

## **LITIS CONSORCIO NECESARIO – Configuración / INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO – De oficio o a petición de parte**

Al respecto la Sala señala, que el artículo 83 del C.P.C. que regula la figura del litis consorcio necesario y la integración del contradictorio, contempla la posibilidad para el juez de que en el auto que admite la demanda, se ordene dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado. Pero, de no haberse ordenado el traslado al admitir la demanda, le otorga la facultad para que de oficio o a petición de parte *“mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia”*, cite a las personas en mención, a quienes concederá el mismo término para que comparezcan. Ahora, si bien es cierto, que decidir en la sentencia el recurso de reposición interpuesto contra el auto que ordena integrar el litis consorcio necesario, evidencia una falta de técnica jurídica del operador judicial, no lo es menos, que esta anomalía no cuenta con la entidad suficiente como para desquiciar o viciar la actuación a tal punto que pueda predicarse la configuración de una nulidad, porque en efecto dentro de las causales que determina el artículo 140 del C.P.C., tal irregularidad no aparece contemplada.

**FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 83**

### **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. – Naturaleza jurídica / EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Se rigen por el derecho privado / DERECHO PUBLICO – Excepción respecto de los actos administrativos que expida**

Como lo informan los artículos 1º, 2º y 25 del Acuerdo No. 34 de 15 de enero de 1999 proferido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, fueron disueltas y liquidadas la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P., la Empresa de Distribución y Comercialización de Energía S.A. E.S.P., la Empresa de Telecomunicaciones de Cali S.A. E.S.P. y la Empresa de Generación de Energía de Cali - Generalcali S.A. E.S.P, para dar paso a una nueva empresa industrial y comercial del Municipio de Cali prestadora de servicios públicos domiciliarios denominada EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P., dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple. Se tiene entonces, que aunque se trata de una entidad que ejerce funciones propias de los particulares, lo que conduce a la aplicación de las reglas del derecho privado, puede abrirse paso la excepción, es decir, que es posible dar aplicación al derecho público respecto de los actos administrativos que expida, por lo que en consecuencia están sujetos al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

### **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. – Jefe de departamento / JEFE DE DEPARTAMENTO – Empleado publico**

Por medio de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejecución de la toma de posesión, expidió el estatuto interno de la entidad, por medio del cual adoptó la planta de cargos, que en su artículo undécimo determinó que eran empleados públicos con funciones de dirección o confianza, quienes ocuparan, entre otros, los cargos de *“Jefe de Departamento”*.

**SERVICIOS PUBLICOS – Función social del estado / SUPERINTENDECIA DE SERVICIOS PUBLICOS – Ejerce e control, inspección y vigilancia de los servicios públicos / LIQUIDACION EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS – Se aplican la normas de liquidación de entidades financieras / AGENTE LIQUIDADOR – Se constituye en representante legal de la empresa intervenida /**

Cuando de la toma de posesión de una entidad prestadora de servicios públicos se trata, se debe recordar que la Carta Política en su artículo 365 dispone, que la prestación de estos servicios es finalidad inherente a la función social del Estado y por esta razón le impone el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De otro lado, su artículo 370 señala, que el Presidente de la República, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos - SSPD -, ejerce el control, inspección y vigilancia de los servicios públicos. Ahora bien, según el artículo 121 de la ley en mención, la toma de posesión ocurre previo concepto de la comisión que regule el servicio y puede también realizarse para liquidar la empresa. Establece además, que en estos casos y en cuanto sean pertinentes, se aplicarán las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras; por manera, que las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la SSPD. De esta suerte y según el artículo 123 de la referida ley, el Agente Especial de la SSPD, se constituye en el representante legal de la empresa intervenida, lo que implica, que es el responsable directo e inmediato de la gestión de esa empresa y es a quien le corresponde garantizar la prestación del servicio a todos los usuarios dentro de las limitaciones de orden laboral, financiero, operativo y comercial que aquella tenga; responsabilidades que finalizarán en el plazo que señale el Superintendente. El Agente Especial aunque dirige en forma autónoma y directa la administración de la entidad intervenida, en el caso particular de EMCALI E.I.C.E E.S.P, se encontraba sujeto a lo previsto en la Resolución SSPD 562 de 2003, en la que se indicaron los efectos derivados de la toma de posesión con fines liquidatorios, que había sido ordenada por la Resolución 141 de 2003.

**LEY ESTATUTARIA DE GARANTIAS ELECTORALES – Prohibición de modificar la nomina / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS – Dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones no deben modificar la nomina**

Esta ley en el último inciso del Parágrafo de su artículo 38, impone como restricción tanto para los entes territoriales como para las entidades, la consistente en que dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, la nómina respectiva no se puede modificar, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, muerte o renuncia irrevocable debidamente aceptada y en los casos de aplicación de la normativa de carrera administrativa. Esta prohibición ha de entenderse que se extiende a todas las elecciones a cargos de elección popular, inclusive a las presidenciales, tal como esta Corporación lo consideró. Y como lo sostuvo la Corte Constitucional cuando realizó el examen de constitucionalidad de la ley estatutaria, en particular de este Parágrafo, lo que el mismo pretende es, garantizar que no se utilice el cargo público con fines políticos en aras de la depuración del ejercicio democrático. Se tiene entonces, que por virtud de esta norma, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, de parlamento, asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y demás comicios electorales, los gerentes o directores de las entidades descentralizadas deben respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad que regentan.

