

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Vulneración de la ley de garantías preelectorales. Reintegro al cargo

El Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá estaba en la obligación de respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad dentro de los cuatro (4) meses anteriores a los comicios electorales, en caso de no ser cumplido dicho precepto traería como consecuencia que el acto estuviera viciado de nulidad. Por consiguiente, el acto demandado por medio del cual se declaró insubsistente al actor fue expedido por el Gerente General de la entidad el 9 de diciembre de 2005 mediante Resolución 0951, conforme consta a folio 18 del expediente, sin que se haya demostrado en el plenario que esta decisión haya sido tomada con base en alguna de las condiciones exceptivas que la norma consagra. De la misma forma se estableció que el 12 de marzo de 2006 se llevaron a cabo los comicios electorales para elegir a los miembros del Congreso de la República y a partir del 24 de noviembre de 2005 la Ley 996 de 2005 adquirió vigencia (Diario Oficial No. 46.102 de 24 de noviembre de 2005). De tal suerte que los cuatro (4) meses que la ley consagra en estos eventos -Ley de Garantías Preelectorales-, empezó a contabilizarse a partir del 12 de noviembre de 2005, por lo que se puede concluir que el acto acusado se expidió en vigencia de dicho término, esto es, dentro del período preelectoral (9 de diciembre de 2005), con lo que la entidad demandada desatendió lo dispuesto en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005. Al declarar la nulidad del acto administrativo enjuiciado, el efecto consecuente es que las cosas retornen a su estado inicial como si nunca hubiesen ocurrido, por lo que se hace imperioso reintegrar al actor al cargo que ocupaba al momento del retiro o a otro de igual o superior jerarquía que exista en la planta de personal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, sin limitación alguna, en aras de proteger el derecho fundamental al trabajo, tal como lo dispuso el juez de primera instancia.

FUENTE FORMAL: LEY 996 DE 2005 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 152 / ACTO LEGISLATIVO NUMERO 2 DE 2004 – ARTICULO 38

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04060-01(1036-09)

Actor: ERNESTO MAURICIO RESTREPO VERSWYVEL

Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA

APELACIÓN SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el trece (13) de noviembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del artículo 1 de la Resolución 0951 del 9 de diciembre de 2005 proferida por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Gerente Nivel 4, Código 0800 – 001, Gerencia Corporativa Servicio al Cliente.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando cuando fue retirado del servicio o a uno de igual o superior jerarquía en la misma ciudad en que desempeñó sus funciones, se le cancelen los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectiva su revinculación y se declare que no ha existido solución de continuidad.

Como hechos de la demanda, expuso que prestó sus servicios a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá desde el 14 de abril de 1998 hasta el 9 de diciembre de 2005, fecha en la que fue declarado insubsistente del cargo de Gerente Nivel 4 Código 0800 – 001, Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente. Aludió que durante el tiempo que prestó sus servicios ejerció las funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación y no fue objeto de ningún tipo de sanción o amonestación de carácter disciplinario o administrativo. Así mismo fue encargado para desempeñar diversos cargos y funciones de especial confianza y manejo, para los cuales se requería competencias profesionales excepcionales, como también participó en diferentes cursos y actualizaciones que la entidad pago acorde con los procesos de reorganización empresarial.

Sostuvo que en su reemplazo se nombró mediante Resolución 973 del 12 de diciembre de 2005 al geólogo Carlos Augusto Ortega Galvis, siendo este funcionario quien le notificó la declaratoria de insubsistencia en su calidad de Gerente de Gestión Humana de la entidad demandada y quien con posterioridad asumió en propiedad el cargo de Gerente Operativo de Servicio al Cliente tres (3) días después. Manifestó que el acto de insubsistencia no estuvo inspirado en razones de buen servicio ni respetó los principios que orientan la función administrativa, desconociendo los principios y criterios previstos en las Leyes 909 de 2004, 996 de 2005 y la Circular 007 de 2005 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 255 – 3276) al encontrar que con la expedición del acto acusado la entidad desatendió la prohibición de modificar la nómina contemplada en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales).

Consideró infundados los vicios de falsa motivación y desviación de poder por cuanto el actor desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo que lo procedente era el retiro en ejercicio de la facultad discrecional, decisión que no requiere motivación y se presume tomada por razones de buen servicio. Así mismo sostuvo que no existió desmejora en el servicio respecto del reemplazo del actor, pues de acuerdo a lo allegado al proceso se pudo establecer que el funcionario nombrado reunía los requisitos exigidos para desempeñar el cargo.

