

ACUMULACION DE PRETENSIONES – Procedencia. Nulidad del acto de insubsistencia de funcionario y el acto de nombramiento del reemplazo

Si bien es cierto que el acto administrativo de nombramiento de un empleado, en principio es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia; en el presente caso, la Sala considera que la pretensión de nulidad de la Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, mediante la cual se nombra en propiedad en el cargo de Gerente de zona 3 código 39, grado 06 al señor Luis Fernando Ulloa Vergara, en reemplazo del demandante, resulta procedente, teniendo en cuenta que el actor estima que con dicho acto se ha lesionado su derecho a permanecer en el empleo, toda vez que la persona que lo reemplazó, no garantiza el mejoramiento del servicio, constituyendo tal circunstancia uno de los argumentos para deprecar la nulidad del acto que declaró su insubsistencia. Asimismo, en criterio de la Sala, la acumulación de las pretensiones de nulidad y restablecimiento contra el acto de insubsistencia y el de nombramiento resulta viable en el presente caso, teniendo en cuenta que se dan los requisitos procesales para su procedencia como son: (i) competencia del órgano, (ii) que no se excluyan entre sí porque persiguen la misma consecuencia jurídica y (ii) que se tramiten por el mismo procedimiento

NULIDAD DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO O DE ELECCION – Procedencia de la acción electoral / NULIDAD DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO O DE ELECCION – Procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento.

cuando cualquier persona, en ejercicio de la acción pública de nulidad demanda un acto de nombramiento o elección con el fin único de restablecer el orden jurídico objetivo, sin interés particular, su trámite corresponde al especial que la ley ha señalado para los juicios electorales pues se trata de una acción electoral, pero cuando adicionalmente solicita su reintegro al cargo que venía ocupando y el pago de los salarios dejados de percibir, es decir, cuando solicita el restablecimiento del derecho, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta pretensión, además, se soporta en un interés directo porque considera el demandante, conforme al artículo 85 del C.C.A., que su derecho a permanecer en el cargo se vio afectado por el nombramiento ilegal de quien lo reemplazó, es decir que resultó lesionado por el acto administrativo de nombramiento que es objeto de demanda.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION EN EPOCA PREELECTORAL - Vulneración de la ley de garantías electorales. Desviación de poder. Principio de favorabilidad.

Para la Sala es claro que los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas como la demandada, están llamados a respetar la prohibición de modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elecciones Presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes y demás comicios electorales, restricción que de no ser acatada, apareja en el actuar administrativo un vicio de nulidad por violación de la ley, al tenor del artículo 84 del C.C.A.. En el presente caso, los actos demandados, Resolución No. 0952 de 9 de diciembre de 2005 y Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, expedidos por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., por medio de los cuales se modificó la nómina de la entidad disponiendo la insubsistencia y el nombramiento de empleados de la empresa, se encuentran afectados de nulidad porque fueron expedidos dentro del periodo preelectoral, esto es, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones del Congreso de la República realizadas el 12 de marzo de 2006. Así las cosas, como la

prohibición de modificar la nómina inició el 12 de noviembre de 2005 y los actos demandados se produjeron los días 9 y 19 de diciembre de 2005, para la Sala es evidente que la entidad al proferir los actos demandados, infringió el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, motivo por el cual se estructura el vicio de violación de la ley. Por lo tanto, encuentra la Sala que en el contexto en el que se dio el retiro del actor, es posible deducir que la intención real del nominador se apartó del buen servicio público porque no obedeció al mejoramiento del servicio, desbordando los límites establecidos por el legislador, de forma concreta, por no cumplir con el principio de proporcionalidad (artículo 36 del Código Contencioso Administrativo).

RESTABLECIMIENTO POR INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION EN EPOCA PREELECTORAL - Procede el reintegro al servicio

Respecto a la procedencia del reintegro, el Tribunal consideró que no había lugar al mismo toda vez que la limitación a la facultad discrecional del nominador fue temporal, esto es, hasta el 12 de marzo de 2006, lapso que ya se cumplió, por lo tanto, a partir del 13 de marzo adquirió vigencia la desvinculación del servicio del actor, y en tal sentido no es posible que el actor vuelva físicamente a su cargo, por lo que el restablecimiento se limitó al reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de devengar por el actor hasta el 12 de marzo de 2006. Al respecto, considera la Sala que le asiste razón a la parte actora cuando afirma que carece de sustento jurídico la declaratoria de nulidad parcial temporal del acto de insubsistencia ordenada en la sentencia impugnada, toda vez que la existencia de vicios de violación de la ley y desviación de poder, en la producción de los actos administrativos demandados, generan la nulidad de los mismos, al tenor del artículo 84 del C.C.A, nulidad que es absoluta y definitiva, mas no temporal, porque no existe en el ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad de que tales vicios puedan ser convalidados por el curso del tiempo. y porque no es dable al intérprete suponer que cumplido el término de la restricción legal, debía producirse efectivamente el retiro del actor, ya que su nombramiento no se sujetó a ningún plazo, y además su retiro dependía de la voluntad del nominador sujeta a la ponderación de las circunstancias de oportunidad y conveniencia, decisión que por sus efectos, debía ser escrita, expresa y debidamente comunicada al empleado, al tenor de las reglas que rigen las relaciones laborales en el servicio público (artículo 41 Ley 909 de 2004). Entonces, poner un límite a la permanencia del demandante en el cargo, basado en el hecho de que el nominador estaba facultado para terminar la vinculación laboral del demandante, constituye una restricción injustificada de los efectos patrimoniales que devienen de la declaratoria de nulidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09)

Actor: CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA D.C. E.S.P.

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del actor y la apelación adhesiva formulada por el apoderado de la entidad demandada contra la sentencia de 04 de septiembre de 2008, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por el señor CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P.

ANTECEDENTES

La Demanda y su corrección. El señor Carlos Francisco Restrepo Palacio, a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 0952 de 09 de diciembre de 2005, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Gerente Nivel 6, código 0830-001, Gerencia de Zona 3, Gerencia Corporativa Servicio al Cliente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, mediante la cual se nombra en propiedad en el cargo de Gerente Código 39, grado 06, código de dependencia 830-1 Gerencia de Zona 3, Gerencia Corporativa Servicio al cliente, al señor Luis Fernando Ulloa Vergara.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reintegrarlo al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría, sin solución de continuidad. También solicitó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones con sus aumentos y ajustes, dejados de percibir, desde el retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro; el pago de la indexación y costas procesales, y el cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Basó su *petitum* en los hechos que se sintetizan a continuación:

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., a partir de 2002 inició un proceso de modernización que implicó la creación de algunas áreas empresariales y la reorganización de otras, la renovación de los procesos comerciales, de planeación y de contratación, y el desarrollo y fortalecimiento de sus capacidades internas de soporte.

Dentro de la nueva estructura de la entidad se creó la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente con cinco (5) Gerencias de Zona para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la expansión de infraestructura, la facturación, gestión comercial y atención de los usuarios.

Manifiesta el actor que participó en la empresa durante dicho proceso de modernización, mediante la elaboración de diseños de alcantarillado, asesoría del programa de desmarginalización y mejoramiento integral de barrios, construcción de redes de acueducto y alcantarillado, todo lo cual le permitió tener una visión única acerca de las necesidades de infraestructura de los servicios de acueducto y alcantarillado de Bogotá, así como una oportunidad de entender el desarrollo de la ciudad.