**FUENTE FORMAL:** LEY 996 DE 2005 –ARTICULO 38 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 152

**INSUBSISTENCIA – Cargo de libre nombramiento y remoción / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Puede ser retirada del servicio para garantizar el buen servicio / AGENTE LIQUIDADOR – Solo puede dar por terminados los contratos de trabajo de los empleados cuyos servicios no se requieran / AGENTE LIQUIDADOR – Representante legal / REPRESENTANTE LEGAL – No puede modificar la nomina en epoca preelectoral / LEY DE GARANTIAS – Modificación de nomina / DESVIACION DE PODER – Configuración /**

Al encontrarse vinculada a la administración en tal calidad, en principio se puede afirmar, que respecto de la demandante operaba la facultad de libre nombramiento y remoción, pudiendo de esta manera, ser retirada del ejercicio de sus funciones con la finalidad de garantizar el buen servicio público, puesto que no la amparaba fuero de inamovilidad alguno. Significa lo anterior, que en manera alguna el Agente Especial de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se encontraba habilitado por la normativa que regula sus funciones, para, en su condición de representante legal de la entidad sometida a liquidación, modificar su nómina y menos en época pre electoral, por expresa prohibición de la Ley Estatutaria de Garantías, que tal como se observó en párrafo precedente, impide la modificación de la nómina de la entidad territorial dentro de los cuatro meses anteriores a los comicios electorales, comprendidos en criterio de la Corporación, aquellos que buscan la elección de Presidente de la República. De igual modo, no pasa desapercibido para la Sala, que además de que la declaratoria de insubsistencia tácita se constituyó *contra legem*, en el proceso tampoco existe prueba alguna que contradiga sobre la capacidad que le asistía a la actora para continuar ejerciendo su labor en el cargo, aunado a que la empresa demandada de ninguna manera justificó las razones por las cuales la permanencia de la actuante en el cargo resultaba ser inconveniente; con lo que a todas luces su retiro se produjo en forma ilegal, caprichosa y arbitraria. Desde esta óptica entonces, se determina con total claridad la configuración del vicio alegado de desvío de poder. En suma, ni las circunstancias de tiempo y modo en las que se emitió el acto de insubsistencia tácita, ni los medios de prueba, permiten predicar sobre la legalidad del acto acusado; de tal suerte, que habiéndose constatado que se encuentra desvirtuada su presunción de legalidad, es por lo que la Sala confirmará la decisión de primera instancia impugnada.

#### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 76001-23-31-000-2006-01754-01(0900-11)**

**Actor: MYRIAM CORREAL GOODING**

**Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**

**AUTORIDADES MUNICIPALES**

**- F A L L O**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 30 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora MYRIAM CORREAL GOODING, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo por medio del cual, en forma tácita, EMCALI E.I.C.E. E.S.P., declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de Departamento, asignado al Departamento de Servicio al Cliente y PQR de la Gerencia Comercial.

**ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora MYRIAM CORREAL GOODING, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 000103 de 10 de febrero de 2006 expedida por el representante legal de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P., por medio del cual “se hace un nombramiento” en el cargo de Jefe de Departamento.

Como restablecimiento del derecho solicitó condenar a la demandada al reintegro al cargo que desempeñaba para el momento de la desvinculación del servicio o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad; al pago de los salarios, prestaciones sociales, bonificaciones legales y extralegales, gastos con motivo de asistencias médico - quirúrgicas, hospitalarias y farmacéuticas; desde su desvinculación hasta su reintegro. Además, la actualización de las liquidaciones que sean reconocidas y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Relató la actora en el acápite de **hechos** que por medio de la Resolución No. 009 de 6 de agosto de 1997, fue nombrada en el cargo de Jefe de la Oficina de Quejas

de ENERCALI S.A. E.S P., del que tomó posesión el 15 de septiembre del mismo año.

Luego, de conformidad con el Acuerdo No. 034 de 15 de enero de 1999, por el cual se adoptó el estatuto orgánico de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se produjo su unificación; con lo que fueron retiradas del servicio las personas que desempeñaban los cargos de jefes de quejas de acueducto y alcantarillado y de telecomunicaciones, quedando una sola oficina de quejas, en la que fue nombrada, mediante Resolución No. G 200 de 25 de febrero de 1999, tomando posesión el 24 de marzo de la misma anualidad.

El 27 de enero de 2000 por medio de Acta No. 020, se posesionó como Jefe del Departamento de Peticiones, Quejas y Recursos adscrito a la Gerencia del Servicio al Cliente, agregándose a dicho cargo, algunas funciones que desempeñaba el Departamento de Servicio al Cliente (peticiones y recursos). Y el 2 de agosto de 2002, según Acta No. 027, se posesionó como Gerente Encargada de la Gerencia Comercial.

Con motivo de la nueva estructura de la empresa, según Resolución No. 000820 de 20 de mayo de 2004, fue incorporada a la planta de cargos de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., como empleada pública, en el cargo de Jefe de Departamento, asignada al Departamento del Servicio al Cliente y PQR de la Gerencia Comercial, posesionándose el 1º de junio de 2004, según Acta No. 037-2004.

En este cargo, asumió el que desempeñaban dos directores y tres jefes de departamento, por lo que ante la falta de personal, en diversas oportunidades, solicitó la asignación de mayor recurso humano para el departamento que regentaba.

El 10 de febrero de 2006, por medio de la Resolución No. 000103, *“Por la cual se hace un nombramiento”* se produjo el nombramiento en el cargo que desempeñaba, de la señora Sandra Isabel Bermúdez Pérez; con lo que de esta manera, en forma tácita fue declarada insubsistente. De tal situación informó a la Procuraduría, por inobservancia de la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías.

Invoca como **normas violadas** la Constitución Política en sus artículos 2º, 6º, y 123; 5 y 36 del Código Contencioso Administrativo; 6 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 38 de la Ley 996 de 2005.

En síntesis señala, que el acto acusado fue expedido con desviación de poder, porque no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 - garantías electorales -, que prohíbe ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción respecto de un funcionario público de un ente territorial dentro de los 4 meses anteriores a los comicios para cargos de elección popular, además, de que dicha remoción no se produjo con el fin de mejorar el servicio sino por motivos personales del representante legal de la entidad.

### **TRÁMITE DEL PROCESO**

El 26 de abril de 2006 se presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Folios 207 vto. Ppal.), quien luego de admitirla, el 31 de julio del mismo año, la remitió por competencia a los Juzgados Administrativos (Folio 213 C. Ppal.), correspondiéndole por reparto al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cali, quien el 29 de agosto de 2006 avocó conocimiento (Folios 217 y 218 C. Ppal.). El 26 de septiembre de 2006 el Juzgado declara la nulidad por falta de competencia y nuevamente remite el proceso al Tribunal (Folios 225 a 229 C. Ppal.), quien continúa su trámite.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

EMCALI E.I.C.E. E.S.P. adujo, que la Resolución SSPD 000562 de 5 de marzo de 2003 dispuso, que el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios continuaría ejerciendo la representación legal de la entidad y que se encargaría de crear y facilitar las condiciones necesarias para recuperar su viabilidad financiera, tomando todas las medidas necesarias para garantizar la eficiente y continuada prestación de los servicios públicos domiciliarios; por lo que le asistían todas las facultades legales para expedir el acto acusado. Lo anterior sumado a que no se demostró el abuso de poder del funcionario autor del acto administrativo.

Además, la dependencia a cargo de la actora no estaba funcionando bien; los recursos humanos y tecnológicos con los que contaba para sacar adelante el

Departamento de Servicio al Cliente y Peticiones, Quejas y Reclamos no fueron utilizados correctamente y de igual manera había perdido su capacidad de liderazgo, con lo que el nexo causal de confianza entre el nominador y el nominado se había roto por el desgaste que la misma funcionaria había producido.

Propuso como medio exceptivo el que denominó “Inexistencia de hechos que acusen un vicio que pueda llevar a anular el acto administrativo contenido en la resolución No. 000103 de febrero 10 de 2006” soportado en la legalidad con la que el Agente Especial obró en la expedición del acto demandado, con fundamento en el artículo 36 del C.C.A.; la carencia en la demanda de hechos y pruebas contundentes que afiancen la nulidad de la actuación y la facultad discrecional con la que cuenta el nominador para declarar la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a través de providencia de 30 de julio de 2010, accedió a las súplicas de la demanda decretando la nulidad del acto acusado con el consecuente restablecimiento, consistente en el reintegro de la actora al cargo que ostentaba o a uno equivalente y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro con la actualización correspondiente.

Razonó, que efectivamente fueron vulnerados los derechos de la demandante, porque fue declarada insubsistente el 10 de febrero de 2006, justo cuando estaban próximas a realizarse las elecciones presidenciales del 28 de mayo de 2006; periodo en el que no le era permitido a la entidad demandada realizar ese tipo de acciones, porque el objeto de la restricción impuesta por la Ley 996 de 2005, fue el de evitar la utilización de los cargos, con los que cuentan las entidades públicas, para fines diferentes a los del mejoramiento del servicio y por el contrario manipularlos como fortín político a fin de favorecer la elección de uno u otro candidato o partido que se encuentre en contienda.

Fue aclarado el voto en el sentido de que debió analizarse la especial situación de la entidad, en tanto que se encontraba sometida a la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

## LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la empresa accionada interpuso oportunamente el recurso de alzada, en el que inicialmente adujo la existencia de nulidad al interior del proceso, en consideración a que contra la providencia que ordenó vincular a la persona que reemplazó a la actora en calidad de litisconsorte, procedía el recurso de apelación y no el de reposición que fue interpuesto, además que no ha debido decidirse en la sentencia.

En cuanto al fondo del asunto adujo, que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta que por tratarse de una empresa intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Ley de Garantías no le era aplicable; pues por virtud de tal intervención, el cumplimiento de las funciones por parte del representante legal está dirigido a recuperar la viabilidad financiera de la entidad.

Añadió, que si la prohibición legal de modificar la nómina operaba desde el 28 de enero hasta el 28 de mayo de 2006, el pago de los salarios y prestaciones legales al que fue condenada, debió haberse ordenado solo por el periodo que restaba para cumplirse el plazo de la prohibición legal, es decir, desde la desvinculación - 10 de febrero de 2006- hasta el 28 de mayo del mismo año.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**La parte demandante** trayendo a colación sentencia emitida por la Sección en asunto similar, reiteró que la Ley de Garantías opera tanto para las administraciones centrales como para las descentralizadas y para todos los funcionarios públicos, solo con las excepciones que consagra la misma ley.

El **Ministerio Público** estimó, que la providencia recurrida debe ser confirmada, porque en su sentir está plenamente probado, que el acto demandado se expidió en vigencia de la prohibición contenida en el Parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales; pues era hecho notorio y de público conocimiento, la realización de las elecciones presidenciales, con lo que no le era dable al representante legal de la entidad, modificar su nómina, y sin que en ningún momento la desvinculación de la actora junto con el nombramiento de su



reemplazo, fueran actos dirigidos a recuperar la viabilidad financiera, todo lo cual vició de nulidad el acto de desvinculación tácita.

La **demandada** allegó en forma extemporánea sus alegatos de conclusión.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El problema jurídico planteado por la demanda se contrae a establecer, si la Resolución No. 103 de 10 de febrero de 2006, expedida por el Agente Especial Designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejecución de la toma de posesión de EMCALI E.I.C.E E.S.P., por la cual nombró a la persona que reemplazó a la demandante en el cargo de Jefe de Departamento, Código de Cargo 920- 001, asignado al Departamento de Servicio al Cliente y PQR de la Gerencia Comercial, adolece de desvío de poder.

#### **CUESTIÓN PRELIMINAR**

Previo a abordar el fondo del asunto observa la Sala, que la demandada en el recurso de alzada esgrime, que el proceso adolece de nulidad insubsanable de que trata el artículo 140-9 del C.P.C., evidenciada en que contra la providencia que dispuso vincular en calidad de litis consorte necesario a la señora Sandra Isabel Bermúdez Pérez, no procedía el recurso de reposición sino de apelación en el efecto devolutivo, además de que no podía ser resuelto en la sentencia, cerrando para las partes toda posibilidad de controvertir la vinculación del tercero y dejando de lado a la persona que como da cuenta el proceso reemplazó posteriormente a la señora Bermúdez Pérez, vulnerando el artículo 207-3 del C.C.A.

Al respecto la Sala señala, que el artículo 83 del C.P.C. que regula la figura del litis consorcio necesario y la integración del contradictorio, contempla la posibilidad para el juez de que en el auto que admite la demanda, se ordene dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado. Pero, de no haberse ordenado el traslado al admitir la demanda, le otorga la facultad para que de oficio o a petición de parte *“mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia”*, cite a las personas en mención, a quienes concederá el mismo término para que comparezcan.

Con ello se evidencia que el *a quo* obró con apego a la ley, cuando antes de proferir el fallo de instancia ordenó la vinculación al proceso de la señora Sandra Isabel Bermúdez Pérez, en calidad de litisconsorte necesario de la parte demandante, como se observa a folios 334 y 335 del cuaderno principal. Que además valga la pena resaltar, expresamente manifestó a folios 342 del mismo cuaderno, que no le asistía ningún interés en las resultas del proceso, habida cuenta que renunció al cargo de manera voluntaria desde el 18 de septiembre de 2006.

Ahora bien, igualmente aduce la impugnante, que contra la providencia que ordenó integrar el litisconsorcio necesario, no era viable interponer el recurso de reposición sino el de apelación y que en atención a que la señora Bermúdez Pérez ya no ocupaba el cargo, ha debido vincularse al proceso a la persona que la reemplazó.

Sobre el particular se indica, que tal como lo establece el artículo 181 del C.C.A., el recurso de apelación procede contra el auto que resuelve sobre la intervención de terceros, sin que el que ordena integrar el litis consorcio necesario, sea uno de ellos; por manera que contra el mismo, es viable interponer el recurso de reposición.

En efecto, el auto que ordena integrar el litis consorcio necesario, tal como atrás se indicó - por disposición del artículo 83 del C.P.C.-, se asemeja a la providencia admisorio de la demanda; porque el juez bien puede vincular, a fin de integrar la relación jurídico - procesal, a aquella persona que considere puede verse afectada con el resultado del proceso, que evidentemente no es un tercero, pues son terceros al interior del mismo, el coadyuvante, el interviniente *ad excludendum*, quien tenga derecho a denunciar el pelito, el llamado ex officio, el llamado en garantía, tal como lo establecen los artículos 52 y ss. del C.P.C. que regulan la "*Intervención de terceros y la sucesión procesal*". Y evidentemente este no es el caso.

Se agrega, que la vinculación al proceso de la persona que reemplazó a quien a su vez sustituyó a la demandante, no era procedente, en razón de que ni siquiera es un tercero a quien afecte de alguna manera el proceso, toda vez, que no guarda relación alguna con el acto acusado.

Ahora, si bien es cierto, que decidir en la sentencia el recurso de reposición interpuesto contra el auto que ordena integrar el litis consorcio necesario, evidencia una falta de técnica jurídica del operador judicial, no lo es menos, que esta anomalía no cuenta con la entidad suficiente como para desquiciar o viciar la actuación a tal punto que pueda predicarse la configuración de una nulidad, porque en efecto dentro de las causales que determina el artículo 140 del C.P.C., tal irregularidad no aparece contemplada.

### **DEL FONDO DEL ASUNTO**

Dilucidados los anteriores aspectos y a fin de desatar el litigio propuesto, la Sala estima necesario hacer alusión en primera medida a la naturaleza jurídica de la empresa demandada y al régimen legal de sus empleados, para luego abordar el tema de la facultad que le asiste al agente liquidador para remover a un empleado de libre nombramiento y remoción a la luz de la Ley 996 de 2005 - Ley de Garantías - y, seguidamente dentro de este contexto establecer, si de acuerdo con los elementos probatorios obrantes en el expediente, el acto acusado adolece de desviación de poder.

### **NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD**

Como lo informan los artículos 1º, 2º y 25 del Acuerdo No. 34 de 15 de enero de 1999<sup>1</sup> proferido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, fueron disueltas y liquidadas la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P., la Empresa de Distribución y Comercialización de Energía S.A. E.S.P., la Empresa de Telecomunicaciones de Cali S.A. E.S.P. y la Empresa de Generación de Energía de Cali - Genercali S.A. E.S.P, para dar paso a una nueva empresa industrial y comercial del Municipio de Cali<sup>2</sup> prestadora de servicios públicos domiciliarios denominada EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P., dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple.

---

<sup>1</sup> Acuerdo No. 34 de 15 de enero de 1999 “*Por medio del cual se adopta el estatuto orgánico para la empresa industrial y comercial de Cali, EMCALI EICE ESP, se modifica el Acuerdo 014 de 1996, se dan unas autorizaciones al señor Alcalde y se dictan otras disposiciones*”.

<sup>2</sup> **La Ley 142 de 1994** “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”, en el **Parágrafo 1º de su artículo 17** sobre la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos estableció, que si no querían que su capital estuviera representado por acciones - sociedades por acciones - habrían de adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado.

Por ser empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, sus actividades normales, que son de carácter industrial, comercial o de gestión económica, se rigen por regla general por el derecho privado, sin embargo, por excepción le aplica el derecho público en relación con la actuación concerniente a su creación, organización y control fiscal.

Se tiene entonces, que aunque se trata de una entidad que ejerce funciones propias de los particulares, lo que conduce a la aplicación de las reglas del derecho privado, puede abrirse paso la excepción, es decir, que es posible dar aplicación al derecho público respecto de los actos administrativos que expida, por lo que en consecuencia están sujetos al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

## **REGIMEN LEGAL DE SUS EMPLEADOS**

Fue el artículo 16 del Acuerdo No. 34 de 15 de enero de 1999<sup>3</sup> - que adoptó el estatuto orgánico de la empresa -, el que en cuanto al régimen legal de los trabajadores de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. estipuló, que por regla general sus empleados eran trabajadores oficiales y por excepción, ostentaban la calidad de empleados públicos, que eran aquellos que desarrollaban actividades de dirección, confianza y manejo, y entre estos, se encontraban los que laboraban como Jefes de Departamento, que es el caso de la demandante. Pero esta disposición fue declarada nula por la Sub Sección en decisión de 25 de marzo de 2004<sup>4</sup> en la que se determinó, que el Concejo Municipal, no podía enlistar los cargos que habrían de ser considerados como empleos públicos, porque con ello ejerció una potestad que le era ajena, pues según la ley, le correspondía a la junta directiva de la entidad, por ser quien tenía a su cargo la expedición de los estatutos de las empresas industriales y comerciales.

Luego en el año 2000, ante la grave situación financiera y administrativa que afrontaba la empresa, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

---

<sup>3</sup> **Acuerdo 34 de 1999. Artículo 16.** *“Régimen Legal de los Trabajadores. El régimen legal de los trabajadores de EMCALI EICE ESP será el que corresponda al artículo 5º, inciso 2º del Decreto 3135 de 1968. La regla general será la de trabajadores oficiales y excepcionalmente ostentarán la calidad de empleados públicos quienes desarrollen actividades de dirección, confianza y manejo en los siguientes cargos: (...) Jefes de Departamento”.*

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 25 de marzo de 2004. Actor: Mario Edison Millán y Otros. Demandado: Municipio de Santiago de Cali. Radicado Interno 3436-02. Consejero Ponente. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

ordenó en las Resoluciones SSPD 2536 y SSPD 2651 de dicha anualidad, la toma de posesión para la administración de sus negocios, bienes y haberes. En el año 2003 por medio de las Resoluciones 141 y 562, modificó la modalidad de toma de posesión, para pasar a ser con fines liquidatorios y dispuso mantener el Agente Especial, quien tendría a su cargo la realización de las tareas ordenadas en la ley.

Y es así como por medio de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004<sup>5</sup>, el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejecución de la toma de posesión, expidió el estatuto interno de la entidad, por medio del cual adoptó la planta de cargos, que en su artículo undécimo determinó que eran **empleados públicos** con funciones de dirección o confianza, quienes ocuparan, entre otros, los cargos de **“Jefe de Departamento”**.

### DE SU AGENTE LIQUIDADOR

Cuando de la toma de posesión de una entidad prestadora de servicios públicos se trata, se debe recordar que la Carta Política en su artículo 365 dispone, que la prestación de estos servicios es finalidad inherente a la función social del Estado y por esta razón le impone el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. De otro lado, su artículo 370 señala, que el Presidente de la República, por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos - SSPD -, ejerce el control, inspección y vigilancia de los servicios públicos.

Y es precisamente el artículo 59 de la Ley 142 de 1994, el que le otorga a la SSPD la facultad de tomar en posesión las empresas de servicios públicos, cuando se encuentren incursas en algunas de las causales que contempla; entendida la toma de posesión, como esa medida de intervención en las actividades que desarrollan dichas empresas, cuando se pone en peligro la continuidad de la prestación del servicio público a su cargo.

---

<sup>5</sup> **Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004.** *“Por la cual se expide el estatuto interno, se establece la estructura organizacional de las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, se adopta la planta de cargos, se determinan las competencias generales por áreas y se adoptan otras determinaciones”.* **Artículo Undécimo.** *“De los empleados Públicos. Son empleados públicos con funciones de dirección o confianza de EMCALI EICE ESP, quienes ocupen los siguientes cargos: ADMINISTRATIVOS. (...) JEFE DE DEPARTAMENTO”.*

Ahora bien, según el artículo 121<sup>6</sup> de la ley en mención, la toma de posesión ocurre previo concepto de la comisión que regule el servicio y puede también realizarse para liquidar la empresa. Establece además, que en estos casos y en cuanto sean pertinentes, se aplicarán las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras; por manera, que las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la SSPD.

De esta suerte y según el artículo 123 de la referida ley, el Agente Especial de la SSPD, se constituye en el representante legal de la empresa intervenida, lo que implica, que es el responsable directo e inmediato de la gestión de esa empresa y es a quien le corresponde garantizar la prestación del servicio a todos los usuarios dentro de las limitaciones de orden laboral, financiero, operativo y comercial que aquella tenga; responsabilidades que finalizarán en el plazo que señale el Superintendente.

Esta norma igualmente determina, que las facultades que ostenta el liquidador y los deberes a su cargo, son los que corresponden a los liquidadores de las instituciones financieras, en cuanto no se opongan a las normas especiales de esta ley.

El Agente Especial aunque dirige en forma autónoma y directa la administración de la entidad intervenida, en el caso particular de EMCALI E.I.C.E E.S.P<sup>7</sup>, se encontraba sujeto a lo previsto en la Resolución SSPD 562 de 2003, en la que se indicaron los efectos derivados de la toma de posesión con fines liquidatorios, que había sido ordenada por la Resolución 141 de 2003.

## **DE LA LEY ESTATUTARIA DE GARANTÍAS ELECTORALES**

---

<sup>6</sup> **La Ley 142 de 1994. Artículo 121** “*Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos. La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. (...).//Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de Servicios Públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la Comisión de Regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes*”.

<sup>7</sup> En principio la toma de posesión se estableció en virtud de las Resoluciones SSPD 2536 de 3 de abril de 2000 y 2651 de 5 de abril del mismo año, para administrar los negocios, bienes y haberes de la empresa. Luego mediante la Resolución SSPD 141 de 23 de enero de 2003 se modificó la modalidad de toma de posesión para administrar por toma de posesión con fines liquidatorios.

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*”, se erige como ley estatutaria que regula lo concerniente a la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos legales, tal como lo informa el artículo 152 Superior, que mediante Acto Legislativo 02 de 27 de diciembre de 2004<sup>8</sup>, fue adicionado con el literal f) y con el párrafo.

Esta ley en el último inciso del Párrafo de su artículo 38<sup>9</sup>, impone como restricción tanto para los entes territoriales como para las entidades, la consistente en que dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, la nómina respectiva no se puede modificar, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, muerte o renuncia irrevocable debidamente aceptada y en los casos de aplicación de la normativa de carrera

---

<sup>8</sup> **Carta Política. Artículo 152.** “*Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias (...) 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....*”.

<sup>9</sup> **Ley 996 de 2005. 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**”.

administrativa. Esta prohibición ha de entenderse que se extiende a todas las elecciones a cargos de elección popular, inclusive a las presidenciales, tal como esta Corporación lo consideró<sup>10</sup>.

Y como lo sostuvo la Corte Constitucional cuando realizó el examen de constitucionalidad de la ley estatutaria, en particular de este Parágrafo, lo que el mismo pretende es, garantizar que no se utilice el cargo público con fines políticos en aras de la depuración del ejercicio democrático<sup>11</sup>.

Se tiene entonces, que por virtud de esta norma, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, de parlamento, asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y demás comicios electorales, los gerentes o directores de las entidades descentralizadas deben respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad que regentan.

### **LO PROBADO EN EL PROCESO**

Informa el Acta sin número de 15 de septiembre de 1997, que la actora tomó posesión del cargo de Jefe Oficina de Quejas de ENERCALI S.A. E.S.P, para el cual fue nombrada por medio de Resolución No. 009 de 6 de agosto de 1997. (fls. 71 y 66 cdn. ppal.).

Como consta en Acta sin número de 24 de marzo de 1999, la demandante se posesionó como Jefe de Oficina de Quejas - División Oficina de Quejas, según Resolución de nombramiento No. G-0200 de 25 de febrero de 1999. (fls. 63 cdn. ppal.)

Por Acta No. 020-2000 de 27 de enero de 2000 tomó posesión del cargo de Jefe Departamento Peticiones, Quejas y Reclamos - Departamento Gerencia de Servicio al Cliente, habiendo sido nombrada por Resolución No. 0150-01-2000. (fls. 61 cdn. ppal.)