Sostuvo que el actor fue declarado insubsistente el 9 de diciembre de 2005, fecha para la cual conforme a la Ley de Garantías era prohibido modificar la nómina de la entidad, adicionalmente, el caso particular del actor no se encuadra dentro de las excepciones que la ley contempla, por lo que su retiro de la entidad vulneró lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Concluyó que si bien la desviación de poder alegada por violación a la Ley 909 de 2004 y a la Circular 007 del 21 de diciembre de 2005 no encuentra asidero,

bajo el entendido de que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto para garantizar el buen servicio de la administración y porque la circular fue expedida tiempo después del acto de insubsistencia, no puede predicarse lo mismo respecto de la desvinculación dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones, puesto que en este tiempo, de acuerdo a la Ley 906 de 2005, era improcedente la modificación de la nómina, por expresa prohibición legal.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad accionada solicitó que se revoque la decisión del a – quo y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda. En síntesis, alegó que el cargo desempeñado por el actor es de libre nombramiento y remoción, de naturaleza directiva o de confianza por lo que en aplicación de lo establecido en la Ley 909 de 2004, el retiro podía producirse en cualquier momento, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de motivación.

Así mismo alegó que no se impugnó el acto administrativo que designó el reemplazo del actor, razón por la cual no se puede reintegrar al actor al cargo en la medida en que no se logró comprobar la ilegalidad del nombramiento de la persona nombrada en su lugar.

Adicionalmente manifestó que “si se considera que con el acto de declaratoria de insubsistencia se desconoció y en consecuencia se violó lo establecido en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por haberse modificado la nómina de la entidad, se debe señalar que en este caso, el acto controvertido se encuentra incurso temporalmente en una causal de nulidad”.

Adujo que en caso de proceder el reintegro en aplicación de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por haberse modificado la nómina de la entidad, este solo opera desde el momento en que fue retirado del servicio hasta el día en que estuvo vigente la restricción consagrada en la ley.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público mediante concepto visible a folios 421 a 429 vuelto del expediente, solicitó se confirme la sentencia impugnada en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda.

Adujo que “no existe duda de que el actor era un empleado de libre nombramiento y remoción, a más que el cargo que desempeñaba se ubicaba dentro del organigrama de la empresa de servicios públicos domiciliarios como de confianza y manejo, por lo que bien podía la entidad declarar su insubsistencia, como lo hizo a través del acto censurado, decisión que en esas condiciones se encuentra revestida de la presunción de legalidad”, por lo que el actor debía probar la desmejora en el servicio o que su reemplazo no reunía los requisitos de competencia profesional requeridos para suplirlo, circunstancias que no sucedieron en el presente caso.

Respecto al nombramiento del reemplazo del actor sostuvo que la entidad demandada no demostró que el mismo acto que produjo la desvinculación del actor fue el que le confirió el cargo a la persona que lo reemplazó. “Adicionalmente, si no lo alegó en su debida oportunidad, no es éste el momento para plantear tal requerimiento, dado que por razones de lealtad, economía y eficiencia procesal, tales objeciones deben presentarse de manera oportuna, para que puedan ser materia de debate. Puede decirse en ese sentido que el silencio que guardó la demandada convalidó el yerro que pudiera existir al respecto”.

En cuanto a que la administración no podía retirar del servicio al actor porque existía una disposición legal que tenía vedada cualquier modificación en la nómina de las entidades del Estado de acuerdo a lo establecido en la Ley 996 de 2005, consideró que esta prohibición se consagró respecto de todos los servidores públicos del Estado, incluidos los del orden territorial, razón por la cual dentro de dicho término no se podía modificar la nómina, salvo que se tratara de las causales de exclusión expresamente previstas en la norma.

Conforme a lo anterior, se estableció que el acto de insubsistencia se profirió el 9 de diciembre de 2005 y no se demostró que se hizo con base en

alguna de las condiciones exceptivas que consagra la norma, por lo que concluyó que el acto se expidió dentro del término de los 4 meses que fijó la ley, desatendiendo abiertamente la prohibición citada, en cuanto no se podía modificar la nómina de las entidades.

