no lo hicieron y entonces ella me dijo voy a renunciar a los derechos de carrera administrativa (...) por razones que desconozco la Administración no la aceptó, y procedieron a hacerle un traslado a planta interna, sin que mediara absolutamente nada más; a mí ni me preguntaron. Yo hice una nota donde dije que la funcionaria es una funcionaria que presta sus servicios, que es idónea para la labor que tenemos aquí, es una persona de mucha experiencia en la cancillería y a mí me hace falta en esta misión, con la carencia de personal que tengo, sin embargo, la Administración frente a esto ni siquiera recibí una respuesta de hecho (...)”

Por su parte, **el testigo Darwin Theus Medina** quien fue compañero de trabajo de la demandante cuando se desempeñó en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, refirió que *“la señora Miryam vivía en el Sur de New Yersey, una ciudad cercana a Trento, con su hijo que era menor de edad en la época que nos llevamos conociendo y él efectivamente adelantaba estudios, ya que los funcionarios cuando asignan en el Exterior, tenemos ese derecho de que nuestros hijos estudien en colegios en los Estados Unidos y él estaba estudiando su secundaria en los Estados Unidos (...)”*. (audiencia de pruebas de 2 de noviembre de 2020 -archivo 14 exp. digital)

Conforme a las pruebas analizadas, la Sala advierte que los cuestionamientos planteados por la parte actora frente a las decisiones que **(i)** le negaron la aceptación de la renuncia de la demandante a los derechos de carrera frente al cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044, grado 26; y **(ii)** le negaron la solicitud de una licencia no remunerada; **no pueden ser resueltos en este proceso toda vez que no se demandó la nulidad de tales actos.**

De esta manera, como quiera que no es posible emitir pronunciamiento frente a las citadas decisiones, por cuanto gozan de presunción de legalidad, tampoco es viable, a partir de dichos cuestionamientos examinar una presunta actuación arbitraria de la Entidad demandada que tenga la virtualidad de acreditar la desviación de poder del acto que declaró insubsistente a la accionante del cargo de libre nombramiento y remoción.

La Sala advierte que a pesar de que la demandante pretendió permanecer en el cargo de libre nombramiento y remoción, aunque fuese renunciando al empleo de carrera, la Entidad demandada no tenía la obligación de mantenerla en aquél, pues como se indicó, se había cumplido el plazo máximo que establece la ley para permanecer en comisión de servicios.

Ahora bien, la demandante solicitó a la Entidad accionada que le garantizara su estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionada, manteniéndola vinculada en el empleo de libre nombramiento y remoción hasta completar los requisitos para pensionarse, pues afirma que le faltaban menos de 3 años para acceder a dicha prestación.

Al respecto, la Sala advierte que la accionante no probó que tuviera la calidad de prepensionada, por lo que en principio no habría lugar a realizar mayores pronunciamientos.

En gracia de discusión atendiendo a que la Entidad en la contestación de la demanda aceptó que si ostentaba la calidad de prepensionada, la Sala resalta que el argumento de la parte actora no está llamado a prosperar porque conforme la Sentencia de Unificación SU-003 de 2018⁷ proferida por la Corte Constitucional, **los servidores prepensionados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad** “cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad (...) dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. (...)”

Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la calidad de prepensionado de un empleado de libre nombramiento y remoción “**no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador** porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario.”⁸.

⁷ Sentencia del 8 de febrero de 2018. Referencia: T- 5.712.990.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05246-01(3487-18), Actor: Nelcy Ruth Peñaranda Correa, Demandado: Ministerio De Salud Y Protección Social.

Así las cosas, en el caso de autos, la estabilidad laboral de la demandante en su calidad de prepensionada estaba garantizada en el cargo en cual ostentaba derechos de carrera y no en el empleo de libre nombramiento y remoción.

En suma, la Sala concluye que en el presente caso no se demostró que la decisión de declarar insubsistente a la demandante luego haberse finalizado la comisión para desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción de auxiliar de misión diplomática, haya sido arbitraria o abusiva, por lo que no se configura el cargo de ilegalidad de desviación del poder, en los términos planteados por la parte actora.

En consecuencia, al no prosperar los cargos propuestos en la apelación, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda por no encontrarse configurada una causal de nulidad que invalide la actuación de la Entidad demandada.

5. Costas

En relación a la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

La Sala advierte que la cuantificación de las costas está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”* (numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso).

Sobre el particular, las Subsecciones A⁹ y B¹⁰ de la Sección Segunda del Consejo de Estado habían establecido de manera pacífica una tesis jurisprudencial tradicional, respecto a la aplicación de un criterio objetivo valorativo¹¹ en el cual en general no se condenaba en costas, básicamente en atención a que no se encontraba acreditado que se hubieran causado.

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha mantenido su tesis jurisprudencial, en el sentido de no condenar en costas, atendiendo a que no se causaron y en atención a la conducta de las parte vencida, es así como indicó: *“Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte accionante, se revocará la condena en costas impuesta”*¹².

Por el contrario, la Subsección A decidió dar un giro al alcance del criterio objetivo valorativo al indicar que ya no se tendrá en cuenta la conducta desplegada por la parte vencida:

“Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “A”. CP: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 12 de agosto de 2019, Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01357-00 (0933-17); en esta providencia se consideró: “no hay lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso”.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 8 de agosto de 2019, Radicación número: 760012331000201101517 01 (4192-17); en esa providencia se determinó, respecto a las costas, lo siguiente: “de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas”.

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “A”. CP: William Hernández Gómez. 17 de junio de 2020, Radicación número: 250002342000-2016-03610-01, en la que se señaló: “no se condenará en costas (...) ello al no observare su causación de acuerdo con el numeral 8 del artículo 365 del CGP”.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 9 de abril de 2020, Radicación número: 250002325000-2014-00002-1 en la que se indicó: “como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del código General del Proceso ‘(...) cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Carmelo Perdomo Cuéter; sentencia de 25 de noviembre de 2021; radicación número: 25000234200020150039901.

reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.”.

Y en reciente pronunciamiento precisó que lo que se debe observar es la actuación que desempeñó la parte a favor de la cual se conceden las costas, así: *“De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que **excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes.** En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la entidad demandada a pesar de haber resultado vencida, pues si bien no prosperaron los argumentos del recurso de alzada, **la parte demandante no presentó alegatos de conclusión en esta instancia**”.*¹³

En ese escenario jurisprudencial, la Sala acoge la tesis tradicional que aplica la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en consideración a que, dada la naturaleza y especialidad que tienen de los derechos laborales, encuentra acertado, en orden a resolver sobre las costas, analizar la conducta procesal desplegada por las partes durante el transcurso del proceso, pues aplicar otro criterio afectaría el derecho de acceso a la administración de justicia y a utilizar los mecanismos procesales previstos en el ordenamiento jurídico en forma moderada, lo cual afecta el derecho de defensa de las partes.

Así las cosas, al no encontrarse probado que se causaron costas y atendiendo a que la parte vencida no actuó con temeridad o mala fe, no se impondrá la condena por dicho concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “A”. CP: William Hernández Gómez; sentencia de 20 de enero de 2022; radicación número: 0500123330002016-02750-01.

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, por Secretaría envíese el proceso al *a quo*, previas las anotaciones de rigor.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Firmado electrónicamente)
PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada

(Firmado electrónicamente)
LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.