Durante su trayectoria por la empresa, prestó servicios personales, en los periodos y bajo las modalidades de vinculación que se detallan a continuación:

| N o | FECHA | MODALIDA D DE VINCULACI ON | NATURALEZA DEL CARGO | ACTIVIDAD DESARROLLADA |
|----------------|---|--|---------------------------------|---|
| 1. | Diciembre 28 de 1993 | Contrato de prestación de servicios | contratista | Elaborar el "diseño y diagnóstico de redes, responder solicitudes y revisar proyectos". |
| 2. | Octubre de 1998 a marzo de 1999. | Contratista de C.I.C. Consultores de Ingeniería y Cimentacion es Ltda. | contratista | Ingeniero de diseño hidráulico en el proyecto denominado "elaboración de diseños de alcantarillado sanitario y pluvial para la localidad de Suba sector II-Santa Fe de Bogotá" ejecutado para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. |
| 3. | Mayo 6 de 1999 a Mayo 5 de 2000 | Orden de consultoría No. 2-02- 7100-137- | contratista | "Asesorar en la coordinación y desarrollo de las actividades del programa de desmarginalización y en la ejecución de los proyectos |

| | | | | |
|----|---|---|--|---|
| | | 1999. | | de redes, su construcción, el asesoramiento de los actores involucrados y en el seguimiento durante todas sus fases de los sectores subnormales y demás actividades contenidas en la propuesta y en los términos de referencia”. |
| 4. | Junio 1 de 2000 a Mayo 31 de 2001. | Orden de consultoría No. 2-02-7000-142-2000. | contratista | “Asesorar a la dirección de diseño y desarrollo urbano en la coordinación y desarrollo de las actividades del programa de desmarginalización en lo que hace referencia con la ejecución de redes, de construcción y asesoramiento de los actores y demás actividades” |
| 5. | Junio 26 de 2001 a Junio 25 de 2002. | Orden de consultoría No. 2-02-7000-119-2001. | contratista | “Asesorar a la gerencia técnica en la coordinación y desarrollo en las actividades del programa de mejoramiento integral de barrios, en lo que hace referencia a la contratación y seguimiento durante la construcción de las redes de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Bogotá. |
| 6. | Julio 10 de 2002 a Agosto 09 de 2002. | Contrato individual de trabajo a término fijo. | Trabajador Oficial | Profesional nivel 020 |
| 7. | Septiembre 02 de 2002 a febrero 02 de 2003. | Resolución No. 1013 de 2 de septiembre de 2002. | Empleado Público de libre nombramiento y remoción | Director Operativo, nivel 8, código 0841-001 de la Dirección de Servicio Comercial de la Gerencia Zona 4 de la Gerencia Corporativa de servicio al Cliente. |
| 8. | Febrero 17 de 2003 al 16 de Diciembre de 2005 | Resolución No. 0283 de 14 de febrero de 2003. | Empleado Público de libre nombramiento y remoción. | Gerente – Nivel 6 de la Gerencia Corporativa Servicio al Cliente zona 3 de la empresa, tomando posesión mediante acta No. 0016 de 17 de febrero de 2003. |

Para acceder a la vinculación laboral como Director Operativo, participó en el proceso de selección de personal realizado por la empresa.

Durante su desempeño como Director Operativo, fue encargado de la Gerencia Zona 3, siendo interventor del contrato especial de gestión No. 1-99-8000-604-2002, a cargo de la firma EPM BOGOTA AGUAS S.A. –E.S.P., a partir del 16 de enero de 2003.

Posteriormente, como Gerente Corporativo de Servicio al Cliente de la zona 3, siguió desempeñándose como interventor –auditor especial del contrato de gestión con EPM Bogotá, labor que fue objeto de reconocimiento por parte de la Contraloría Distrital.

En el ejercicio de sus funciones, se destacó por sus calidades profesionales y el conocimiento sobre el manejo y necesidades de la empresa; razón por la que fue nombrado por el Gerente General como integrante de la comisión negociadora de la administración en el conflicto colectivo, lo que constituye prueba de sus calidades y excelencia profesional.

Fue comisionado mediante Resolución No. 0881 de 3 de noviembre de 2004, para desarrollar el proyecto de defensa del usuario, a partir del 04 de noviembre de 2004 hasta el 03 de mayo de 2005, comisión que se prorrogó hasta el 12 de octubre de 2005, periodo dentro del cual diseñó, implementó y puso en funcionamiento la Defensoría del Usuario, regresando a su cargo el 13 de octubre de 2005.

A partir del 5 de septiembre de 2005, con el nombramiento del nuevo Gerente General de la Empresa, las condiciones laborales se hicieron difíciles para los trabajadores y muchos de ellos, junto con algunos contratistas con mayor trayectoria en la empresa, renunciaron o les fueron terminados sus contratos.

Mediante Resolución No. 952 de 9 de diciembre de 2005, proferida por el Gerente General, fue declarado insubsistente su nombramiento como Gerente Nivel 6, Código 0830-001, Gerencia de Zona 3, Gerencia Corporativa Servicio al Cliente.

En su reemplazo fue nombrado el señor Luis Fernando Ulloa Vergara, mediante Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005.

Para la fecha de declaratoria de insubsistencia, se encontraba vigente la Ley 996 de 2005, sobre garantías electorales, que en su artículo 38, consagró una

limitación temporal para modificar la nómina de la entidad, motivo por el cual, el acto de insubsistencia, así como el de nombramiento de su reemplazo, expedidos en el lapso preelectoral de cuatro (4) meses, se encuentran afectados de nulidad.

Mediante Circular No. 007, la Alcaldía Mayor de Bogotá unificó la interpretación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, aclarando sus alcances con fundamento en la sentencia C-1153 de 2005, de la Corte Constitucional

El actor hizo entrega del cargo el 16 de diciembre de 2005.

Argumenta el actor que el acto de retiro no se inspiró en razones del buen servicio, ni respetó los principios que orientan la función administrativa, específicamente el artículo 49 numeral 3° de la Ley 909 de 2004.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, artículos 1, 2, 25, 29, 53.

De orden legal:

Ley 996 de 2005 artículo 38

Ley 909 de 2004 artículo 49 numeral 3°

Código Contencioso Administrativo artículos 2, 3, 35, 36 y 84

Decreto 2400 de 1968 artículo 26

Ley 270 de 1996

Como cargos de nulidad se propusieron:

.- Primer Cargo. Violación del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Afirma que de acuerdo con la norma invocada, existe una prohibición de modificar la nómina de la entidad distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones populares, por ende, si la fecha de promulgación de la ley fue el 24 de noviembre de 2005, y la de las elecciones populares el 12 de marzo de 2006, el acto administrativo que se demanda, fue expedido durante la vigencia de la prohibición legal.

Mediante Sentencia C-1153 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005; asimismo, por medio de la Circular No. 007, el Alcalde Mayor de Bogotá, en lo atinente a la referida prohibición, dispuso: *“conforme al contenido del fallo de la Corte Constitucional, esta restricción se encuentra vigente a la fecha (sic) expedición de esta circular, si se tiene en cuenta que las elecciones para cargos de elección popular se llevarán a cabo el próximo 12 de marzo de 2006”*. Por lo anterior, considera que a pesar del poder discrecional del nominador, existía una limitación temporal para modificar la nómina estatal, sin perjuicio de las excepciones allí contempladas, razón por la cual resultaba improcedente su insubsistencia.

Considera que todos los empleados públicos del Estado están regidos por el principio de estabilidad laboral, al tenor del artículo 53 de la C.P., de acuerdo con el cual gozan del derecho de permanencia mientras subsista la necesidad y no se aduzca y compruebe una justa causa de terminación de la relación de trabajo.

.- Segundo cargo. Violación de los artículos 2, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004.

Sostiene que los empleos que conllevan el ejercicio de responsabilidad directiva en la administración son empleos de gerencia pública, de libre nombramiento y remoción que deben ser provistos con fundamento en el criterio del mérito, las calidades personales y la capacidad profesional, mediante un proceso de selección y evaluación.

Aduce que en su caso, la administración al expedir el acto de insubsistencia no tuvo en cuenta los criterios de competencia profesional, conocimiento, capacitación, calidades y capacidades, y tampoco realizó un proceso de selección, para vincular al funcionario que lo reemplazó.