Admitido y tramitado el recurso de apelación interpuesto, la Sala decidirá la presente controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a determinar si se ajusta o no a derecho el acto administrativo por medio del cual el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Gerente Nivel 4 Código 0800 – 001, Gerencia Corporativa Servicio al Cliente.

Previo a cualquier análisis, la Sala procede a resumir la historia laboral del actor dentro de la entidad:

- El actor fue nombrado en propiedad en el cargo de Director de Mantenimiento de Acueducto mediante Resolución 0412 del 8 de abril de 1998 (fl. 44), posesionado por Acta No. 026 (fl. 45).

- Mediante Resolución 0037 del 23 de enero de 2001 fue trasladado al cargo de Director Operativo de la Dirección de Producción de la Gerencia de Operación Código 8200001 Nivel 8 (fl. 35).

- Fue encargado en diferentes oportunidades de las funciones correspondientes al cargo de Gerente de Operaciones (fls. 29 – 41), así como se le concedieron diferentes comisiones de servicios al exterior (fls. 10 – 13, 14 – 17, 27 – 28, 30 - 31).

- El Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. lo nombró en propiedad como Director Operativo Nivel 8 Código

0835 – 001 de la Dirección Servicio Acueducto y Alcantarillado de la Gerencia Zona 3 de la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente, mediante Resolución 944 del 20 de agosto de 2002 (fl. 32).

- Por Resolución 0161 del 20 de febrero de 2004 fue nombrado en propiedad como Gerente Nivel 4 Código 0800 – 001 de la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente a partir del 20 de febrero de 2004 (fl. 19).

Visto lo anterior, se puede deducir que el cargo ocupado por el demandante corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto cumple con las siguientes características: es del nivel directivo y es de aquellos que implican confianza, es decir, que las funciones que desempeñaba son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio involucra cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría, así como es el responsable de la formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos para el logro de los objetivos y metas institucionales (fls. 47 – 49); razón por la cual, el Gerente General podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular.

Ahora bien, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, esto es, la razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

De la misma forma, la Ley 909 de 2004, norma vigente y aplicable para la fecha en que se expidió el acto acusado, en su artículo primero señaló:

“La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales”.

Por su parte, el artículo 5 ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

“Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(. . .)

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

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(. . .).”

El párrafo 2 inciso 2 del artículo 41 ibídem, estableció que la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado**:

“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;

(. . .)

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” (Subraya fuera de texto)

Teniendo en cuenta que el acto acusado fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004)¹ y es a partir de esta fecha que los actos administrativos de insubsistencia deben motivarse siempre que se ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, contrario a lo dispuesto frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, en la cual se encuentra el empleo referido, puede afirmarse que el acto de insubsistencia goza de presunción de legalidad tal y como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, por tratarse de una presunción legal, la misma es pasible de ser desvirtuada con el fin de demostrar que fueron razones diferentes al buen servicio las que motivaron el retiro del actor.

Se repite, el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá tenía plenas facultades para retirar del servicio al actor, sin que ello constituya falla o falta alguna; empero, lo que sí implicaría un uso desviado es que eventualmente, hubiese nombrado a persona que no cumplía con los requisitos necesarios para el cargo, teniendo en cuenta que se pondría en riesgo la prestación del servicio público, premisa que tampoco se logró demostrar en el transcurso del proceso, toda vez que la persona que reemplazó al actor, cumplía

¹ Respecto a la obligación de la motivación en los actos administrativos de insubsistencia esta Sección se pronunció en la sentencia de 23 de septiembre 2010. Proceso No.: 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883-2008). ACTOR: MARÍA STELLA ALBORNOZ MIRANDA.

con los requisitos exigidos para desempeñarlo tal y como se pudo constatar con la hoja de vida allegada al plenario y así lo constató el juez de primera instancia.

Ahora bien, alude la parte accionada en el recurso de alzada la prohibición de alterar la nómina de empleados en las entidades en época preelectoral de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales) “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”. Dicha preceptiva contempla en el artículo 38, la 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.” (Subraya fuera de texto)

Al respecto la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto del 4 de febrero de 2010 con ponencia del doctor Enrique José Arboleda Perdomo Expediente No. 2010 – 00006 – 00 (1985) respecto a lo establecido en el párrafo transcrito manifestó que:

“(. . .)

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.

Destaca la Sala el último inciso del párrafo transcrito, porque prohíbe 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 vinculaciones a la nómina del respectivo organismo o entidad territorial.

(...).

Así las cosas, la norma en cita prohíbe expresamente la vinculación en las entidades estatales, cualquiera que sea su naturaleza, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, del Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, así como hacer modificaciones al respectivo organismo o entidad territorial, salvo las excepciones expresamente consagradas.

La Corte Constitucional en sentencia C – 1153 del 11 de noviembre de 2005 con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, al realizar el estudio de constitucionalidad de la Ley 996 de 2005 y en especial lo referente al artículo 38 (declarado exequible), manifestó:

“(...)

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 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.

(. . .)”

Corolario de lo expuesto, el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá estaba en la obligación de respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad dentro de los cuatro (4) meses anteriores a los comicios electorales, en caso de no ser cumplido dicho precepto traería como consecuencia que el acto estuviera viciado de nulidad.

Por consiguiente, el acto demandado por medio del cual se declaró insubsistente al actor fue expedido por el Gerente General de la entidad el 9 de diciembre de 2005 mediante Resolución 0951, conforme consta a folio 18 del expediente, sin que se haya demostrado en el plenario que esta decisión haya sido tomada con base en alguna de las condiciones exceptivas que la norma consagra.

De la misma forma se estableció que el 12 de marzo de 2006 se llevaron a cabo los comicios electorales para elegir a los miembros del Congreso de la República y a partir del 24 de noviembre de 2005 la Ley 996 de 2005 adquirió vigencia (Diario Oficial No. 46.102 de 24 de noviembre de 2005).

De tal suerte que los cuatro (4) meses que la ley consagra en estos eventos -Ley de Garantías Preelectorales-, empezó a contabilizarse a partir del 12 de noviembre de 2005, por lo que se puede concluir que el acto acusado se expidió en vigencia de dicho término, esto es, dentro del período preelectoral (9 de diciembre de 2005), con lo que la entidad demandada desatendió lo dispuesto en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 motivo por el cual se configuró el vicio de nulidad por violación a la ley en la expedición del acto que retiró del servicio al actor, motivo suficiente para declarar la nulidad del mismo conforme lo realizó el juez de primera instancia.

Así las cosas, el juez de primera instancia, acertó al acoger las pretensiones de la demanda, pues el nominador no podía aún cuando se tratara de un cargo de libre nombramiento y remoción, omitir las prohibiciones que la ley de garantías preelectorales imponía respecto de la modificación de la nómina de servidores públicos.

Ahora bien, argumenta el recurrente que en caso de reconocerse la violación a la Ley 996 de 2005 con la expedición del acto acusado, no es procedente ordenar el reintegro sino únicamente el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde cuando fue retirado del servicio hasta el día en que estuvo vigente la restricción, esto es, hasta el 12 de marzo de 2006, fecha en que se llevaron a cabo los comicios electorales.

A juicio de la Sala no es de recibo declarar la nulidad parcial temporal del acto de insubsistencia como erradamente lo pretende la entidad accionada en el recurso de alzada, en el entendido de que la existencia de vicios de violación de la ley y la desviación de poder en la expedición del acto acusado genera la nulidad absoluta y definitiva del mismo de conformidad con lo establecido en el artículo 84 del C.C.A. sin que el paso del tiempo convalide su validez por tratarse de una nulidad insaneable. Así mismo no puede pretenderse que una vez cumplido el

término de la restricción legal debía producirse el retiro efectivo del actor, en cuanto su nombramiento no se encontraba sometido a ningún plazo ni condición, sino a la voluntad del nominador sujeta a las condiciones de razonabilidad y necesidades del servicio.

Así las cosas, al declarar la nulidad del acto administrativo enjuiciado, el efecto consecuente es que las cosas retornen a su estado inicial como si nunca hubiesen ocurrido, por lo que se hace imperioso reintegrar al actor al cargo que ocupaba al momento del retiro o a otro de igual o superior jerarquía que exista en la planta de personal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, sin limitación alguna, en aras de proteger el derecho fundamental al trabajo, tal como lo dispuso el juez de primera instancia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por el señor **ERNESTO MAURICIO RESTREPO VERSWYVEL**.

Se reconoce personería a la doctora Esperanza Andrea Ayala Quintana como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder que obra a folio 480 del expediente.

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

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

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN
En Comisión

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO