

TERMINACIÓN DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS DE CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN NO CONLLEVA EL RETIRO DEL SERVICIO DEL CARGO DEL CARRERA / PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA POR NO REINTEGRO AL CARGO AL FINALIZAR LA COMISIÓN EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / VACANCIA DEL CARGO - Procedencia / PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS – Aplicación

Dado que tal comisión tiene carácter temporal, una vez finalizada por culminar «[...] el término por el cual se otorgó [...], el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión [...]», el servidor «[...] **deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva**» (se destaca; inciso 2º del artículo 26 de la Ley 909 de 2004).(...)[E] empleado de carrera que por cualquiera de las aludidas causales [artículo 41 de la Ley 909 de 2004] se desvincule del empleo de libre nombramiento y remoción al que fue comisionado por el nominador, deberá asumir, de manera inmediata, el cargo que tiene asignado en propiedad, so pena de perder los derechos de carrera administrativa.(...)(A)unque, en efecto, el oficio por medio del cual se le anunció a la actora que como consecuencia de tal designación (Decreto 24 de 8 de enero de 2006) sería removida del empleo de subdirectora de despacho, le pidió hacer entrega de los elementos e información a su cargo y se le autorizó para reclamar las prestaciones definitivas, además de agradecerle por su gestión, es evidente que el contenido tanto del respectivo acto administrativo como de aquel oficio hacían referencia única y exclusivamente al retiro del empleo de libre nombramiento y remoción, sin que de ningún aparte se pueda deducir, como insistentemente sugiere la actora, que dicha decisión afectó otros ámbitos de su vida laboral. Agrégase a lo anotado que, en todo caso, el acto por el cual se le concedió la comisión fue claro en el sentido de prevenirla en cuanto a que una vez se diera alguno de los supuestos para dar por finalizada esa situación administrativa, le correspondía «[...] asumir el empleo respecto del cual ostenta derecho de carrera [...]», so pena de declararse la vacancia, condición que, como lo dijo el a quo, ella conocía, no solo porque anteriormente había hecho uso de esa prerrogativa, sino porque tenía un nivel de experticia de la función pública tan alto que le había dado lugar, incluso, a ser encargada por el presidente de la República como gobernadora del Valle del Cauca entre mayo y julio de 2012. A pesar de lo expuesto, la accionante no compareció a su puesto de trabajo luego de que se le comunicara que su comisión había terminado ni mucho menos el 1º de abril de 2016, cuando venció el plazo de la licencia no remunerada que se le había otorgado, lo que dio lugar, de acuerdo con las pruebas adosadas, a que luego sí fuera desvinculada, pero en razón a la declaratoria de abandono del cargo.(...) [L]a subsección encuentra que con las pretensiones formuladas en el sub lite la actora pretende obtener provecho de su propia culpa, lo cual no es dable («»), pues es evidente que, pese a conocer de su deber de reintegrarse al cargo de carrera una vez fuera retirada del de libre nombramiento y remoción por cualquiera de las causales previstas en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, ya citado, como había procedido con anterioridad sin ningún inconveniente, o regresar una vez culminara el lapso de la licencia no remunerada, guardó silencio, y solo se pronunció una vez recibió el requerimiento de la subsecretaría de recursos humanos para que explicara las razones por las «[...] cuales no se ha presentado a laborar al término de la Licencia Ordinaria [...]» (sic), que feneció el 31 de marzo de 2016, para justificarse en el supuesto entendimiento errado del contenido de los actos acusados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / LEY 909 2004
- artículo 26

CONDENA EN COSTAS - Criterio objetivo valorativo

[E]sta 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 demandante, se revocará la condena en costas. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la condena en costas subjetiva, ver: C. de E, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de diciembre de 2016, Rad. 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00701-01(2673-19)