Tercer cargo. Desviación de poder. Al explicar el cargo, aduce que en un Estado Social de Derecho no existen atribuciones omnímodas y absolutas por fuera del control jurisdiccional, así las cosas, considera que la facultad de libre nombramiento y remoción debe respetar las atribuciones conferidas, apreciar las realidades y adoptar las decisiones que más convienen al buen servicio y a los principios de la administración, al tenor de los artículos 121 de la CP y 36 del C.C.A.

Alegó que la desviación de poder se configura cuando se desmejora el servicio porque el funcionario que reemplaza al empleado retirado, no reúne las condiciones profesionales, la experiencia y el conocimiento adquirido por el extrabajador en el ejercicio de sus funciones.

Asegura que la hoja de vida, el conocimiento y la experiencia profesional del actor, permiten evidenciar que los motivos que originaron la declaratoria de insubsistencia tienen una base diferente al buen servicio y el interés por el desarrollo idóneo de la función pública.

Afirma que la decisión de declarar la insubsistencia de un funcionario debe estar precedida de valoraciones que aconsejen su conveniencia y oportunidad, en razón de la alta responsabilidad del cargo desempeñado, con el fin de asegurar el buen servicio, pues de lo contrario se configura el vicio de desviación de poder.

El desempeño en el empleo de Gerente de Zona, requiere especiales competencias y conocimiento de la empresa, que exige un perfil profesional particular con competencias especiales.

Para finalizar, arguye el actor que ha desarrollado su carrera profesional en torno al diseño y operación de estructuras hidráulicas y la gestión comercial de los servicios de acueducto y alcantarillado, razón por la cual conoce el manejo de la empresa y la ciudad, así mismo, su trayectoria laboral fue siempre ascendente y lo llevó a ocupar importantes cargos directivos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en las razones que se resumen así (fls. 113 a 125):

Considera que el acto demandado obedece a la facultad discrecional del nominador que es inherente a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, la decisión acusada no infringe el orden jurídico superior.

Afirma que no resulta procedente demandar la Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, por la cual se nombró al señor Luis Fernando Ulloa Vergara,

toda vez que dicho acto administrativo no afectó la situación particular del demandante.

Manifiesta que es cierto el proceso de modernización de la empresa, y la trayectoria laboral del actor, sin que pueda verificarse en la hoja de vida la ejecución de las actividades de los contratos de consultoría, ni tampoco la realización de un proceso de selección para su acceso al servicio público como Director Operativo.

Informa que el demandante inició su vinculación laboral con la empresa, mediante un contrato de trabajo a término fijo; que la comisión otorgada para desarrollar el proceso específico de defensa del usuario, obedece a una situación administrativa motivada en la necesidad del servicio y no a una pretendida excelencia en el desempeño del actor y que en su hoja de vida, no obra constancia de que se hubiera desempeñado como interventor del contrato especial de gestión No. 1-99-8000-604-2002.

Igualmente, aseguró que los diferentes cargos que ocupó el actor no son producto de una carrera ascendente sino de 3 vinculaciones laborales absolutamente diferentes, la primera mediante un contrato de trabajo a término fijo y las restantes como empleado público de libre nombramiento y remoción.

Manifiesta que la facultad discrecional del nominador no fue modificada por la Ley 909 de 2004, ya que dicha norma solo determina los principios generales que deben regir la función pública como el mérito, la profesionalización de los recursos humanos al servicio de la administración pública, la flexibilidad en la organización y gestión de la función pública y la responsabilidad de los servidores públicos.

Aduce que el objeto de la Ley 996 de 24 de noviembre de 2005 fue la reglamentación de la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, por lo tanto, los artículos 32 y 38 se refieren a dichas elecciones populares, siendo así, los cuatro (4) meses de prohibición a que se refiere la norma se deben computar desde el 28 de mayo de 2005, cuando se efectuó la elección de Presidente y Vicepresidente.

Propone como excepción la ineptitud sustantiva de la demanda fundada en las mismas razones de defensa anteriormente expuestas.

El señor Luis Fernando Ulloa Vergara, una vez vinculado en debida forma al proceso como tercero con interés, no compareció a contestar la demanda ni su corrección.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda – Subsección “C” mediante sentencia de 04 de septiembre de 2008, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con las siguientes consideraciones (fls. 516 a 538):

En cuanto a los vicios de falsa motivación y desviación de poder, consideró que son infundados porque siendo el empleo desempeñado por el actor, un cargo de libre nombramiento y remoción, era procedente el retiro del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional del nominador, decisión que no requiere motivación y se presume adoptada por razones del buen servicio, sin mediar prueba tendiente a desvirtuar dicha presunción por el interesado. Tampoco existió desmejora en el servicio con la expedición del acto de nombramiento del señor Luis Fernando Ulloa Vergara, porque según la hoja de vida de dicho funcionario si reunía los requisitos exigidos para desempeñar el cargo.

Sobre la prohibición legal consagrada en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, manifestó, con fundamento en el concepto de 4 de septiembre de 2007, radicado número interno 1846 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. Luis Fernando Alvarez Jaramillo, que la misma aplica a los entes territoriales y entidades descentralizadas respecto de toda clase de elecciones a cargos públicos de elección popular, por lo tanto, como las elecciones para el Congreso de la República se realizaron el 12 de marzo de 2006, la prohibición analizada rigió desde el 12 de noviembre de 2005. En este orden de ideas concluyó que el acto de nombramiento del señor Luis Fernando Ulloa Vergara desconoció y violó el artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Aseguró que no obra medio probatorio que justifique la decisión adoptada por la entidad de declarar la insubsistencia del actor y realizar un nuevo nombramiento, situación por la que considera que los actos controvertidos se encuentran incursos temporalmente en una causal de nulidad por violación normativa al modificarse la nómina de la entidad en una época en que no era permitido y sin mediar las

excepciones taxativamente señaladas para realizar modificaciones en la planta de personal.

En cuanto a los efectos del restablecimiento del derecho sostuvo que la prohibición impuesta por la Ley 996 de 2005 es aplicable por el lapso preelectoral y hasta el día de las elecciones realizadas el 12 de marzo de 2006, en consecuencia declaró la nulidad temporal de los actos demandados, por el lapso de tiempo en que la facultad nominadora de la entidad estuvo restringida por considerar que en adelante sus potestades discrecionales podían ser ejercidas respecto al empleo ocupado por el demandante. Por lo anterior, consideró que el reintegro no es procedente, ya que la limitación de la facultad discrecional del nominador fue temporal y por un lapso que se encuentra cumplido. Así las cosas, condenó a la entidad al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el actor desde el acto de retiro y hasta el 12 de marzo de 2006, fecha en que cesó la prohibición legal en estudio.

Sobre el acto de nombramiento del señor Luis Fernando Ulloa Vergara, declaró la nulidad parcial de dicho acto, en el entendido que sólo podría realizarse a partir del 13 de marzo de 2006, sin ordenar la devolución de los salarios y prestaciones percibidos de buena fe con anterioridad a dicha fecha, al tenor del numeral 2 del artículo 136 del C.C.A.

Mediante auto de 06 de noviembre de 2008, el Tribunal corrigió la sentencia en cuanto a la fecha a partir de la cual cesó la prohibición legal contenida en la Ley 996 de 2005.

EL RECURSO DE APELACIÓN

.- De la impugnación de la parte demandante:

La apoderada del actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos (fl. 156 a 161):

En primer lugar, destaca que el objeto del recurso versa sobre la suspensión temporal que se le otorgó a la protección legal consagrada en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y a los efectos de los actos

administrativos toda vez que considera que la interpretación realizada por el a quo no tiene sustento jurídico.

Aduce que si el nominador cambia o modifica la nómina estatal dentro del término de vigencia de la prohibición legal en comento, los actos proferidos son nulos, y los efectos de esa nulidad no son temporales ya que la prohibición legal de modificar la nómina estatal durante el periodo preelectoral es pura y simple, y no se encuentra sujeta a ningún plazo o condición. Además que si un acto administrativo no consagra en su texto la suspensión de sus efectos, estos se entenderán inmediatos.

Asimismo, aduce que las excepciones a la prohibición legal de nombrar o remover en época preelectoral fueron establecidas por el legislador y ninguna de ellas se presenta en el sub lite.

Por lo anterior, considera que la prohibición legal debe tener una interpretación restrictiva y de ella no se desprende una limitación temporal en cuanto a los efectos, los cuales son inmediatos y no se encuentran supeditados al cumplimiento de alguna condición.

Agregó que la prohibición legal abarca no sólo las elecciones realizadas el 12 de marzo de 2006, sino también las elecciones presidenciales llevadas a cabo el 28 de mayo de 2006, en consecuencia, de ser procedente la interpretación realizada por el Tribunal, la facultad nominadora de la entidad demandada se encontraba restringida hasta el 28 de mayo de la misma anualidad.

Por todo lo anterior, solicitó modificar el fallo recurrido en cuanto limitó los efectos de la nulidad hasta el 12 de marzo de 2006, y en su lugar, que se disponga el reintegro del actor a un cargo de igual o superior nivel al que desempeñaba al momento de su desvinculación del servicio, el reconocimiento, liquidación y pago de la totalidad de las obligaciones derivadas de la relación legal y reglamentaria que lo vinculaba con la hoy demandada debidamente indexadas y la consiguiente condena en costas a la demandada.

.- De la apelación adhesiva de la parte demandada:

De igual manera, el apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación adhesiva, el cual sustentó de la siguiente manera (fls. 559 a 563):

Argumentó que el cargo desempeñado por el actor es de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, por expreso mandato del párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el retiro podía producirse en cualquier momento, sin necesidad de motivación, en ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

Manifiesta que la actividad probatoria desplegada por el actor resultó insuficiente para demostrar una desmejora del servicio, por lo tanto no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara a los actos demandados, por otra parte, asegura que el señor Luis Fernando Ulloa Vergara es un funcionario competente e idóneo que garantiza la adecuada prestación del servicio público, razones por las cuales los cargos de nulidad no están llamados a prosperar.

En cuanto a la restricción contenida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 considera que el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil en que se basó el a quo no es un precedente obligatorio. Por todo lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **La parte demandante** en esta oportunidad reiteró los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación (fls. 593 a 596).

- **La parte demandada** insistió en las razones de defensa aludidas en la contestación y los argumentos de la apelación adhesiva.

Agregó que no se presentó violación al artículo 32 de la Ley 996 de 2005 ya que éste no se refirió a la prohibición de desvincular del servicio a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción como el actor, tal y como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C 1153-05 del 11 de noviembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, al sostener que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que afecte a la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A folios 602 a 607, el Ministerio Público solicita confirmar la sentencia de primera instancia por considerar que el acto de insubsistencia cuya nulidad se pretende fue expedido en vigencia de la prohibición legal prevista en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, incurriendo en violación del ordenamiento jurídico superior.

En lo concerniente a la pretensión de reintegro señaló que dada la naturaleza del empleo desempeñado por el actor, de libre nombramiento y remoción, éste no gozaba de estabilidad laboral, razón por la cual era procedente su retiro en ejercicio de la facultad discrecional del nominador al tenor del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

.- De la excepción de inepta demanda:

En cuanto a la excepción de ineptitud de la demanda, advierte la Sala que esta no fue sustentada en tanto se limitó a realizar una síntesis de las razones de defensa esgrimidas por la entidad para contrarrestar la prosperidad de las pretensiones, motivo por el cual se desarrollará al compás del análisis de fondo.

.- Cuestión Previa: La procedencia de la pretensión de nulidad del acto administrativo de nombramiento del funcionario que reemplazó al demandante.

Argumenta el apoderado de la entidad demandada que la pretensión de nulidad y restablecimiento contra el acto de nombramiento del señor Luis Fernando Ulloa Vergara, quien reemplazó al actor, no es procedente ya que no guarda relación con el demandante.

Al respecto, si bien es cierto que el acto administrativo de nombramiento de un empleado, en principio es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia; en el presente caso, la Sala considera que la pretensión de nulidad de la Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, mediante la cual se nombra en propiedad

en el cargo de Gerente de zona 3 código 39, grado 06 al señor Luis Fernando Ulloa Vergara, en reemplazo del demandante, resulta procedente, teniendo en cuenta que el actor estima que con dicho acto se ha lesionado su derecho a permanecer en el empleo, toda vez que la persona que lo reemplazó, no garantiza el mejoramiento del servicio, constituyendo tal circunstancia uno de los argumentos para deprecar la nulidad del acto que declaró su insubsistencia.

Asimismo, en criterio de la Sala, la acumulación de las pretensiones de nulidad y restablecimiento contra el acto de insubsistencia y el de nombramiento resulta viable en el presente caso, teniendo en cuenta que se dan los requisitos procesales para su procedencia como son: (i) competencia del órgano, (ii) que no se excluyan entre sí porque persiguen la misma consecuencia jurídica y (ii) que se tramiten por el mismo procedimiento.

Ahora bien, como lo ha señalado, de forma reiterada, la Sección Segunda¹, cuando cualquier persona, en ejercicio de la acción pública de nulidad demanda un acto de nombramiento o elección con el fin único de restablecer el orden jurídico objetivo, sin interés particular, su trámite corresponde al especial que la ley ha señalado para los juicios electorales pues se trata de una acción electoral, pero cuando adicionalmente solicita su reintegro al cargo que venía ocupando y el pago de los salarios dejados de percibir, es decir, cuando solicita el restablecimiento del derecho, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta pretensión, además, se soporta en un interés directo porque considera el demandante, conforme al artículo 85 del C.C.A., que su derecho a permanecer en el cargo se vio afectado por el nombramiento ilegal de quien lo reemplazó, es decir que resultó lesionado por el acto administrativo de nombramiento que es objeto de demanda.

.- El problema jurídico

Consecuente con los argumentos que sustentan los recursos de apelación, le corresponde a la Sala, en primer término, establecer si el acto de insubsistencia del actor y el de nombramiento de su reemplazo, son nulos al haber sido expedidos en vigencia de la prohibición contenida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 “*de garantías electorales*” y con desviación de poder; en caso positivo, si

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, ver entre otros, autos del 29 de mayo de 1992, expediente No. 6817, Magistrado Ponente Dr. DIEGO YOUNES MORENO; del 3 de junio de 1998, expediente No. 558-98, Magistrado Ponente Dr. JAVIER DIAZ BUENO.

resulta procedente el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando, el pago de los salarios y de las prestaciones dejadas de devengar.

Para decidir la controversia la Sala seguirá el siguiente orden metodológico:

- 1.- De la naturaleza del empleo desempeñado por el actor: facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.
- 2.- La prohibición de alterar la nómina en época preelectoral, por disposición de la Ley 996 de 2005: restricción legal a la facultad discrecional del nominador.
- 3.- La desviación de poder: inversión de la carga de la prueba.
- 4.- El Restablecimiento del Derecho: la procedencia del reintegro

.- Los actos acusados

Son los siguientes: **i)** Resolución No. 0952 de 9 de diciembre de 2005, proferida por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Carlos Francisco Restrepo Palacio del cargo de Gerente de Zona 3 nivel 6 código 0830-001 y **ii)** Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, proferida por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., por medio de la cual se nombra en propiedad en el cargo de Gerente zona 3, código 39, grado 06, al señor Luis Fernando Ulloa Vergara.

Hechos probados

Como hechos relevantes para decidir se probaron los siguientes:

.- Antes de su vinculación laboral, el actor ejecutó los siguientes contratos estatales con la empresa, según consta en las certificaciones que reposan en el cuaderno anexo No. 3 que contiene su hoja de vida:

| NUMERO DE CONTRATO | DURACION DEL CONTRATO | OBJETO CONTRATADO |
|---|---|--|
| Contrato 503 de 28 de diciembre de 1993 | Seis (6) meses Adición del plazo en tres (3) meses | Contrato de prestación de servicios para elaborar el "diseño y diagnóstico de redes, responder solicitudes y revisar proyectos". |
| Orden de | | "Asesorar en la coordinación y desarrollo |

| | | |
|--|--------------------------------------|---|
| consultoría No. 2-02-7100-137-1999. | Mayo 6 de 1999 a Mayo 5 de 2000 | de las actividades del programa de desmarginalización y en la ejecución de los proyectos de redes, su construcción, el asesoramiento de los actores involucrados y en el seguimiento durante todas sus fases de los sectores subnormales y demás actividades contenidas en la propuesta y en los términos de referencia”. |
| Orden de consultoría No. 2-02-7000-142-2000 | Junio 1 de 2000 a Mayo 31 de 2001 | “Asesorar a la dirección de diseño y desarrollo urbano en la coordinación y desarrollo de las actividades del programa de desmarginalización en lo que hace referencia con la ejecución de redes, de construcción y asesoramiento de los actores y demás actividades” |
| Orden de consultoría No. 2-02-7000-119-2001. | Junio 26 de 2001 a Junio 25 de 2002. | “Asesorar a la gerencia técnica en la coordinación y desarrollo en las actividades del programa de mejoramiento integral de barrios, en lo que hace referencia a la contratación y seguimiento durante la construcción de las redes de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Bogotá. |

.- La trayectoria laboral del actor como empleado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá fue la siguiente, de acuerdo con el registro de personal visible a folios 161 a 164 y la hoja de vida contenida en el Cuaderno Anexo No. 3:

| FECHA DE INGRESO | EMPLEO DESEMPEÑADO | DEPENDENCIA |
|--|--|--|
| De Julio 10 de 2002 a septiembre 09 de 2002. | Contrato individual de trabajo a término fijo como Profesional Nivel 020. | E.E.A.B. ESP |
| De Septiembre 02 de 2002 a febrero 02 de 2003. | Director Operativo nombrado mediante Resolución No. 1013 de 02 de septiembre de 2002. | Dirección de servicio comercial |
| De Febrero 17 de 2003 al 16 de Diciembre de 2005 | Gerente Zona 3 Nivel 6, nombrado mediante Resolución No. 0283 de 14 de febrero de 2003 | Gerencia Corporativa de Servicio al cliente. |

.- Mediante Resolución No. 932 de 20 de agosto de 2002, proferida por la Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, fueron eliminados y creados, de manera transitoria, algunos cargos dentro de la planta de personal de la entidad, se asignaron sus responsabilidades y requisitos mínimos, entre los que se encuentra, el cargo de Gerente Nivel 06 Gerencia Zona 3 código 0830-001 del nivel directivo, desempeñado por el actor al momento de su retiro, con las siguientes responsabilidades y requisitos (fls. 275 a 418):

“RESPONSABILIDAD GENERAL.

Es directamente responsable por la formulación de políticas operativas y adopción de planes, programas y proyectos para el logro de los objetivos y metas institucionales.

RESPONSABILIDADES ESPECIFICAS:

1. *Asegurar la satisfacción de los clientes de la zona.*
2. *Prestar integral y eficientemente los servicios de acueducto y alcantarillado en la zona.*
3. *Solucionar los requerimientos, quejas y reclamos relativos al servicio de acueducto y alcantarillado de los clientes de la Empresa ubicados en la zona.*
4. *Formular y desarrollar los planes de acción de la zona.*
5. *Planear, diseñar y ejecutar los proyectos de infraestructura requeridos para mejorar el servicio en la zona.*
6. *Planificar, programar y ejecutar la medición de acueducto y alcantarillado de la zona.*
7. *Formular y desarrollar los planes de mantenimiento y operación de acueducto y alcantarillado de la zona.*
8. *Planificar y ejecutar las actividades referentes a la gestión ambiental en la zona (Dependiendo de las definiciones de la Gerencia de Gestión Ambiental).*
9. *Atender las necesidades comerciales y operativas de urbanizadores, constructores, grandes consumidores y municipios.*
10. *Identificar, formular, negociar y controlar los recursos para realizar los acuerdos de servicio.*
11. *Identificar y generar el plan de requerimientos de compras y contratación para la operación de la zona.*
12. *Identificar y ejecutar planes de disminución del índice de pérdidas de agua.*
13. *Desarrollar y mantener la sectorización hidráulica de la zona.*
14. *Formular acciones de control de la calidad del agua en las redes de distribución en la zona.*
15. *Ejecutar los programas de gestión social establecidos para la zona.*
16. *Planear, revisar y presentar para aprobación el presupuesto general de gastos e inversiones de la gerencia a su cargo para el periodo fiscal correspondiente y controlar su ejecución.*
17. *Dirigir, coordinar y participar en las investigaciones y estudios de relevancia para el mejoramiento de la gestión de la Empresa.*

18. *Establecer, controlar y responder por el cumplimiento de los cronogramas e indicadores de las metas definidas para el normal desarrollo de las actividades asignadas.*
19. *Identificar y liderar proyectos y actividades que mejoren la imagen de la Empresa en la zona.*
20. *Evaluar con la periodicidad y parámetros establecidos, el desempeño de los funcionarios a su cargo.*
21. *Preparar y rendir informes periódicos al Gerente Corporativo de Servicio, al cliente sobre la gestión administrativa realizada en la Gerencia a su cargo con la oportunidad y periodicidad requeridas.*
22. *Establecer, desarrollar, divulgar y fomentar en la Gerencia a su cargo, la formación de una cultura de autocontrol que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de los objetivos institucionales.*
23. *Fomentar la capacitación y el desarrollo del personal a su cargo, para el desempeño efectivo de sus responsabilidades.*
24. *Dar estricto cumplimiento a las Leyes 734 de febrero de 2002 "Código Unico Disciplinario" y 190 de 1995.*
25. *Asistir a los diferentes comités cuando sea designado por el Gerente General o el Gerente Corporativo de Servicio al cliente y presentar las propuestas que considere convenientes para el buen desempeño de la Gerencia a su cargo y en general, representar a la Empresa en todos los espacios de participación y eventos donde sea requerido por la importancia de los temas a tratar.*
26. *Cumplir y hacer cumplir los manuales de responsabilidades y procedimientos y promover su divulgación, aplicación y mejoramiento permanente, conforme a los parámetros definidos por la Empresa.*
27. *Cumplir y hacer cumplir las normas y reglamentos internos de la Empresa.*
28. *Las demás que le sean asignadas por el Gerente Corporativo de Servicio al Cliente y que correspondan a la naturaleza del área a su cargo.*

REQUISITOS:

EDUCACION

Título universitario en cualquier rama de la Ingeniería, Arquitectura, Cencas económicas, Administrativas, ó afines.

EXPERIENCIA

Diez (10) años de experiencia profesional.

EQUIVALENCIAS

Las establecidas en el Artículo 32 del decreto 1569 del 5 de agosto de 1998."

.- El actor fue designado por el Gerente Corporativo de Servicio al Cliente como interventor del contrato especial de gestión No. 1-99-8000-604-2002 a cargo de la

firma EPM BOGOTA AGUAS S.A., a partir del 16 de enero de 2003, según se desprende del documento obrante al folio 145 del cuaderno anexo No. 3.

.- Mediante Resolución No. 0881 de 03 de noviembre de 2004, proferida por el Director (E) de Gestión de Compensaciones de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, el actor fue comisionado, para desarrollar un proyecto específico de Defensa del usuario, a órdenes del Gerente General de la empresa, a partir del 04 de noviembre y hasta el 03 de mayo de 2005, situación administrativa en la que permaneció hasta el 12 de octubre de 2005 (fls. 214 y 215 del cuaderno anexo No. 3).

.- Por medio de la Resolución No. 0952 de 09 de diciembre de 2005, proferida por el Gerente General de la entidad demandada, se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Gerente Nivel 6, código 0830-001, Gerencia zona 3, Gerencia Corporativa Servicio al Cliente (fl. 110).

.- Mediante Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, proferida por el Gerente General de la entidad, fue nombrado en propiedad al señor Luis Fernando Ulloa Vergara, en el cargo de Gerente, código 39, grado 06, código de dependencia 830-1 Gerencia zona 3, de la Gerencia Corporativa Servicio al Cliente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (fl.112).

.- De la Hoja de Vida del señor Luis Fernando Ulloa Vergara, es posible establecer que ostenta el título profesional de Ingeniero Civil (fl. 744) y cuenta con más de diez (10) años de experiencia profesional, reuniendo los requisitos de educación y experiencia exigidos para desempeñar el cargo de Gerente de Zona 3 nivel 6 . (fls 395 a 756 del cuaderno anexo No. 3)

Del caso concreto

Las normas que se invocan como sustento de la decisión

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, cuyo texto dispone:

“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;
(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

(...)

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.”

La ley 996 de 2005 “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 38, dispone una restricción a los nominadores en época preelectoral:

“ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.
5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades

descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.”

Dicha *ley de garantías electorales*, fue expedida en desarrollo del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2004, que reformó el artículo 197 de la Constitución Política permitiendo la reelección para el período inmediatamente siguiente, del Presidente y del Vicepresidente de la República en ejercicio, y adicionó el artículo 152 superior para incluir como materia de regulación por ley estatutaria “la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”² y de esta forma garantizar las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos, en todos los procesos electorales para cargos de elección popular.

Análisis de fondo

² Acto legislativo 02 de 2004 (diciembre 27), “por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.” D. O. 45774, Dic.27 de 2004. “Art. 2. El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos [...]. Parágrafo Transitorio. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.” // “Art. 4º. Adicionase al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un parágrafo transitorio así: / f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley. / Parágrafo Transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del primero de marzo de 2005 un proyecto de Ley Estatutaria [...] El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional....”.

.- De la naturaleza del empleo desempeñado por el actor: facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

El actor desempeñaba el cargo de Gerente Nivel 6, código 0830-001, Gerencia zona 3, Gerencia Corporativa Servicio al Cliente cuando se produjo su declaratoria de insubsistencia mediante la Resolución No. 0952 de 09 de diciembre de 2005, proferida por el Gerente General de la entidad demandada.

El cargo desempeñado por el demandante, fue creado por medio de la Resolución No. 932 de 20 de agosto de 2002 de Gerencia General de la entidad (fl. 278), dentro del nivel Directivo de la planta de personal, cuyas funciones y responsabilidades asignadas, así como el nivel de dirección y manejo que comporta, lo clasifican como un de libre nombramiento y remoción, atendiendo los lineamientos trazados en el artículo 5 de la Ley 443 de 1998, vigente para la fecha en que éste fue creado.

Establecido lo anterior, para la Sala es claro que la permanencia del actor en la entidad se encontraba sujeta al ejercicio de la facultad discrecional del nominador, con amparo en el citado artículo 125 de la Carta, por cuanto no pertenecía a la carrera administrativa.

En tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia obedece a la facultad discrecional de la cual está investido el nominador para declarar sin efecto un nombramiento, discrecionalidad que no debe corresponder al capricho o arbitrariedad de la Administración³.

Sobre el punto esta Sala⁴ ha señalado:

“La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las

³ Sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-01426-01(2404-04). Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁴ Sentencia de 7 de julio de 2011, Expediente: 050012331000200601107 01 (0740-2010) Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, advierte la Sala ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza (...) (Subrayado fuera de texto).

(...)

Sobre este particular la Corte Constitucional en Sentencia C-514 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo, sostuvo que:

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

Así las cosas, la facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, dicha clase de vinculación laboral no genera permanencia, salvo precisas excepciones legales como la contenida en la Ley 996 de 2005.

2.- La prohibición de alterar la nómina en época preelectoral, por disposición de la Ley 996 de 2005: restricción legal a la facultad discrecional del nominador.

El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone lo siguiente:

“La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.”

Como lo sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación⁵, de acuerdo con las expresiones usadas por el legislador a lo largo del párrafo transcrito, las prohibiciones en él consagradas aplican a todas las elecciones a cargos de elección popular”, incluyendo las presidenciales.

La disposición en cita prohíbe expresamente a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a “las elecciones a cargos de elección popular”, con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer modificaciones en la nómina del respectivo organismo o entidad territorial, salvo las excepciones consagradas: a) la aplicación de la carrera administrativa, y b) cuando en la nómina se produzcan vacantes por “muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente

⁵ Concepto de 4 de febrero de 2010, Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO, Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985).

debidamente aceptada”, es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo 41 de la ley 909 de 2004⁶.

La interdicción para hacer nombramientos comprende absolutamente todos los certámenes comiciales celebrados en Colombia y se extiende a los empleos de libre nombramiento y remoción, como lo ha venido sosteniendo la Sala⁷, pues a pesar de que la reelección presidencial fue el motor de la expedición de la ley de garantías electorales, la finalidad del legislador fue depurar los procesos electorales, introduciendo principios de ética política, motivo por el cual su aplicación extensiva a todos los procesos electorales “favorece la democracia, en la medida en que introduce transparencia en los certámenes comiciales alejando estrategias, conductas y costumbres que conspiran contra la pureza del sufragio”⁸.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, al realizar el examen de constitucionalidad de la ley⁹:

“b. Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos (...) La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla. (...) Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos

⁶ Ley 909 de 2004, Art. 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: /.../ d) Por renuncia regularmente aceptada; /.../ m) Por muerte; /.../”

⁷ Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Radicación 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10), Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

⁸ *Ibidem*

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos. Por tanto, el inciso cuarto del parágrafo del artículo 38 será declarado exequible”

Así las cosas, para la Sala es claro que los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas como la demandada, están llamados a respetar la prohibición de modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a la elecciones Presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes y demás comicios electorales, restricción que de no ser acatada, apareja en el actuar administrativo un vicio de nulidad por violación de la ley, al tenor del artículo 84 del C.C.A.

En el presente caso, los actos demandados, Resolución No. 0952 de 9 de diciembre de 2005 y Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, expedidos por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., por medio de los cuales se modificó la nómina de la entidad disponiendo la insubsistencia y el nombramiento de empleados de la empresa, se encuentran afectados de nulidad porque fueron expedidos dentro del periodo preelectoral, esto es, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones del Congreso de la República realizadas el 12 de marzo de 2006. Así las cosas, como la prohibición de modificar la nómina inició el 12 de noviembre de 2005 y los actos demandados se produjeron los días 9 y 19 de diciembre de 2005, para la Sala es evidente que la entidad al proferir los actos demandados, infringió el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, motivo por el cual se estructura el vicio de violación de la ley.

Esta Sala, ha anulado nombramientos realizados en periodo preelectoral¹⁰, basada en que la restricción impuesta en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, cobija a los empleos de libre nombramiento y remoción que por su importancia, nivel de dirección, manejo y confianza, y alto número de cargos, resultan en ocasiones más atractivos para los intereses clientelistas en etapas de agitación electoral.

Esta restricción para depurar el ejercicio democrático en épocas preelectorales, ha sido tan celosamente resguardada, que ni siquiera es posible llenar las vacantes en cargos recientemente creados, como lo expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil al conceptuar sobre el alcance de la limitación:

“En vigencia de las restricciones impuestas por el artículo 32 de la ley 996 de 2005 se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante el término allí previsto, lo cual incluye los nombramientos para proveer cargos creados por primera vez. Tales cargos, en los términos expuestos en este concepto, en manera alguna pueden considerarse “vacancias definitivas” que puedan ser provistas.”¹¹

Todo lo dicho, sin perjuicio de que en casos absolutamente excepcionales, se pueda hacer uso de la discrecionalidad, aún en época preelectoral, evento en el cual habría un especial deber de motivar el acto, como sucedería por ejemplo, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio porque quien lo desempeñaba, no está en capacidad de seguirlo haciendo, porque tal circunstancia constituye una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña.

Entonces, considera la Sala que la sentencia recurrida debe ser confirmada en lo concerniente a la prosperidad del vicio de violación de la ley, ya que la facultad discrecional del nominador se encontraba limitada temporalmente por la ley de garantías electorales para modificar la nómina de la entidad.

3.- La desviación de poder: inversión de la carga de la prueba.

¹⁰ Sentencia de 11 de noviembre de 2010, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10), Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Concepto de 18 de febrero de 2010, Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00006-00(1985)A, Actor: Departamento Administrativo de la Función Pública, Referencia: Función Pública. Ley 996 de 2005. Prohibiciones temporales para provisión de cargos públicos.

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal de anulación de los actos, impone analizar la legalidad de los actos desde su propia finalidad. Al respecto, reitera ahora la Sección, lo dicho en la sentencia de 12 de febrero de 2009, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, providencia en la que se dejó sentado lo siguiente:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder; de tal suerte que cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.

Se ha dicho también que esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar así pues, como los actos administrativos derivados del ejercicio de la facultad discrecional se presumen legales, quien pretenda desvirtuar esta presunción, debe demostrar dentro del proceso, que la verdadera motivación del acto obedeció a razones ajenas y diferentes a las del buen servicio.

Por otra parte, si bien es cierto que la declaratoria de inexistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción obedece al ejercicio de una facultad discrecional autorizada por la Ley, que se caracteriza por la libertad de ponderación del nominador; también lo es que esa discrecionalidad debe ser adecuada a la finalidad del buen servicio, es decir, inspirada en la búsqueda constante de mejorar las necesidades del servicio, y proporcional a los hechos que

le sirven de causa, razonamiento que supone el análisis de dos elementos extrajurídicos como son la oportunidad y la conveniencia de la decisión, tal y como se desprende del artículo 36 del C.C.A.

En el caso concreto, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, y atendiendo las circunstancias de tiempo y modo en que se produjo el acto administrativo de retiro del demandante, -en época preelectoral, y sin justificación alguna ya que el demandante se encontraba en capacidad de continuar desempeñando el cargo-, la Sala considera que se configuró la desviación de poder como un vicio en la causa del acto administrativo, por cuanto que la administración obró arbitraria e inoportunamente en relación con la declaratoria de insubsistencia del actor.

Lo anterior, porque el nominador pasó por alto la restricción legal que le impedía modificar la nómina de la entidad, al tenor del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, y omitió justificar las razones por las cuales la permanencia del demandante en el cargo resultaba inconveniente para la entidad, tornándose el retiro, en una decisión caprichosa y arbitraria.

Así pues, en criterio de la Sala, la conducta asumida por el nominador, denota no sólo el desconocimiento de la ley sino la desproporcionalidad en la toma de decisiones que afectan el buen servicio público, pues como se anotó, el retiro del actor, dentro del término de vigencia de la restricción por época electoral, sin justificación alguna, no consultó los criterios de conveniencia y oportunidad.

El análisis de la hoja de vida del demandante, conduce a establecer que éste se encontraba en capacidad de continuar desempeñando el empleo, pues su trayectoria laboral, su participación en los diferentes procesos y programas adelantados por la entidad, su grado de instrucción y la experiencia acreditada lo calificaban como un empleado idóneo y capaz para continuar desempeñando la labor encomendada, y no aparece indicio alguno que hiciera inconveniente su permanencia en la entidad, motivo por el cual no se encuentra justificada la decisión de retiro del demandante durante la vigencia de la restricción legal resultando inoportuna e inconveniente. Tampoco encuentra acreditada la Sala la existencia de justificación alguna por la cual se explique que un funcionario de las calidades del actor, pueda ser retirado para garantizar el buen servicio, sin mediar

ni la más leve razón de inconveniencia por lo tanto, el desvío de poder es evidente.

Considera la Sala que por razones de carácter constitucional como la vigencia de los principios rectores de la función administrativa, la administración, durante el periodo preelectoral, sólo podía válidamente ejercer su facultad discrecional en los casos expresamente exceptuados en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, sin que en el presente caso se hubiera presentado alguno de ellos, o ante la necesidad de asegurar el buen servicio, porque el demandante no se encontraba en capacidad para seguir desempeñando el cargo¹², lo que tampoco ocurrió, ya que si la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, entonces los retiros y vinculaciones que se presenten en dicho periodo, sólo pueden corresponder a los casos taxativamente exceptuados por el legislador.

Por lo anterior, ante la contundente prohibición legal de retirar al actor durante dicho periodo preelectoral, considera la Sala que la falta de justificación de la declaratoria de insubsistencia constituye un indicio sobre la existencia de razones partidistas en la decisión, y por ende, la vigencia de esta restricción legal para el nominador, desplaza en cabeza de la entidad demandada, la carga probatoria sobre la finalidad perseguida con el acto demandado, correspondiéndole demostrar porqué resultaba adecuada y proporcional la declaratoria de insubsistencia del demandante para garantizar el buen servicio, a pesar de la restricción a la facultad discrecional de insubsistencia.

En el expediente no obra ninguna prueba que permita establecer que el demandante no se encontraba en capacidad de permanecer desempeñando el cargo, y si bien es cierto que, por regla general la idoneidad y capacidad del empleado de libre nombramiento y remoción no es garantía de estabilidad, lo cierto es que bajo la vigencia de la restricción temporal a la facultad discrecional de remoción, a dicho empleado lo cobijaba temporalmente un fuero de inamovilidad y por ende, acreditada su idoneidad y experiencia para ejercer el cargo, se desvirtúa la necesidad de separarlo del servicio. Por lo tanto, encuentra

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

la Sala que en el contexto en el que se dio el retiro del actor, es posible deducir que la intención real del nominador se apartó del buen servicio público porque no obedeció al mejoramiento del servicio, desbordando los límites establecidos por el legislador, de forma concreta, por no cumplir con el principio de proporcionalidad (artículo 36 del Código Contencioso Administrativo).

Entonces para la Sala es evidente que como el ejercicio de la atribución discrecional ejercida por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. ESP, fue inoportuna e inconveniente desbordando los límites del buen servicio, se configura el vicio de desviación de poder.

4.- El Restablecimiento del Derecho: la procedencia del reintegro

Como quiera que la prosperidad de los cargos de violación de la ley y desviación de poder traen como consecuencia la nulidad de los actos demandados, le corresponde a la Sala ordenar el restablecimiento del derecho.

Respecto a la procedencia del reintegro, el Tribunal consideró que no había lugar al mismo toda vez que la limitación a la facultad discrecional del nominador fue temporal, esto es, hasta el 12 de marzo de 2006, lapso que ya se cumplió, por lo tanto, a partir del 13 de marzo adquirió vigencia la desvinculación del servicio del actor, y en tal sentido no es posible que el actor vuelva físicamente a su cargo, por lo que el restablecimiento se limitó al reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de devengar por el actor hasta el 12 de marzo de 2006.

La parte actora en el recurso de apelación, argumentó que la interpretación realizada por el a quo no tiene sustento jurídico ya que si el nominador cambia o modifica la nómina estatal dentro del término de vigencia de la prohibición legal en comento, los actos proferidos son nulos, y los efectos de esa nulidad no son temporales ya que la prohibición legal de modificar la nómina estatal durante el periodo preelectoral es pura y simple, y no se encuentra sujeta a ningún plazo o condición. Además que si un acto administrativo no consagra en su texto la suspensión de sus efectos, estos se entenderán inmediatos. Agregó que la prohibición legal abarca no sólo las elecciones realizadas el 12 de marzo de 2006, sino también las elecciones presidenciales llevadas a cabo el 28 de mayo de

2006, en consecuencia, la facultad nominadora de la entidad demandada se encontraba restringida hasta el 28 de mayo de la misma anualidad.

Al respecto, considera la Sala que le asiste razón a la parte actora cuando afirma que carece de sustento jurídico la declaratoria de nulidad parcial temporal del acto de insubsistencia ordenada en la sentencia impugnada, toda vez que la existencia de vicios de violación de la ley y desviación de poder, en la producción de los actos administrativos demandados, generan la nulidad de los mismos, al tenor del artículo 84 del C.C.A, nulidad que es absoluta y definitiva, mas no temporal, porque no existe en el ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad de que tales vicios puedan ser convalidados por el curso del tiempo.

Si bien es cierto que una vez superada la etapa preelectoral, el nominador estaba en posibilidad de ejercer su facultad discrecional, esta circunstancia no conduce a afirmar que a partir de entonces, “adquirió vigencia la desvinculación del servicio del actor”, conforme lo interpreta el Tribunal, pues en primer lugar, no puede desconocerse que el retiro del servicio del actor se produjo por un acto administrativo que nació afectado de nulidad, la cual es insaneable, y por tal motivo no puede convalidarse por el paso del tiempo; y segundo, porque no es dable al intérprete suponer que cumplido el término de la restricción legal, debía producirse efectivamente el retiro del actor, ya que su nombramiento no se sujetó a ningún plazo, y además su retiro dependía de la voluntad del nominador sujeta a la ponderación de las circunstancias de oportunidad y conveniencia, decisión que por sus efectos, debía ser escrita, expresa y debidamente comunicada al empleado, al tenor de las reglas que rigen las relaciones laborales en el servicio público (artículo 41 Ley 909 de 2004). Entonces, poner un límite a la permanencia del demandante en el cargo, basado en el hecho de que el nominador estaba facultado para terminar la vinculación laboral del demandante, constituye una restricción injustificada de los efectos patrimoniales que devienen de la declaratoria de nulidad.

Reitera la Sala que la existencia de los vicios de violación de la ley y desviación de poder, en la producción de los actos administrativos demandados, genera la nulidad de los mismos, efecto que no puede considerarse temporal, ya que estos vicios no son susceptibles de saneamiento o convalidación posterior por el paso del tiempo, o vencimiento de un plazo; cuestión diferente es que en forma posterior, el orden jurídico superior se modifique; lo cual no obsta para que el

perjuicio irrogado por los actos cuya nulidad se depreca, deba ser resarcido con ocasión de la declaratoria de nulidad de los mismos, en virtud de la cual, las cosas retornan al estado inicial como si los actos nunca hubieran existido, es decir, produce efectos ex tunc (desde entonces).

Como se sabe, la declaración de nulidad de un acto administrativo trae como consecuencia la invalidación o la abolición de la decisión allí contenida, esto es, desde el momento mismo en que ésta ha sido expedida, por los efectos ex tunc que produce una sentencia de tal naturaleza, retrotrayendo por lo tanto la situación al estado anterior.

De suerte que si el efecto de la declaratoria de nulidad es que las cosas retornen a su estado inicial, entonces en el presente caso, el reintegro del actor al cargo desempeñado resulta procedente sin limitación alguna, pues si su desvinculación deviene nula, no resulta jurídicamente viable que pueda tornarse legal, por el vencimiento del periodo preelectoral; una interpretación en tal sentido, no solo menoscaba el derecho fundamental al trabajo de la parte actora, sino que afecta del derecho al restablecimiento pleno del perjuicio irrogado.

Poner un límite temporal a los efectos del restablecimiento del derecho, con fundamento en una ficción legal de que la insubsistencia del actor "cobró vigencia" a partir del 12 de marzo de 2006, vulnera el derecho del actor a obtener el restablecimiento pleno de su derecho y limita sin ninguna justificación, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto de declaratoria de insubsistencia.

En este orden de ideas, la Sala procederá a revocar el fallo del Tribunal en cuanto declaró la nulidad parcial temporal de las Resoluciones números 0952 de 9 de diciembre de 2005 y 0997 de 19 de diciembre de 2005, y en su lugar, dispondrá declarar la nulidad total de tales actos por incurrir en los vicios de violación de la ley y desviación de poder, y ordenará el reintegro del demandante al cargo que desempeñaba cuando fue retirado del servicio, o a otro de igual o superior jerarquía que exista en la planta de personal de la entidad demandada, junto con el pago del valor indexado de los sueldos y demás prestaciones y emolumentos dejados de percibir desde el día en que el actor fue desvinculado del servicio y hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

La condena se actualizará de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

.- De los efectos de la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento del funcionario que reemplazo al actor:

En lo concerniente a la Resolución No. 0997 de 19 de diciembre de 2005, mediante la cual se nombró en propiedad al señor Luis Fernando Ulloa Vergara en el cargo de gerente Nivel 6 de Zona 3 que ocupaba el actor, la Sala declarará su nulidad por encontrarse expresamente contrario al ordenamiento jurídico superior contenido en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, toda vez que en virtud de tal disposición se encontraba limitada temporalmente la facultad discrecional del nominador, en garantía a los principios de transparencia y moralidad administrativa durante el periodo preelectoral, por lo tanto, dicho nombramiento se encontraba prohibido.

La declaratoria de nulidad del acto de nombramiento de quien reemplazo al actor es procedente en el trámite de la presente acción, por las razones expuestas al desatar la cuestión previa relacionada con la acumulación de pretensiones¹³, adicionalmente, destaca la Sala que pese a que el señor Luis Fernando Ulloa Vergara fue vinculado al proceso en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 207 de C.C.A, según consta en el auto admisorio de la demanda (fl. 99) y haber sido notificado personalmente de la demanda (fl.107), no compareció a ejercer su derecho de contradicción y defensa, de suerte que no resulta sorprendido con el presente pronunciamiento, pues su derecho a la defensa fue debidamente garantizado con su vinculación al proceso.

Así las cosas, por encontrarse configurado el vicio de infracción a la Ley se declara la nulidad del acto de nombramiento expedido dentro del periodo de la restricción legal. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, considera la Sala que en este caso no hay lugar a exigir la devolución de los salarios y prestaciones percibidos por el señor Luis Fernando Ulloa Vergara, en virtud de la presunción legal contenida en el artículo 136 numeral 2 del C.C.A, de haberlos recibido de buena fé, y por cuanto la ilegalidad de su nombramiento es imputable a la entidad. En caso de que el tercero permanezca en el desempeño del cargo, su vinculación laboral terminará como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de su nombramiento.

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

REVOCASE la sentencia de 04 de septiembre de 2008, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda presentada por CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., que declaró nulas

¹³Cuestión Previa: Procedencia de la acumulación de la pretensión de nulidad del acto de nombramiento del funcionario que reemplazó en el cargo al demandante.

parcialmente, en cuanto a la fecha de vigencia se refiere, las Resoluciones Nos. 0952 de 9 de diciembre de 2005 y 0997 de 19 de diciembre del mismo año.

En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARASE no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA NULIDAD de las Resoluciones No. 0952 de 9 de diciembre de 2005 y 0997 de 19 de diciembre de 2005, proferidas por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P.

TERCERO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, condenase a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., a reintegrar al actor, al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, junto con los aumentos o reajustes respectivos, desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: DECLÁRASE para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

QUINTO: A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