Da cuenta el Acta No. 027-2002 de 2 de agosto de 2002 que la actora se posesionó en el cargo de Gerente de Área (E) en la Gerencia Comercial, según

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de febrero de 2010. Radicado 11001-03-06-000-2010-00006-00 (1985). Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 11 de noviembre de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.



nombramiento mediante la Resolución No. 1986 de 1° de agosto de 2002. (fls. 35 cdn. ppal.).

En virtud de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios designado para EMCALI, en ejecución de la toma de posesión, expidió el estatuto interno, estableciendo la estructura organizacional y adoptando la respectiva planta de cargos con la determinación de las competencias generales por áreas, a fin de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios así como la creación y facilitación de las condiciones tendientes a su recuperación y viabilidad operativa y financiera. En su artículo undécimo determinó que: **“Son empleados públicos con funciones de dirección o confianza de EMCALI EICE ESP quienes ocupen los siguientes cargos: ... Jefe de Departamento”**. (fls. 113 a 147 cdn. ppal.).

Por medio de la Resolución No. 3382 de 20 de mayo de 2004, emitida por el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios designado para EMCALI en ejecución de la toma de posesión, se determinó incorporar a la demandante a la planta de cargos como empleada pública, **en el cargo de Jefe de Departamento asignado a la dependencia Departamento de Servicio al Cliente y PQR de la Gerencia Comercial**. Tomó posesión del cargo según consta en el Acta No. 037 - 2004 de 1° de junio de 2004 (fls. 20, 21 y 19 cdn. ppal.).

Se aprecia la Resolución GG No. 103 de 10 de febrero de 2006 **“Por la cual se hace un nombramiento”** en cuyo único artículo se nombra “a la señora Sandra Isabel Bermúdez Pérez, ... como empleado público en el cargo de **JEFE DE DEPARTAMENTO, código de cargo 920-001, asignado a la dependencia DEPARTAMENTO DE SERVICIO AL CLIENTE Y PQR de la GERENCIA COMERCIAL** code 72412000...”. Este acto le fue comunicado a la demandante en la misma fecha por medio del Oficio 830-DTH-0565 signado por el Jefe Departamento de Talento Humano de EMCALI (fls. 172, 170, 171 cdn. ppal.).

Informa al Tribunal el Jefe Departamento de Talento Humano de EMCALI en Oficio 830-DTH-004787 de 21 de junio de 2007 que: “... el Antecedente Administrativo que dio origen a la Resolución GG No. 000103 de febrero 10 de

2006, Por la cual se hace un Nombramiento, fue el Oficio 830-DTH-0565 del 10 de Febrero de 2006, mediante el **cual Declaran Insubistente a la Doctora MYRIAM CORREAL GOODING, por desempeñar un cargo de Libre Nombramiento y Remoción**, lo cual dio origen a la Resolución en mención". (Fls. 242 cdn. ppal.).

El 16 de febrero de 2006 la actora solicitó ante la Procuraduría Provincial de Cali se investigara disciplinariamente al Representante Legal de EMCALI, pues se vinculó a dicha entidad como servidora pública en cargo de libre nombramiento y remoción, que ocupó hasta el 10 de febrero de 2006 cuando se produjo su declaratoria de insubsistencia en forma tácita, con vulneración de la Ley 996 de 2005, lo que a su turno constituye una falta sancionable según la Ley 734 de 2002. (fls. 174 a 176 cdn. ppal.).

El 29 de junio de 2007 la Procuraduría Regional del Valle emitió resolución en la que revocó la decisión de archivo que había proferido respecto de las diligencias anteriormente reseñadas, por considerar que el representante legal de EMCALI quien emitió el acto ahora acusado, era particular que cumple funciones públicas, por lo que según el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 es sujeto disciplinable en concordancia con el Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-. (fls. 246 a 255 cdn. ppal.). El 29 de enero de 2007 la Procuraduría ordenó la terminación de la actuación en consideración a que el Agente Especial de EMCALI investigado no estaba obligado a observar las restricciones de la Ley 996 de 2005, para disponer de un acto de libre nombramiento y remoción. (fls. 283 a 295 cdn. ppal.). Y, el 23 de enero de 2009 formuló pliego de cargos en contra del disciplinado porque incurrió en la prohibición contenida en el inciso 4° del Parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en lo que se refiere a la prohibición de modificar las nóminas dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, con lo que pudo haber incumplido la obligación establecida en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002. Su falta se califica provisionalmente como grave a título de culpa. (fls. 325 a 332 cdn. ppal.).

#### **ANÁLISIS DEL CARGO**

La demandante fundamenta su reproche en contra del acto de insubsistencia tácita, en el desvío de poder, en el que en su sentir, incurrió el entonces Agente Especial Designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejecución de la toma de posesión de EMCALI E.I.C.E E.S.P., que se vislumbró en la vulneración de la Ley de Garantías y que de paso no redundó en el mejoramiento del servicio.

Pues bien, tal como quedó dilucidado en apartado precedente, el cargo que la actora desempeñaba al interior de la empresa intervenida, en calidad de Jefe de Departamento, fue clasificado como empleo público de dirección o confianza, según lo especificó el artículo undécimo de la Resolución No. 820 de 20 de mayo de 2004, emitida por el Agente Especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejecución de la toma de posesión con fines liquidatorios; lo que se traduce, en que era empleada libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, condición que le confirió la función que le fue otorgada.

Al encontrarse vinculada a la administración en tal calidad, en principio se puede afirmar, que respecto de la demandante operaba la facultad de libre nombramiento y remoción, pudiendo de esta manera, ser retirada del ejercicio de sus funciones con la finalidad de garantizar el buen servicio público, puesto que no la amparaba fuero de inamovilidad alguno.

No obstante, de importancia resulta destacar, que en razón de la crisis por la que atravesaba la empresa demandada y por disposición de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fue necesario su sometimiento a la liquidación; por manera, que se encontraba sujeta, ya no a lo dispuesto por su Gerente, quien hasta el momento era su representante legal, si no por lo que de ahí en adelante ordenara el Agente Especial, que fue designado por aquella y, quien en consecuencia tomó las riendas de la representación legal de la entidad en liquidación.

Pero, el ámbito de acción de este funcionario liquidador no era omnímodo, por el contrario, estaba claramente estipulado en las Resoluciones SSPD 141 y SSPD 562 ambas de 2003, en las que se determinaron los efectos derivados de la toma de posesión con fines liquidatorios; que al ser revisadas, en ninguna de ellas aparece el Agente Especial investido con facultades para modificar la planta de personal.

Y aunque la Resolución SSPD 562 de 2003, que indicó los efectos de la toma de posesión con fines liquidatorios señala, que de conformidad con el artículo 121 de la Ley 142 de 1994<sup>12</sup>, en los procesos de toma de posesión y liquidación, se aplican en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras<sup>13</sup>; lo cierto es que, en este ámbito, el Agente Liquidador dentro de la potestad que le asiste, relacionada con la disposición de los cargos en la empresa intervenida, solo aparece habilitado para dar por terminados aquellos contratos de trabajo de los empleados cuyos servicios no se requieran con sujeción a las normas laborales y para contratar o conservar los que sean necesarios a fin de adelantar la liquidación.

Significa lo anterior, que en manera alguna el Agente Especial de EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se encontraba habilitado por la normativa que regula sus funciones, para, en su condición de representante legal de la entidad sometida a liquidación, modificar su nómina y menos en época pre electoral, por expresa prohibición de la Ley Estatutaria de Garantías, que tal como se observó en párrafo precedente, impide la modificación de la nómina de la entidad territorial dentro de los cuatro meses anteriores a los comicios electorales, comprendidos en criterio de la Corporación, aquellos que buscan la elección de Presidente de la República.

---

<sup>12</sup> **Ley 142 de 1994. Artículo 121.** “Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos. La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. (...) // Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa. // **Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras.** Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes”.

<sup>13</sup> **Decreto 663 de 1993. "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración". Artículo 295. Régimen aplicable al Liquidador y al Contralor. (...) 9. Facultades y deberes del liquidador.** El liquidador designado por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades: (...) **m. Dar por terminados los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera, y conservar o contratar los que sean necesarios para el debido adelantamiento de la liquidación”.**

En efecto, tal como aparece probado en el proceso, el acto de nombramiento de la persona que reemplazó a la demandante, fue emitido el 10 de febrero de 2006, por el Agente Especial Designado por la SSPD, precisamente cuando estaba próximo a celebrarse el certamen comicial, el 28 de mayo de 2006; es decir, que la declaratoria de insubsistencia se produjo por parte del Agente Especial, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones para Presidente de la República, con lo que resulta ser evidente no solo la infracción a lo estipulado por el Parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, sino además, la vulneración a las normas que regulan su función de representación legal de las empresas de servicios públicos domiciliarios sujetas a intervención.

De igual modo, no pasa desapercibido para la Sala, que además de que la declaratoria de insubsistencia tácita se constituyó *contra legem*, en el proceso tampoco existe prueba alguna que contradiga sobre la capacidad que le asistía a la actora para continuar ejerciendo su labor en el cargo, aunado a que la empresa demandada de ninguna manera justificó las razones por las cuales la permanencia de la actuante en el cargo resultaba ser inconveniente; con lo que a todas luces su retiro se produjo en forma ilegal, caprichosa y arbitraria.

Desde esta óptica entonces, se determina con total claridad la configuración del vicio alegado de desvío de poder.

En suma, ni las circunstancias de tiempo y modo en las que se emitió el acto de insubsistencia tácita, ni los medios de prueba, permiten predicar sobre la legalidad del acto acusado; de tal suerte, que habiéndose constatado que se encuentra desvirtuada su presunción de legalidad, es por lo que la Sala confirmará la decisión de primera instancia impugnada.

Por lo demás, en lo que concierne a la inconformidad de la apelante en cuanto a la orden del *a quo* de pagar a la demandante los salarios y prestaciones legales desde la fecha de su retiro hasta la fecha de su reintegro con la debida actualización, en sentir de la Sala se mantiene incólume, porque el perjuicio que le fue irrogado por cuenta de la administración, solo se verá resarcido, precisamente con el pago de todos esos conceptos laborales con la correspondiente actualización y, que dejó de percibir hasta cuando efectivamente se produzca su reintegro.

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

**F A L L A**

**CONFÍRMASE** la sentencia apelada de 30 de julio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso promovido por la señora MYRIAM CORREAL GOODING contra las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.-.

Reconócese personería a Elizabeth Velasco Góngora para representar a la demandada conforme a poder conferido obrante a folios 435 y 436 cdn. ppal.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN    ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**