Actor: ADRIANA CARABALÍ ZAPATA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Retiro del servicio de empleado con derechos de carrera administrativa; comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 26 de octubre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual declaró de oficio probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y negó las demás pretensiones dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 40 a 54). La señora Adriana Carabalí Zapata, por intermedio de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el departamento del Valle del Cauca, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del Decreto 24 y del oficio 0101.1.25 SADE 242276, ambos de 8 de enero de 2016, por los que el accionado «[...] *efectúa un nombramiento ordinario en un empleo de libre nombramiento y remoción* [...]» y la retira del servicio público, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al demandado (i) su reintegro al cargo de subsecretario de presupuesto y finanzas públicas «[...] *o al que corresponda u otro de igual o superior categoría* [...]», sin solución de continuidad; (ii) sufragar los emolumentos y prestaciones dejados de devengar desde la fecha de retiro hasta cuando sea reincorporada, (iii) indexar los valores adeudados, (iv) declarar que «[...] *no constituye doble asignación recibida del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en la que tenga parte mayoritaria el Estado, lo percibido* [...]» (sic) mientras estuvo desvinculada del ente territorial; y (v) dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA. Por último, se le condene en costas.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la accionante que prestó sus servicios en el empleo de profesional especializado, código 222, grado 04, de la planta de personal del departamento del Valle del Cauca, inscrita en el registro público de carrera administrativa; y mediante Decreto 13 de 9 de enero de 2015, se le confirió comisión para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción de subsecretario del despacho, código 45, grado 02, de la subsecretaría de presupuesto y finanzas públicas, «[...] *por espacio [de] hasta por tres (3) años*».

Que el 9 de enero de 2016, día en el que le practicaron una cirugía que le generó incapacidad por 14 días, recibió en su domicilio el oficio 0101.1.25 SADE 242276 de 8 de los mismos mes y año, suscrito por el subsecretario de recursos humanos, en el que le informa que fue nombrado en su reemplazo el

señor Rubén Alonso Arteaga Ortigón y le solicita hacer entrega del puesto, sin darle «[...] *la opción de volver a su cargo de carrera administrativa*» y sin prestar mientes de que estaba en comisión y convaleciente.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos censurados los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 90 y 125 de la Constitución Política; 138 del CPACA; 5 y 8 de la Ley 153 de 1887; 31 del Decreto 2400 de 1968, 122 del Decreto 1950 de 1973 y las Leyes 33 de 1985, 344 de 1996 y 909 de 2004.

Asevera que la decisión del aludido ente territorial tuvo tres (3) dimensiones, «[...] **un[a] que expresamente manifiesta** [...]: *Incorporación de un nuevo empleado a un determinado cargo; otr[a] implícit[a]: la voluntad de despojar a quien ocupaba el cargo, de la investidura de funcionario público, puesto que legalmente para desempeñar un mismo empleo no pueden nombrarse dos personas y un[a] tercer[a], culminar [...] *con el retiro definitivo del funcionario tanto en el cargo de libre nombramiento y remoción como en el de carrera administrativa (retiro tácito), por cuanto le comunica que puede cobrar sus cesantías definitivas y agradece los servicios prestados [...]. Lo que origina un retiro del servicio o cesación definitiva de funciones, retiro de servicios expresada en forma diferente*» (sic).*

1.5 Contestación de la demanda. La parte accionada guardó silencio en esta oportunidad procesal (f. 71).

1.6 La providencia apelada (ff. 141 a 150 vuelto). El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 26 de octubre de 2018, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales frente al oficio censurado y negó las demás pretensiones (con condena en costas), al considerar que «[...] *una vez terminada la comisión de la [demandante] en el cargo de Subsecretaria de Despacho Código 045, Grado 02, de la Subsecretaría de Presupuesto y Finanzas Públicas adscrito a la Secretaría de Hacienda y Finanzas Públicas, le correspondía reintegrarse al cargo de profesional especializado, código 222, grado 04, atendiendo que el retiro del cargo en el que se encontraba en comisión, no implicaba el retiro definitivo del servicio público en el empleo en el que ostentaba derechos de carrera*».

Que resulta irrelevante que el Decreto 24 de 2016 no se refiera a la terminación de la comisión, pues, además de que ello no afecta la inscripción en carrera administrativa, la actora ya había sido designada en varias

oportunidades en empleos de libre nombramiento y remoción y se reintegraba luego al que tenía en propiedad, de manera que no puede ahora «[...] alegar un desconocimiento de la figura [...], las formas de terminación y sus deberes como comisionada», máxime cuando el oficio acusado solo se dirige a la desvinculación de la plaza en encargo, «[...] sin que en ninguno de sus apartes se haga si quiera [sic] mención de su condición de empleada de carrera [...]».

Agrega que se configuró la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formarles, en lo atinente al oficio 0101.1.25 SADE 242276 de 8 de enero de 2016, puesto que «[...] no puede ser objeto de control judicial, toda vez, que no es un acto administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del CPACA [...], ya que [...] no modifica, crea o extingue un derecho [...], sino que [...] corresponde a un acto de ejecución [...]».

1.7 El recurso de apelación (ff. 155 a 159). Inconforme con el anterior fallo, la accionante interpuso recurso de apelación, al estimar que el *a quo* no observó que el Decreto 24 de 8 de enero de 2016 no consigna que se desempeñaba como subsecretaria de presupuesto y finanzas públicas «[...] en comisión por un periodo de hasta por 3 años empezando el 15 de enero de 2015, y que tenía una licencia no remunerada concedida desde el 1 de enero [...] hasta el 31 de marzo de 2016 [...], lo cual debía hacerse, ya que no es solo el cargo de libre nombramiento y remoción como tal, sino la terminación de una comisión de una funcionaria que ocupa un cargo de carrera administrativa que se encontraba en licencia no remunerada».

Sostiene que el contenido de los actos atacados la hizo incurrir en error, dado que al advertirle que debía cobrar las cesantías definitivas y agradecerle los servicios prestados, «[...] consideró que la insubsistencia o retiro tácito también era del cargo de carrera administrativa [...]», de lo que se colige la desviación de poder.

Que el demandado no puede beneficiarse de su propia culpa para afectar sus derechos laborales y de carrera administrativa, cuando asevera que ella incurrió en abandono del puesto que tenía en propiedad, cuando fue aquel el que «[...] de manera irregular e ilegal la retiro de manera tacita de su cargo, [y] no tuvo siquiera la voluntad de remediar dicha situación ante la Procuraduría, siendo citados a conciliar sobre ese tema» (sic).

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación fue concedido con auto de 27 de marzo de 2019 (f. 161) y admitido por esta Corporación a través de proveído de 20 de noviembre siguiente (f. 167), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de providencia de 15 de febrero de 2021 (f. 174), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por el accionado¹.

2.1.1 Parte demandada. Pide confirmar la sentencia de primera instancia, puesto que la interpretación de la actora frente al oficio 0101.1.25 SADE 242276 de 8 de enero de 2016 es subjetiva y errada, amén de que ella, que en varias ocasiones ocupó empleos de libre nombramiento y remoción, sabía el procedimiento a seguir cuando terminaba la comisión, de lo cual en todo caso se hizo referencia en el acto administrativo que se la concedió, en el sentido de que debía asumir la plaza en la que tenía derechos de carrera.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación², corresponde a la Sala determinar si a la accionante le asiste o no razón jurídica para reclamar la ilegalidad del Decreto 24 de 8 de enero de 2016, por cuyo conducto el demandado nombró en el empleo de libre nombramiento y remoción de subsecretario de despacho, código 45, grado 02, de la subsecretaría de presupuesto y finanzas públicas de la secretaría de hacienda y finanzas públicas de ese ente territorial, al señor Rubén Alonso Arteaga Ortegón, y que hasta entonces desempeñaba la demandante, pues desconoció sus derechos de carrera administrativa, por cuanto, además de desvincularla de

¹ Los alegatos de conclusión allegados reposan en expediente digital contenido en la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.

² Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».

tal dignidad, también lo hizo (retiro tácito³) frente al cargo que tenía en propiedad; o si, por el contrario, la Administración no incurrió en error, como lo concluyó el *a quo*.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo para efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En primer lugar, cabe recordar que el artículo 125 de la Carta Política prevé que «*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*», al paso que establece que el «[...] *retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*» (se subraya).

A través de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, el legislador expidió las «[...] *normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa [y la] gerencia pública [...]*», entre las que se encuentran aquellas sobre el retiro del servicio y la pérdida de los derechos de quienes ingresaron al servicio público en carrera administrativa, así:

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;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) <Inexequible>
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) <Condicionalmente exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) <Condicionalmente exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

³ «El nombramiento de un empleado para el cargo que ocupa otro funcionario, implica para éste último un acto tácito de insubsistencia». Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, fallo de 10 de mayo de 2010, expediente 25000-23-25-000-2002-05139-01 (7545-2005).

- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
 - k) Por orden o decisión judicial;
 - l) Por supresión del empleo;
 - m) Por muerte;
 - n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.
- [...]

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

ARTÍCULO 42. PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.
2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.
3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo [se subraya].

Conforme a lo anterior, el servidor de carrera administrativa que se desvincule definitivamente del servicio oficial por cualquiera de las causales previstas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, pierde automáticamente los derechos que de aquella se derivan, tales como la «[...] *preservación de la estabilidad y del derecho de promoción [e] igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso del servicio público, con base exclusiva en el mérito y en las calidades de los aspirantes*»⁴.

Ahora bien, dicho grupo de empleados también cuenta con otras prerrogativas que les permite, por lo menos de manera temporal, mejorar su gradación y asignación, así como poner a disposición de la Administración la experiencia, conocimientos y capacidades adquiridas luego de su ingreso en propiedad,

⁴ Ver fallos de la Corte Constitucional C- 483 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-486 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-1079 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-837 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra y C-49 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería.

como lo es ser beneficiarios de la «*COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO*» (artículo 26 de la Ley 909 de 2004), situación administrativa en la que «*Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción [...] para los cuales hubieren sido nombrados [...] en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática*».

Dado que tal comisión tiene carácter temporal, una vez finalizada por culminar «*[...] el término por el cual se otorgó [...], el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión [...]*», el servidor «*[...] **deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera.** De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva*» (se destaca; inciso 2º del artículo 26 de la Ley 909 de 2004).

De acuerdo con lo anotado, el empleado de carrera que por cualquiera de las aludidas causales se desvincule del empleo de libre nombramiento y remoción al que fue comisionado por el nominador, deberá asumir, de manera inmediata, el cargo que tiene asignado en propiedad, so pena de perder los derechos de carrera administrativa.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Constancia laboral proveniente del ente demandado, según la cual la actora presta sus servicios para el departamento del Valle del Cauca, en condición de profesional especializado, código 222, grado 04, en carrera administrativa, desde el 3 de diciembre de 1993 hasta el 22 de febrero de 2016 (fecha de la certificación), período durante el cual ha sido comisionada para ejercer cargos de libre nombramiento y remisión en tres (3) ocasiones (ff. 26 y 27).

b) Decreto 6 de 7 de enero de 2015, por cuyo conducto el entonces gobernador del Valle del Cauca nombra a la accionante, a partir del 15 de enero de 2015, en el empleo de libre nombramiento y remoción de subsecretaria de despacho, código 45, grado 02, de la subsecretaría de presupuesto y finanzas públicas de la secretaría de hacienda y finanzas públicas (f. 11).

c) Decreto 13 de 9 de enero de 2015, por el cual la citada autoridad concede a la demandante «[...] *comisión para desempeñar el empleo de libre nombramiento y remoción denominado Subsecretario de Despacho, código 45, grado 02, de la Subsecretaría de Presupuesto y Finanzas Públicas* [...]» (artículo 1º), previa advertencia en cuanto a que la duración de esa situación administrativa es de hasta tres (3) años, «[...] *tiempo durante el cual [...] no perderá sus derechos de carrera administrativa, [pero] finalizado el término de la comisión, el de su prórroga o cuando [...] renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera, de no cumplirse lo anterior, se declarará la vacancia del cargo*» (artículo 1º) [ff. 8 y 9].

d) Resolución 526 de 30 de diciembre de 2015, mediante la cual el accionado concede a la actora licencia ordinaria no remunerada por sesenta (60) días hábiles, del 1º de enero al 31 de marzo de 2016, por lo que «[...] *deberá reintegrarse al ejercicio de las funciones propias de su cargo, el viernes 1 de abril de 2016, de lo contrario podría incurrir en abandono del cargo*» (ff. 13 y 14).

e) Decreto 24 de 8 de enero de 2016, por cuyo conducto el demandado nombró al señor Rubén Alonso Arteaga Ortegón en el referido empleo de subsecretario de despacho (f. 3).

f) Oficio 0101.1.25 SADE 242276 de 8 de enero de 2016 (ff. 4 y 5), por medio del cual el subsecretario de recursos humanos del departamento del Valle del Cauca informa a la accionante:

Le comunico que la [...] Gobernadora del Valle del Cauca, mediante Decreto No. 0024 del 08 de enero de 2016, nombró en su reemplazo al Doctor (a) ARTEAGA ORTEGON RUBEN ALONSO, en el empleo de SUBSECRETARIO DE DESPACHO, código 45, grado 02 de la SUBSECRETARIA DE PRESUPUESTO Y FINANZAS PUBLICAS - SECRETARIA DE HACIENDA Y FINANZAS PUBLICAS [...], cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción.

[...] le solicito hacer entrega de los documentos y archivos a su cargo, tanto físicos como electrónicos debidamente inventariados.

Los pagos proporcionales que no se liquidan con las cesantías definitivas a que tenga derecho, le serán liquidados por Nómina y deberán ser cobrados en el Banco Popular [...] Cualquier inquietud adicional deberá dirigirse al Área de Pagaduría [...]

En nombre de la Administración agradezco los servicios prestados a esta entidad deseándole éxitos en sus labores futuras [sic para toda la cita].

g) Certificado de incapacidad de 9 de enero de 2016, otorgado a la demandante por 14 días, suscrito por el médico ginecobotetra del Centro Médico Imbanaco de Cali (f. 16).

h) Escrito de 7 de abril de 2016, a través del cual la actora solicita del departamento demandado sufragar sus cesantías definitivas, dado que en el Banco Popular no figura ningún pago a su favor (f. 17).

i) Oficio 0100.25 de 14 de abril de 2016 (ff. 18 y 21), por el que el ente territorial accionando da respuesta a la petición mencionada en la letra anterior, así:

1. El cargo del cual usted es titular [...] y del cual usted ostenta derechos de carrera administrativa, es profesional Especializado, código 222, grado 04, mismo en el que se encuentra actualmente Activa.
[...]

3. Mediante decreto No. 0013 del 09 de enero de 2015, se le confirió Comisión para desempeñar el empleo de Libre Nombramiento y remoción, denominado Subsecretario de Despacho [...]. En el artículo segundo del citado acto administrativo, se establece lo siguiente:

[...] finalizado el término de la comisión, el de su prorroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento, deberá asumir el empleo del cual ostenta derechos de carrera, de no cumplirse lo anterior, se declarará la vacancia del cargo.
(Negrillas fuera de texto)

Cabe resaltar que en el primer párrafo del oficio 0101-1-25, SADE 2242276 del 08 de enero de 2016, se le comunica que:
[...]

Como se puede observar, de su simple lectura se desprende de manera clara, que se hace mención a su retiro del empleo para el cual había sido nombrada y conferida comisión, es decir, Subsecretario de Despacho [...]

En ningún momento en el citado oficio se hizo mención a su desvinculación en el empleo del cual es titular y que ostenta derechos de carrera, es decir el profesional Especializado, código 222, grado 04, toda vez que para esta entidad en ese momento era claro que no existía ninguna de las causales de retiro [...]

Ahora bien, consultada el área de Prestaciones Sociales, que tiene a su cargo el procedimiento de liquidación de cesantías definitivas, nos informan que a la fecha 12 de abril de 2016, no existe ninguna radicación de cesantías definitivas de su parte, que respalde su reclamación.

[...] por sustracción de materia, no es posible reconocer y pagar sus cesantías pues a la fecha no hay un acto administrativo que la desvincule de la entidad.

Para finalizar, le reitero el contenido del oficio 0101-1-25, SADE 250869 de 6 de abril de 2016, a través del cual le solicite informar [...] los motivos por los cuales no se ha presentado a laborar a la terminación de la Licencia Ordinaria que se le concedió [...], que establecía como fecha de para reintegrarse, el 01 de abril de 2016 [sic para toda la cita].

j) Memorial de 28 de abril de 2016, en el que la accionante explica al demandado que no se ha reintegrado al servicio, «[...] *por cuanto la entidad [la] retiró de [su] cargo existiendo un retiro tácito del cargo de carrera, y que al enviar [...] el oficio 0101.1.25 SADE 242276 de fecha 8 de enero de 2016 [le] comunica que [sus] cesantías deberán ser cobradas en el Banco Popular*» (ff. 22 y 23).

k) Decreto 810 de 24 de mayo de 2016, mediante el cual el aludido ente territorial declara la vacancia del empleo de profesional especializado, código 222, grado 04, de la planta global, «[...] *por abandono injustificado del cargo por parte de la señora ADRIANA CARABALÍ ZAPATA [...]*» y, en consecuencia, la retira de manera definitiva del servicio (ff. 104 a 106 c. 2).

l) Decreto 1094 de 1º de agosto de 2016, por el que, en sede reposición, el accionado confirma el acto administrativo citado en precedencia, al estimar que en la hoja de vida no hay evidencia de que la demandante estuvo incapacitada o que se reintegró al empleo que ocupaba en carrera una vez culminó la comisión de servicios por orden del nominador (ff. 107 a 115).

m) Dentro de este proceso judicial se recaudó el interrogatorio de parte de la actora, quien relató circunstancias concernientes a su vinculación en el ente accionado (ff. 129 a 130).

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) la accionante ingresó a prestar sus servicios para el departamento del Valle del Cauca el 3 de diciembre de 1993, en el empleo de profesional especializado, código 222, grado 04, inscrita en el registro público de carrera administrativa; (ii) a través de Decreto 6 de 7 de enero de 2015, el gobernador de dicho departamento la nombró, a partir del 15 de los mismos mes y año, en el cargo de libre nombramiento y remoción de subsecretaria de despacho, código 45, grado 02, de la subsecretaría de presupuesto y finanzas públicas de la secretaría de hacienda y finanzas públicas, para lo cual le concedió la respectiva comisión, por medio del Decreto 13 de 9 de enero de 2015; (iii) con Resolución 526 de 30 de diciembre de 2015, se le concedió a la demandante licencia ordinaria no remunerada por sesenta (60) días hábiles, del 1º de enero al 31 de marzo de 2016, para lo cual debía reintegrarse el 1º de abril siguiente; y (iv) el 8 de enero de 2016 se designó al señor Rubén Alonso Arteaga Ortégón en el citado empleo de subsecretario de despacho, código 45, grado 02, de lo cual se le informó a la actora con oficio 0101.1.25 SADE 242276 de 8 de enero de 2016, en el que, adicionalmente, se le requirió para que entregara los archivos e inventario a su disposición y se le agradeció por los servicios prestados.

Asimismo, (v) por conducto de oficio 0100.25 de 14 de abril de 2016, el demandado le reportó a la accionante que seguía activa en la planta de personal en condición de profesional especializado, código 222, grado 04, en carrera administrativa, y que la decisión de retirarla del cargo de subsecretario de despacho no la desvinculaba de aquel, al que debió reintegrarse una vez culminó la licencia no remunerada que se le concedió; y (vii) con Decretos 810 de 24 de mayo y 1094 de 1º de agosto, ambos de 2016, el referido ente territorial declara la vacancia del mencionado empleo de profesional especializado, por abandono de este y, por ende, retira a la demandante del servicio, dado que nunca se reintegró una vez vencidas la comisión para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción y la licencia ordinaria.

En el presente caso, la demandante alega que el *a quo* no se percató de que el Decreto 24 de 8 de enero de 2016 «debía» referirse a que se desempeñaba como subsecretaria de despacho en comisión y que tenía una licencia no remunerada vigente, al paso que cuando se le comunicó esa decisión, se advirtió que se le retiraba de ambos cargos, lo que la hizo incurrir en error.

En tal sentido, se observa que el reproche no está enfocado en cuestionar la decisión del ente territorial de nombrar a un nuevo servidor en la plaza de libre nombramiento y remoción que desempeñaba en comisión, sino que al ser desvinculada de este también lo hizo, tácitamente, de aquel en el cual tenía

derechos de carrera administrativa (profesional especializado, código 222, grado 04).

Sobre el particular, se precisa que aunque, en efecto, el oficio por medio del cual se le anunció a la actora que como consecuencia de tal designación (Decreto 24 de 8 de enero de 2006) sería removida del empleo de subdirectora de despacho, le pidió hacer entrega de los elementos e información a su cargo y se le autorizó para reclamar las prestaciones definitivas, además de agradecerle por su gestión, es evidente que el contenido tanto del respectivo acto administrativo como de aquel oficio hacían referencia única y exclusivamente al retiro del empleo de libre nombramiento y remoción, sin que de ningún aparte se pueda deducir, como insistentemente sugiere la actora, que dicha decisión afectó otros ámbitos de su vida laboral.

Agrégase a lo anotado que, en todo caso, el acto por el cual se le concedió la comisión fue claro en el sentido de prevenirla en cuanto a que una vez se diera alguno de los supuestos para dar por finalizada esa situación administrativa, le correspondía «[...] *asumir el empleo respecto del cual ostenta derecho de carrera* [...]», so pena de declararse la vacancia, condición que, como lo dijo el *a quo*, ella conocía, no solo porque anteriormente había hecho uso de esa prerrogativa, sino porque tenía un nivel de experticia de la función pública tan alto que le había dado lugar, incluso, a ser encargada por el presidente de la República como gobernadora del Valle del Cauca entre mayo y julio de 2012.

A pesar de lo expuesto, la accionante no compareció a su puesto de trabajo luego de que se le comunicara que su comisión había terminado ni mucho menos el 1° de abril de 2016, cuando venció el plazo de la licencia no remunerada que se le había otorgado, lo que dio lugar, de acuerdo con las pruebas adosadas, a que luego sí fuera desvinculada, pero en razón a la declaratoria de abandono del cargo.

Por otra parte, sostiene la demandante que no se tuvo en cuenta que cuando se le avisó que en el puesto de libre nombramiento y remoción que ocupaba se nombró a otro funcionario, disfrutaba de un permiso de tres (3) días por calamidad familiar y contaba con una incapacidad; sin embargo, a pesar de que allegó copia de la solicitud del primero y la expedición de la segunda por parte de un galeno, los antecedentes administrativos no dan cuenta de tales situaciones o de que lo hubiera pedido o avisado⁵ a su empleador, en su orden,

⁵ Según el inciso 2° del artículo 121 («Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad») del Decreto 19 de 10 de enero de 2012, «Para efectos laborales, **será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia**» (se destaca).

motivo por el cual no puede la Sala pronunciarse sobre el particular.

Así las cosas, la subsección encuentra que con las pretensiones formuladas en el *sub lite* la actora pretende obtener provecho de su propia culpa, lo cual no es dable («*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*»), pues es evidente que, pese a conocer de su deber de reintegrarse al cargo de carrera una vez fuera retirada del de libre nombramiento y remoción por cualquiera de las causales previstas en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, ya citado, como había procedido con anterioridad sin ningún inconveniente, o regresar una vez culminara el lapso de la licencia no remunerada, guardó silencio, y solo se pronunció una vez recibió el requerimiento de la subsecretaría de recursos humanos para que explicara las razones por las «[...] *cuales no se ha presentado a laborar al término de la Licencia Ordinaria* [...]» (sic), que feneció el 31 de marzo de 2016, para justificarse en el supuesto entendimiento errado del contenido de los actos acusados.

Por último, cabe anotar que si bien en el oficio 0101.1.25 SADE 242276 de 8 de enero de 2016 el demandado (i) le solicitó a la accionante entregar los elementos que tenía en su poder, (ii) le indicó que podía reclamar «*Los pagos proporcionales* [...]» causados a su favor y (iii) le agradeció su labor; es evidente que hacía referencia (i) a los insumos físicos y archivos que conservaba con ocasión de sus funciones en la subsecretaría de presupuesto y finanzas públicas, y que correspondía entregar a quien en lo sucesivo desarrollaría esa dignidad; (ii) los dineros que pudiera reclamar por cuenta de dicho nombramiento que, en este caso, como se vio, no procede, comoquiera que se entendía su continuidad en el servicio público en el cargo de carrera; y (iii) no es desacertado ni reprochable que la Administración reconozca los esfuerzos y dedicación de una persona a su servicio. Por tanto, no puede exigir la demandante se les dé a los actos acusados un alcance que evidentemente no tienen.

Por consiguiente, sin más consideraciones y bajo una sana hermenéutica jurídica, la Sala arriba a la convicción de que el Decreto demandado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara, por lo tanto, se confirmará la sentencia apelada, en cuanto negó las súplicas de la demanda.

Por otro lado, dado que la actora en el recurso de apelación solicita se revoque en su integridad el fallo de primera instancia, incluida la condena en costas, la Sala estima al respecto que el *a quo* aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), por remisión

expresa del artículo 188 del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena. En este sentido, se pronunció esta Corporación, en sentencia de 1.º de diciembre de 2016⁶, así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

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 demandante, se revocará la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. Confírmase parcialmente la sentencia de 26 de octubre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto negó las súplicas del medio de control en el proceso instaurado por la señora Adriana Carabalí Zapata contra el departamento del Valle del Cauca, conforme a la parte motiva.

2º. Revócase la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la actora.

3º. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS