

RECURSO DE APELACIÓN – Contra decisión que en audiencia inicial declaró no probadas las excepciones previas de falta de competencia e inepta demanda por indebida escogencia del medio de control / RECURSO DE APELACIÓN – Se confirma decisión / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Facultades en los procesos de intervención / TOMA DE POSESIÓN – Naturaleza / TOMA DE POSESIÓN – Concepto / TOMA DE POSESIÓN – Modalidades / AGENTES ESPECIALES Y LIQUIDADORES – Naturaleza de sus funciones / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y su prestación conlleva la ejecución de una actividad económica, en la que pueden concurrir particulares, el Estado directa o indirectamente o comunidades organizadas. Sin embargo, la Constitución en el artículo 365 prevé la intervención del Estado, a través de la regulación, el control y la vigilancia, en aras a que la prestación se dé de manera efectiva y con calidad. (...). [E]l ejercicio de control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, (...), es desarrollado por el Presidente de la República, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (...). En ese orden de ideas, la Ley 142 de 1994 estableció, (...), los casos en que el Superintendente de Servicios Públicos, (...), puede tomar posesión de una empresa de servicios públicos, así como el procedimiento y duración de la actuación. (...). En ese sentido, el procedimiento aplicable a la toma de posesión y liquidación de empresas de servicios públicos domiciliarios es el dispuesto en el Decreto 663 de 1993. (...), así como el Decreto 2555 de 2010. (...). La toma de posesión ha sido definida por la Corte Constitucional como “(...) una medida de intervención extrema, en la que la Superintendencia de Servicios Públicos toma la administración de un prestador de servicios públicos, para administrarla o liquidarla según la situación en que se encuentre la empresa (...)”. En ese sentido, la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituye en la concreción de uno de los diversos instrumentos de intervención estatal por parte del órgano de inspección, control y vigilancia. Se debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 81 de Ley 142 de 1994, esta posesión ha sido concebida como una sanción a las empresas de servicios públicos que quebranten las normas a las que deben estar sujetos. (...). Vista como sanción, la toma de posesión debe estar precedida del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la Ley 142 de 1994, con el fin de garantizar el respeto al derecho del debido proceso. (...). [E]sta Corporación ha considerado que son dos las modalidades de la toma de posesión. (...). [C]uando la Superintendencia ordena la toma de posesión para administrar, puede definir un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida y, si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación. Esto implica que la toma de posesión puede darse, inicialmente para administrar o para liquidar, no obstante, si se cumplen los presupuestos para iniciar el proceso de estabilización económica de la empresa, no será necesaria la liquidación de la misma. (...). [T]anto los agentes especiales como los liquidadores ejercen funciones públicas, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas del derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión o de liquidación o de las demás normas que sean aplicables. De ahí que las funciones asignadas a los agentes especiales deban cumplirse con estricta sujeción al ordenamiento jurídico y a los estatutos internos de la prestadora tomada en posesión. El ejercicio de la intervención debe estar encaminado a preservar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios dentro de los límites laborales, financieros, operativos y comerciales

y, deben velar por la conservación y defensa de los activos de la prestadora intervenida. (...). En ese orden de ideas el Agente Especial, (...), no mantiene alguna vinculación como servidor público de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, una vez termina su intervención. No obstante, (...), puede decirse que mientras el agente especial ejecute las tareas propias de su intervención ejerce funciones públicas, las cuales cesarán una vez se liquide la empresa o finalice la toma de posesión.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los procesos de intervención, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 31 de enero de 2018, radicación 85001-23-33-000-2015-00014-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Respecto a las modalidades de la toma de posesión, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 26 de enero de 2006, radicación 54001-23-31-000-2002-01944-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 370 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 59 NUMERALES 1 Y 3 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 75 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 79 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 81 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 121 INCISO 5 / DECRETO 990 DE 2000 – ARTÍCULO 7 / DECRETO 663 DE 1993 / DECRETO 2555 DE 2010 – ARTÍCULO 9.1.1.2.2 / ESTATUTO ORGÁNICO FINANCIERO – ARTÍCULO 291 NUMERAL 8 / ESTATUTO ORGÁNICO FINANCIERO – ARTÍCULO 295 NUMERAL 1

EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL – Se confirma decisión que la declaró no probada / MEDIOS DE CONTROL DE NULIDAD Y DE NULIDAD ELECTORAL – Actos pasibles de control / ACTO DEMANDADO – Su naturaleza determina el medio de control a utilizar / ACTOS ELECTORALES – Clases

Según se lee en los motivos del acto parcialmente acusado, mediante la Resolución No. SSPD-20131300012555 de 3 de mayo de 2013, la Superintendencia ordenó la toma de posesión con fines liquidatorios de la EAAAY EICE ESP. (...). Para superar dicho estado, la Superintendencia designó como agente especial responsable de la administración y representante legal de la misma al señor Jorge Ernesto Silva Gómez. Una vez desarrollado y superado el proceso de intervención, la Superintendencia, mediante la Resolución No. SSPD 20196000000065 del 15 de marzo de 2019, resolvió, entre otros aspectos: "(...) ESTABLECER un periodo de estabilización hasta el 31 de diciembre de 2019. (...). DISPONER que, (...), la representación legal y gerencia de la empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de Yopal EAAAY EICE ESP, continuará a cargo del actual agente especial quien, una vez notificada la presente resolución, pasará a denominarse gerente. (...). DESIGNAR como agente especial suplente, a la doctora YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA. (...)". A juicio del recurrente, el acto demandado no es pasible del medio de control de nulidad electoral, habida cuenta que la designación del agente especial de la EAAAY no es equiparable al nombramiento de un empleado público. En consecuencia, pidió que se declarara probada la excepción previa de indebida escogencia del medio de control, pues el acto atacado solo puede ser controvertible por el medio de control de nulidad. (...). [L]a Sala debe determinar si la SSPD al "DISPONER que, durante el periodo de estabilización, la representación legal y gerencia continuara a cargo del agente especial" y al "DESIGNAR como agente especial suplente, a la doctora YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA" en la Resolución No. SSPD 20196000000065 del 15 de marzo de 2019, es equiparable a un acto de

nombramiento, que permita la procedencia del medio de control impetrado. Sobre el particular, esta Sala considera importante recordar cuáles son los actos susceptibles de control a través del medio de control de nulidad y cuáles los que se pueden examinar mediante nulidad electoral. (...). Para cumplir ese cometido, el principal cambio que se introdujo en el CPACA fue el de eliminar la diferencia entre acción y pretensión, debido a que se entendió que la acción es una sola y que lo que diferencia los distintos medios de control es la pretensión de la demanda y el acto que se controvierte. (...). [A] partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011 lo que determina la procedencia de uno u otro medio de control es, principalmente, la naturaleza del acto acusado, de forma que este debe ser el parámetro a tener en cuenta para establecer si el medio de control escogido por la parte actora es el idóneo o; si por el contrario, atañe al juez, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 171 ibídem, adecuarlo, si ello es posible, al trámite correspondiente. Ahora bien, en lo que respecta al acto electoral, esta Sala ha sostenido que es el que emana del ejercicio de la función electoral, sea esta directa o indirecta, debe entenderse como un acto autónomo, especial y distinto del acto administrativo, comoquiera que aquel no se origina en la función administrativa, sino en la función electoral. Según se ha entendido existen cuatro clases de actos electorales a saber: i) El originado en la elección popular, el cual constituye, por su naturaleza, la expresión más directa de la democracia, pues materializa la voluntad del electorado en la designación de los dignatarios del Estado que se someten a esa forma de escogencia. (...). ii) El acto de llamamiento, que se utiliza para proveer curules ante las vacancias temporales o absolutas que se generen al interior de una corporación pública de elección popular y que son ocupadas por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral; (iii) El de elección por cuerpos colegiados a través del cual, en aplicación del sistema de pesos y contrapesos, se designan servidores públicos, en los diferentes niveles nacional y territorial; y (iv) Los actos de nombramiento, aunque estos son expresión propia de la función administrativa, como el legislador los enlistó como acto electoral se conocen como tal. (...). Para la Sala, en el presente caso, es claro que las normas demandadas, independientemente de la calidad de actos administrativos de carácter particular y concreto que le han dado a este tipo de actos las secciones Primera y Tercera, constituyen en realidad un verdadero acto de nombramiento de un funcionario del nivel directivo, pues a través de este se dispuso el acceso al cargo de gerente de la EICE ESP estatal, durante el periodo de estabilización de dicha empresa. En ese entendido, al disponer que el agente especial continúa como gerente en el periodo de estabilización y designarse un agente especial suplente, se reviste a dichos agentes de función pública. Y si bien dicha función no es permanente, sino temporal, lo cierto es que esta es ejercida mientras se desarrollan las labores propias del periodo de intervención y estabilización, por lo que la designación sí es equiparable a un acto de nombramiento de un empleado público, pasible de control en los términos del artículo 139 del CPACA. Lo anterior encuentra sustento en el numeral 8 del artículo 291 y 1º del 295 del Estatuto Orgánico Financiero, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 9.1.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, en tanto dice que los agentes especiales como los liquidadores ejercen funciones públicas, máxime si la resolución que los designa los reviste de la condición de gerentes propiamente. De ahí que, para la Sala, en la toma de posesión de una empresa, el agente especial designado desplaza al gerente o la junta de socios de la sociedad intervenida y asuma directamente las funciones de administración y control de la misma. En ese entendido, al darle al agente especial la categoría del gerente y designar un suplente, tales designaciones sí son susceptibles de ser controladas mediante la nulidad electoral. En ese orden de ideas, no prospera el recurso de apelación en lo que respecta a este cargo.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a los actos susceptibles de control de nulidad y los de nulidad electoral, consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2018, radicación 25000-23-41-000-2018-00165-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Reiterado en: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 4 de marzo de 2019, radicación 11001-03-28-000-2019-00007-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre la distinción entre función administrativa y función electoral, consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de junio de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro y sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro. En lo relacionado con las clases de actos electorales, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 9 de mayo de 2018, radicación 2018-00009, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA – Se confirma decisión que la declaró no probada

Establecido que las normas demandadas contienen una designación equiparable al nombramiento, corresponde a la Sala determinar sobre quién recae la competencia para conocer del presente asunto. El numeral 9º del artículo 152 del CPACA dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia “De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional. (...)” (...). En esta oportunidad se demanda la disposición para que el agente especial de la SSPD continúe como gerente y la designación de su suplente, para adelantar el proceso de estabilización de una empresa industrial y comercial del Estado del orden territorial, a quienes se les asignaron funciones de gerente, cargo que, en los términos del artículo 16 del Decreto Ley 785 de 2005, es del nivel directivo. Adicionalmente, los artículos acusados fueron expedidos por la SSPD, entidad del orden nacional. En consecuencia, las demandas de nulidad contra los actos de nombramiento que expida la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios son competencia de los Tribunales Administrativos, en primera instancia. En consecuencia, como el acto de designación demandado se expidió por una autoridad del orden nacional –la SSPD- (...), su control de legalidad se asignó a los tribunales administrativos en primera instancia de conformidad con el numeral 9 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y adicionalmente, porque conforme con el artículo 139 ib., se trata del nombramiento que expide una autoridad del orden nacional. (...). La Sala confirmará la decisión de la Magistrada Ponente, adoptada en audiencia del 29 de agosto de 2019, que declaró no probadas las excepciones de falta de competencia e indebida escogencia del medio de control, al encontrarse probado que la designación del agente especial que hace las veces de gerente de la EICE ESP y la gerente suplente, corresponde a un acto de nombramiento pasible del medio de control de nulidad electoral, cuya competencia, en primera instancia, recae en los Tribunales Administrativos.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 152 NUMERAL 9 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 171 / DECRETO LEY 785 DE 2005 - ARTÍCULO 16

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 85001-23-33-000-2019-00055-01

Actor: GUILLERMO GAVIRIA GIRALDO

Demandado: YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA - GERENTE SUPLENTE DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE YOPAL EAAA EICE ESP

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Excepciones previas. Indebida escogencia del medio de control. Falta de competencia

Auto – Resuelve apelación

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por apoderado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en adelante SSPD o la Superintendencia, parte demandada, contra el auto dictado en la audiencia inicial del 29 de agosto de 2019, por medio del cual la Magistrada Ponente declaró no probadas las excepciones de falta de competencia e ineptitud sustantiva de la demanda por *indebida escogencia del medio de control*, propuestas por dicha entidad.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su trámite

1.1.1. El señor Guillermo Gaviria Giraldo, en nombre propio, presentó demanda de nulidad electoral contra los numerales 2 y 3 de la Resolución SSPD – 20196000000065 de 15 de marzo de 2019, mediante la que la SSPD dispuso la designación del agente especial y de la agente especial suplente –Yahaira Indira de Jesús Díaz Quesada- para liderar la etapa de estabilización que culmina la toma de posesión con fines liquidatorios de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal –EAAAY EICE ESP.

1.1.2. Hechos

- Expuso el actor que la EAAAY EICE ESP es una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio e independencia y autonomía administrativa, creada mediante Decreto 026 de 10 de junio de 1997.

- Indicó que mediante la Resolución No. 20131300012555 de 3 de mayo de 2013, la SSPD ordenó la toma de posesión con fines liquidatorios –etapa de administración temporal, de la EAAAY EICE ESP-.

- Adujo que, en razón de dicha toma de posesión, el gerente nombrado por el alcalde de Yopal se tuvo que apartar de sus funciones, toda vez que la SSPD nombró a un agente especial para que dirigiera la empresa.

- Sostuvo que el 15 de marzo de 2019 la SSPD expidió la Resolución SSPD – 20196000000065, *“Por la cual se establece un periodo de estabilización y se levanta la toma de posesión de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE ESP”*, que, en su artículo 2 resolvió:

“ARTÍCULO SEGUNDO: *DISPONER que, durante el periodo de estabilización, la representación legal y gerencia de la empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de Yopal EAAAY EICE ESP, continuará a cargo del actual agente especial quien, una vez notificada la presente resolución, pasará a denominarse gerente, y conservará las condiciones de remuneración contenidas en la resolución SSPD20186000000095 del 13 de diciembre de 2019 (sic).*”

- Explicó que, de acuerdo con lo expuesto en la norma transcrita, el cargo de gerente de una empresa industrial y comercial del Estado que tiene la naturaleza de libre nombramiento y remoción, fue efectuada por un término fijo por parte de la SSPD.

- Y, agregó, que en la referida resolución, la Superintendencia estableció en el artículo 3 y su párrafo los siguiente:

“ARTÍCULO TERCERO: *DESIGNAR como agente especial suplente, a la doctora YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 31.953.632 de Cali, quien durante el periodo de estabilización a que hace referencia el artículo primero de la presente resolución, actuará ante las ausencias temporales o definitivas del principal.*

Parágrafo: La agente especial suplente, una vez notificada la presente resolución, pasará a denominarse gerente suplente y en caso de tener que actuar como tal, tendrá las mismas condiciones del principal.”

- Dijo el actor que al haberse superado las causales de intervención iniciales, tal y como lo advierte la SSPD en el acto acusado, la medida de toma de posesión de la EAAAY EICE ESP llegó a su fin, y dicha empresa vuelve al manejo del municipio de Yopal, que retoma nuevamente las funciones establecidas tanto en la Constitución como en la ley, razón por la que no debió la Superintendencia designar agente especial gerente ni suplente del mismo.

1.1.3. A juicio del demandante, el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por las siguientes razones:

- **Violación directa de la Constitución Política de Colombia por falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para nombrar gerente de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden territorial.**

El demandante sostuvo que con la expedición de los artículos 2 y 3 con su párrafo de la Resolución SSPD – 20196000000065 de 2019, se contrarían de manera directa los artículos 315 numeral 3, 5 de la Ley 909 de 2004 y 77 de la Ley 489 de 1998, que le otorgan competencia a los alcaldes municipales para nombrar a los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Advirtió que el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 clasifica los empleos públicos, categorización que, a su juicio, es importante, en la medida en que *“dependiendo de la provisión de los cargos sobre los mismos en cada caso en particular (libre nombramiento o carrera administrativa) depende otra circunstancia, y esta es la naturaleza del nombramiento”*.

Citó la sentencia C-599 de 2000¹ para concluir que los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado son empleados de libre nombramiento y remoción, que solo pueden ser nombrados y removidos por los alcaldes en el orden local, por lo que las normas acusadas son manifiestamente contrarias a la Constitución y la ley.

Explicó que, conforme con lo dispuesto en el artículo 7 numeral 18 del Decreto 990 de 2002, que modificó la estructura de la SSPD, dicha entidad solo puede efectuar designaciones en forma temporal, al tomar posesión, y no después de ordenar el levantamiento de las medidas de toma de posesión.

En consecuencia, afirmó que si la SSPD no tenía competencia para nombrar al gerente de la EICE ESP, tal y como lo hizo en el artículo 2 del acto acusado, mucho menos la ostentaba para nombrar un gerente suplente para la misma, como en efecto lo hizo en el artículo 3 demandado.

- **Los artículos 2 y 3 con su párrafo de la Resolución SSPD – 20196000000065 de 2019 violan de manera directa la Constitución y la ley, por falsa motivación.**

Para sustentar esta censura, alegó que en la parte motiva de dicha resolución se estableció como fundamento jurídico para la designación el numeral 10 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo y numeral que se refieren a los principios que rigen la toma de posesión, pero correspondiente a lograr los fines de la intervención, no a manejar una entidad con posterioridad a la terminación de la referida intervención, por lo que se configuró la falsa motivación del acto acusado.

¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

De conformidad con estos argumentos sostuvo que se violaron: i) los artículos 4, 6, 123, 125, 210 y 315 numeral 3 de la Constitución Política; ii) el artículo 77 de la Ley 489 de 1998 y iii) los artículos 5, 17 y 23 de la Ley 909 de 2004.

1.1.4. Mediante auto del 3 de mayo de 2019, la Magistrada Ponente admitió la demanda y ordenó las notificaciones de ley. En la misma providencia, negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, por considerar que el demandante no señaló concretamente las normas acusadas, ni expuso las razones específicas que hacían procedente la medida provisional (Fls. 24-26).

Sin embargo, la decisión de negar la suspensión provisional fue anulada mediante auto de 17 de julio de 2019 (Fls. 110-111) y dicha medida fue finalmente resuelta por la Sala en auto del 8 de agosto de 2019 (Fls. 115-117).

1.2. Las excepciones propuestas en la contestación de la demanda

Dentro del término para contestar la demanda presentaron escritos: i) La SSPD, por medio de apoderado judicial y ii) Jorge Ernesto Silva Gómez², también por intermedio de apoderado y en calidad de tercero con interés directo en las resultas del proceso.

La SSPD en su contestación, además de presentar los argumentos para controvertir las afirmaciones que sustentan la demanda, formuló las excepciones previas de: **i)** falta de competencia e **ii)** inepta demanda por indebida escogencia del medio de control, las cuales fundamentó así:

1.2.1. Falta de competencia

Narró la SSPD que el Tribunal Administrativo del Casanare, al analizar la competencia para conocer del asunto en el auto admisorio de la demanda, la fundó en el numeral 8 del artículo 152 del CPACA, norma que hace mención de los actos de elección de contralores, diputados, alcaldes, personeros y miembros de corporaciones públicas. Que, no obstante, en el caso que nos ocupa, el acto demandado no se trata de un acto de elección, sino de la prolongación de la designación de un agente especial y su cambio de denominación a gerente durante el periodo de estabilización empresarial en el ámbito del levantamiento condicionado de la toma de posesión de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE ESP.

Y, agregó, que si bien podría soportarse la competencia en el numeral 9 de la misma norma, lo cierto es que la decisión adoptada frente a la representación legal de la empresa durante el periodo de estabilización no corresponde al nombramiento de un empleado público, ya que el agente interventor y el gerente en estado de estabilización carecen de tal condición.

Explicó que, en efecto, el señor Jorge Enrique Silva Gómez fue designado como agente especial de la EAAAY EICE ESP, mediante Resolución No.

² Designado gerente principal por parte de la SSPD.

20186000000075 del 6 de diciembre de 2008, y continúa como representante legal de dicha empresa en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. SSPD-20196000000065 del 15 de marzo de 2019, pero hoy en estado de estabilización, dispuesto por la misma autoridad que decreta la terminación de la intervención.

Adujo que el rango en la empresa del señor Silva Gómez ya no se denomina agente especial, sino gerente, bajo la medida denominada periodo de estabilización dispuesto por la misma autoridad que decreta la intervención y fija dicho periodo, a partir del cual sus facultades y deberes son las que estén contenidas en los estatutos de la empresa.

Indicó que el representante legal designado no devenga salario, pues no es un empleado público. El señor Silva Gómez es un profesional independiente, sin vinculación laboral ni con la EAAAY EICE ESP ni con la Superintendencia y sus honorarios son cubiertos por la empresa a la que representa, esto es, por la intervenida.

Que, en consecuencia, la regla de competencia en este caso debe ser la establecida en el numeral 1º del artículo 149 del CPACA.

1.2.2. Ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control

Para la SSPD en este caso se configuran los presupuestos para dar por probada la excepción establecida en el numeral 7 del artículo 100 del CGP, esto es, *“habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde”*.

A su juicio, el acto acusado no puede entenderse como un acto electoral, pues no se trata de un acto de elección, de nombramiento, ni de llamamiento a proveer vacantes. Y, agregó, que si bien el acto levantó la toma de posesión que pesaba sobre la EAAAY EICE ESP, esa es una medida transitoria derivada de las funciones de policía administrativa que tiene la SSPD, mediante la cual se da continuidad en la gestión a quien ya ostenta la gerencia y representación legal de la empresa por el mismo periodo de estabilización ordenado, el cual puede concluir antes, razón por la que no se configuran los presupuestos del medio de control de nulidad electoral.

Que, en consecuencia, atendiendo al tipo de acto demandado y a las pretensiones de la demanda, lo procedente sería tramitar el asunto por el medio de control de nulidad, en los términos del artículo 137 del CPACA.

A su turno, el señor **Jorge Ernesto Silva Gómez**, además de oponerse a las pretensiones de la demanda, propuso las siguientes excepciones:

1.2.3. Indebida escogencia del medio de control

Advirtió el señor Silva frente al acto acusado que no puede hablarse de un acto electoral o de contenido electoral cuando la Superintendencia, en pleno uso de

sus facultades y atribuciones, establece un periodo de estabilización como condición previa para dar por terminada una toma de posesión de una de las entidades sometidas a su vigilancia, pues la naturaleza misma del acto escapa a las definiciones del acto de elección o nombramiento de un servidor público, cuando dicho cargo es de libre nombramiento y remoción por definición legal y estatutaria.

Citó apartes de la sentencia de 30 de agosto de 2018, proferida en el expediente 2018-165-01³, para concluir que si en gracia de discusión se aceptara que es nula la designación que se hace al agente interventor como gerente, automáticamente se estaría restableciendo un derecho, en cabeza del Alcalde de Yopal para designar el referido gerente.

Advirtió que, en todo caso, la designación que ahora se cuestiona no entraña un nombramiento en propiedad que pueda ser controvertible mediante la nulidad electoral, pues solo se trata de un acto particular y concreto, accesorio al proceso de estabilización, por lo que debe ser controvertido por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.2.4. Falta de legitimación en la causa por activa

Adujo que, al tratarse de una demanda con pretensión de restablecimiento automático o tácito, el titular del derecho subjetivo reclamado es el Alcalde de Yopal, razón por la que es este quien está legitimado para presentar el medio de control.

1.2.5. Ausencia del requisito de procedibilidad y falta de agotamiento de la vía administrativa

Sostuvo que si se llegare a considerar que el medio de control adecuado para controvertir los actos acusados es el de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario que se cumplan los requisitos que establece el artículo 161 del CPACA, esto es, que se haya convocado a conciliación y que se hubieren agotado los recursos en sede administrativa, los que no se advierten cumplidos en este proceso.

1.3. El auto recurrido

En audiencia inicial del 29 de agosto de 2019, la Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo del Casanare resolvió las excepciones previas propuestas por el demandado en el siguiente sentido:

1.3.1. Respecto de la excepción de falta de competencia, la directora del proceso indicó que esta no estaba probada. Para sustentar su posición, señaló que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 152 del CPACA, los Tribunales Administrativos conocen de la nulidad del acto de elección de las

³ M.P. Alberto Yepes Barreiro.

autoridades municipales con setenta mil (70.000) habitantes o más, o que sean capital de departamento.

A continuación, advirtió que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y los litigios originados en los actos que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Que, en consecuencia, el Tribunal era competente para abordar el estudio del caso, por cuanto el objeto de la litis versa sobre la designación del agente liquidador como gerente y el nombramiento del agente suplente durante el periodo de estabilización de la EAAAY EICE ESP, quienes ejercen funciones públicas transitorias en la referida empresa que, por demás, cuenta con la prerrogativa de la entidad pública.

1.3.2. Respecto de la excepción de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control, precisó que en el caso concreto no se está cuestionando el levantamiento de la toma de posesión de la empresa, sino, de manera exclusiva, la designación del gerente y subgerente de la EAAAY, por lo que el medio de control idóneo es el de nulidad electoral.

Explicó que, en el caso concreto, el demandante alega vicios como la violación directa de la Constitución por falta de competencia de la SSPD para designar al gerente de la EAAAY EICE ESP y, por ende, a la suplente. Que, entonces, como los artículos demandados contienen la designación del gerente de la empresa y de su suplente durante el periodo de intervención, la demanda debía tramitarse bajo la cuerda del medio de control de nulidad electoral y no de nulidad simple.

1.3.3. Lo propio se concluyó respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa. En efecto, la directora del proceso encontró que aquella no estaba probada, toda vez que de conformidad con el artículo 139 del CPACA, el medio de control de nulidad electoral puede ser impetrado por cualquier persona. Que, por tanto, al ser presentada por el señor Guillermo Gaviria, este estaba legitimado para actuar como demandante en el proceso de la referencia.

1.3.4. En lo correspondiente a la ausencia de requisito de procedibilidad y falta de agotamiento de la vía administrativa, sostuvo el *a quo* que no existe requisito previo alguno para la interposición del medio de control de nulidad electoral.

1.4. El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la SSPD presentó recurso de apelación respecto de la decisión de no decretar las excepciones de falta de competencia e inepta demanda por indebida escogencia del medio de control.

Para el efecto, adujo que reiteraba todos y cada uno de los argumentos que sobre el punto se formularon en la demanda y enfatizó en que aunque el Tribunal Administrativo del Casanare considera que este caso se trata del nombramiento

de un representante legal de una EICE ESP, lo cierto es que en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 315 de la Constitución Política, la Superintendencia ejerce vigilancia sobre las empresas que prestan servicios públicos.

Indicó, entonces, que se debe considerar que el acto de designación del representante legal gerente que levantó la toma de posesión de una empresa “*no es un acto habitual*” y no se encuentra comprendido en el numeral 8 del artículo 152 del CPACA, pues el agente especial no es un empleado público.

Reiteró que el medio de control adecuado para controvertir el acto enjuiciado no es el de nulidad electoral, pues no se trata de un acto de elección popular ni de nombramiento emitido por una autoridad administrativa que motiva, sino de simple nulidad porque se está discutiendo un acto administrativo.

1.5. El traslado del recurso

En el curso de la audiencia el ponente dio traslado del recurso propuesto a las demás partes, las cuales se pronunciaron en los siguientes términos:

1.5.1. El demandante: No comparte el argumento de la Superintendencia, por cuanto el designado es un particular que ejerce funciones públicas, y el acto demandado contiene una designación de un empleado.

1.5.2. El Tercero con interés: Sostuvo que se atenía a lo que resolviera la segunda instancia.

1.5.3. El Ministerio Público: Dijo que no compartía la argumentación del recurrente, en la medida en que una interpretación de esa naturaleza conllevaría a un absurdo jurídico y resultarían incuestionables esta clase de actos.

De igual forma, señaló que la competencia para conocer del asunto correspondía al Tribunal y no al Consejo de Estado, pues el agente especial es un particular que ejerce funciones públicas para representar precisamente a la empresa.

Finalmente, dijo que esta audiencia inicial no se rige por lo dispuesto en el artículo 180 del CPACA, por lo que consideró que en esta clase de procesos no proceden las excepciones previas.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En los términos de los artículos 180.6 y 243 del CPACA corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, autoridad demandada, contra la decisión adoptada por el Magistrado Ponente en audiencia inicial del 29 de agosto de 2019

y a través de la cual declaró no probadas la excepciones previas de falta de competencia e inepta demanda por indebida escogencia del medio de control.

2.2. Oportunidad

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 244 del CPACA, los recursos de apelación contra las decisiones adoptadas y notificadas por estrados en el trámite de las audiencias deben interponerse, sustentarse y trasladarse en la misma diligencia.

Debido a que el recurso objeto de estudio fue interpuesto en la audiencia, su presentación y sustentación se entiende oportuna.

2.3. Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación se presentó contra las decisiones de declarar no probadas las excepciones de falta de competencia y de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia del medio de control, la Sala establecerá si procede modificar, confirmar o revocar el auto apelado. Para el efecto, determinará (i) si el acto demandado es pasible del medio de control de nulidad electoral, y (ii) si la competencia para conocer del asunto está fundada en lo dispuesto en el artículo 152 numeral 8 del CPACA.

No obstante, para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala (i) hará un breve recuento de las facultades de la Superintendencia de SSPD en los procesos de intervención, dentro del marco teórico del régimen de los servicios públicos domiciliarios; estudiará la naturaleza de la toma de posesión y sus modalidades; (ii) analizará las facultades del agente interventor y la naturaleza de las funciones de los Agentes Especiales Liquidadores; y (iii) recontará la actuación desplegada por la SSPD, que culminó con las normas acusadas, para luego, analizar el caso concreto.

2.4. Marco teórico del régimen de servicios públicos domiciliarios

2.4.1. Facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los procesos de intervención. Reiteración de jurisprudencia⁴.

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y su prestación conlleva la ejecución de una actividad económica, en la que pueden concurrir particulares, el Estado directa o indirectamente o comunidades organizadas. Sin embargo, la Constitución en el artículo 365 prevé la intervención

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En dicha sentencia la Sección Segunda de esta Corporación, analizó las facultades de la SSPD en los procesos de intervención, así como la naturaleza y modalidades del proceso de intervención y de los agentes especiales para establecer si un agente especial encargado de posesión de una entidad prestadora de servicios públicos hacía parte de la planta de personal de la superintendencia y si podía ser removido libremente.

del Estado, a través de la regulación, el control y la vigilancia, en aras a que la prestación se dé de manera efectiva y con calidad.

Es por lo anterior, que el artículo 370 de la Constitución Política atribuyó en cabeza del Presidente de la República, la facultad para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, determinando expresamente que el control, la inspección y vigilancia de las entidades que lo presten se ejercería por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, así:

*“(...) **ARTÍCULO 370.** Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.
(...)”.*

El régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios se encuentra previsto en la Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, norma que desarrolla integralmente los preceptos consignados en la Constitución Política, como se ha reconocido por la Corte Constitucional⁵:

“6.3. En uso de las facultades consagradas en los artículos 334, 336 y 365 a 370 superiores, se expidió la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, con el fin de desarrollar los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios y alcanzar, entre otros, los siguientes objetivos: (i) garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; (ii) ampliar permanentemente la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; (iii) brindar atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; (iv) garantizar la prestación continua e ininterrumpida del servicio público domiciliario, salvo cuando existan razones de fuerza mayor, caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; (v) asegurar la prestación eficiente del servicio; (vi) proteger la libertad de competencia y prevenir la utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; (vii) establecer mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; y (viii) establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad”.

De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, con miras a garantizar los principios señalados, es desarrollado por el Presidente de la República, por medio

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-895 del 31 de octubre de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa. Expediente: D-9066. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6° (parcial) de la Ley 1370 de 2009 y 17 (parcial) de la Ley 863 de 2003.

de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en consideración al desarrollo legal que para el efecto hizo el artículo 75 de la Ley 142 de 1994.

En ese orden de ideas, la Ley 142 de 1994 estableció, en el artículo 59, los casos en que el Superintendente de Servicios Públicos, en virtud de la función asignada por los numerales 10 del artículo 79 *ibídem* y del artículo 7 del Decreto 990 de 2002 "*Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*", puede tomar posesión de una empresa de servicios públicos, así como el procedimiento y duración de la actuación, haciendo, en todo caso, remisión a las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras, en cuanto sean pertinentes, en atención al inciso 5 del artículo 121 de la citada ley⁶.

En ese sentido, el procedimiento aplicable a la toma de posesión y liquidación de empresas de servicios públicos domiciliarios es el dispuesto en el Decreto 663 de 1993 "*Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración*", así como el Decreto 2555 de 2010 "*Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*".

2.4.2. Naturaleza de la toma de posesión⁷.

En el capítulo IV, del Título IV de la Ley 142 de 1994 se regula la medida de la toma de posesión consagrando las causales y los efectos que se generan cuando se incumplen de manera reiterada los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por la Superintendencia.

La toma de posesión ha sido definida por la Corte Constitucional como "(...) *una medida de intervención extrema, en la que la Superintendencia de Servicios Públicos toma la administración de un prestador de servicios públicos, para administrarla o liquidarla según la situación en que se encuentre la empresa (...)*"⁸. En ese sentido, la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituye en la concreción de uno de los diversos instrumentos de intervención estatal por parte del órgano de inspección, control y vigilancia. Se debe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 81 de Ley 142 de 1994, esta posesión ha sido concebida como una sanción a las empresas de servicios

⁶ "(...) **Artículo 121. Reglamentado por el Decreto Nacional 556 de 2000. Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos.**

(...)

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.

(...)"

⁷ Cit. 4.

⁸ Sentencia C-895 del 31 de octubre de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa. Expediente: D-9066. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6° (parcial) de la Ley 1370 de 2009 y 17 (parcial) de la Ley 863 de 2003.

públicos que quebranten las normas a las que deben estar sujetos, en los siguientes términos:

*“(...) **Artículo 81. Sanciones.** La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:*

(...)

81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.

(...)”. (Subraya la Sala)

Vista como sanción, la toma de posesión debe estar precedida del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la Ley 142 de 1994, con el fin de garantizar el respeto al derecho del debido proceso, en la modalidad de defensa y contradicción, que tiene la empresa, en aras a que acredite o controvierta el presunto quebrantamiento de las normas de que originan la intervención directa del Estado.

2.4.2.1. Modalidades de la toma de posesión

En la misma sentencia C-895 de 2012, la Corte señaló:

“(...) La toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios tiene dos finalidades: (i) para administrar, cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59, 60-2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994, hasta por dos años; y ii) para liquidar, cuando no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa. Para el cumplimiento de estas dos finalidades, la Ley 142 de 1994 prevé tres tipos de toma de posesión: (1) con fines de administración (para superar las causas que dieron origen a la adopción de la medida); (2) con fines liquidatorios (implica medidas tales como la administración temporal, la solución empresarial, la reestructuración, vinculación de un gestor, de un operador especializado, o de capital); y (3) para liquidación, que implica que la empresa cesa su objeto social y se da inicio a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico Financiero y demás normas concordantes (...)”.

A su turno, esta Corporación⁹ ha considerado que son dos las modalidades de la toma de posesión, en los siguientes términos:

“(...) Ahora bien, la medida de toma de posesión reviste claramente dos modalidades: i) para administrar ii) para liquidar, tal y como se desprende

⁹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 26 de enero de 2006, radicado 54001-23-31-000-2002-01944-01, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

del inciso 4º del artículo 121 de la ley 142 y en el numeral 60.2 del artículo 60 y del inciso 1º del citado artículo 121 de la ley 142¹⁰, respectivamente, en armonía con lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 556 de 2000 que prevé inequívocamente estas dos modalidades de toma de posesión:

“Artículo 1º. A la toma de posesión para la administración de las empresas de servicios públicos domiciliarios se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las que lo desarrollen, relativas a la toma de posesión de instituciones financieras.

Artículo 2º. De conformidad con el artículo 24 numeral 5 de la Ley 510 de 1999, en los procesos de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios para su administración o liquidación, de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Superintendente podrá designar una junta asesora del funcionario encargado de la administración o liquidación, en la cual deberán estar representados por lo menos dos (2) de los acreedores mayoritarios de la empresa.

A dicha junta podrán concurrir los Ministro del Despacho que correspondan a los sectores de los servicios públicos a cargo de la empresa objeto de la toma de posesión.” (Subrayas de la Sala). (...).”

Conforme con lo anterior, cuando la Superintendencia ordena la toma de posesión para administrar, puede definir un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida y, si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación¹¹. Esto implica que la toma de posesión puede darse, inicialmente para administrar o para liquidar, no obstante, si se cumplen los presupuestos para iniciar el proceso de estabilización económica de la empresa, no será necesaria la liquidación de la misma.

2.4.3. Naturaleza de las funciones de los Agentes Especiales y Liquidadores

De acuerdo con el numeral 8 del artículo 291 y 1º del 295 del Estatuto Orgánico Financiero, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 9.1.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, tanto los agentes especiales como los liquidadores **ejercen funciones públicas**, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea del caso, de las reglas del derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la toma de posesión o de liquidación o de las demás normas que sean aplicables.

¹⁰ El artículo 46 del derogado Decreto 548 de 1995 también hacía clara alusión a las dos modalidades de toma de posesión de prestadores de servicios públicos domiciliarios, al señalar que las normas del EOSF se aplicaban a las tomas de posesión para la administración y la liquidación de empresas de servicios públicos domiciliarios.

¹¹ Artículos 60 numeral 60.2 y 120 numeral 4 de la Ley 142 de 1994.

De ahí que las funciones asignadas a los agentes especiales deban cumplirse con estricta sujeción al ordenamiento jurídico y a los estatutos internos de la prestadora tomada en posesión.

El ejercicio de la intervención debe estar encaminado a preservar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los usuarios dentro de los límites laborales, financieros, operativos y comerciales y, deben velar por la conservación y defensa de los activos de la prestadora intervenida.

Ahora bien, en relación con la vinculación del agente especial, el numeral 6 del artículo 295 del Estatuto Orgánico Financiero, estableció que *“El liquidador y el contralor continuarán siendo auxiliares de la justicia y, por tanto, para ningún efecto podrán reputarse trabajadores o empleados de la entidad en liquidación o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. (...)”*.

En ese orden de ideas el Agente Especial, a quien se le aplica el numeral 6° del artículo 295 ya citado, no mantiene alguna vinculación como servidor público de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, una vez termina su intervención.

No obstante, de la interpretación armónica de los artículos 9.1.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010 y el numeral 6 del artículo 295 atrás citado, puede decirse que mientras el agente especial ejecute las tareas propias de su intervención ejerce funciones públicas, las cuales cesarán una vez se liquide la empresa o finalice la toma de posesión.

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al resolver un conflicto negativo de competencias entre el Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Disciplinaria del Quindío y la Procuraduría Provincial de Armenia, a efectos de determinar la autoridad competente para adelantar proceso disciplinario contra un agente especial o liquidador, sostuvo:

“(...) Las razones expuestas permiten concluir que el liquidador (...) es un particular que ejerce funciones públicas o administrativas transitorias, en congruencia con lo previsto en los artículos 123¹² y 210¹³ de la Constitución Política.” (Negritas de la Sala)

¹² **ARTÍCULO 123.** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

¹³ **ARTÍCULO 210.** Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

2.5. Del proceso de intervención de la SSPD a la EAAAY EICE ESP

Según se lee en los motivos del acto parcialmente acusado, mediante la Resolución No. SSPD-20131300012555 de 3 de mayo de 2013¹⁴, la Superintendencia ordenó la toma de posesión con fines liquidatorios de la EAAAY EICE ESP, por las causales establecidas en los numerales 59.1 y 59.3 del artículo 59 de la Ley 142 de 1994¹⁵. Para superar dicho estado, la Superintendencia designó como agente especial responsable de la administración y representante legal de la misma¹⁶ al señor Jorge Ernesto Silva Gómez¹⁷.

Una vez desarrollado y superado el proceso de intervención, la Superintendencia, mediante la Resolución No. SSPD 20196000000065 del 15 de marzo de 2019, resolvió, entre otros aspectos:

“ARTÍCULO PRIMERO: ESTABLECER un periodo de estabilización hasta el 31 de diciembre de 2019, como parte de las condiciones para la terminación del proceso de intervención de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal EAAAY EICE ESP, ordenada mediante Resolución No. 20131300012555 del 3 de mayo de 2013.

ARTÍCULO SEGUNDO: DISPONER que, durante el periodo de estabilización, la representación legal y gerencia de la empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de Yopal EAAAY EICE ESP, continuará a cargo del actual agente especial quien, una vez notificada la presente resolución, pasará a denominarse gerente, y conservará las condiciones de remuneración contenidas en la resolución SSPD20186000000095 del 13 de diciembre de 2019 (sic).

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

¹⁴ Ver folio 14.

¹⁵ **ARTÍCULO 59. CAUSALES, MODALIDAD Y DURACIÓN.** El Superintendente de servicios públicos podrá tomar posesión de una empresa, en los siguientes casos:

59.1. Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

(...)

59.3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a una comisión reguladora o a la Superintendencia, o a las personas a quienes éstas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.

¹⁶ Ver folio 14 vuelto.

¹⁷ Designado inicialmente mediante Resolución No. SSPD-20186000000075 del 6 de diciembre de 2018.

ARTÍCULO TERCERO: DESIGNAR como agente especial suplente, a la doctora YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 31.953.632 de Cali, quien durante el periodo de estabilización a que hace referencia el artículo primero de la presente resolución, actuará ante las ausencias temporales o definitivas del principal.

Parágrafo: La agente especial suplente, una vez notificada la presente resolución, pasará a denominarse gerente suplente y en caso de tener que actuar como tal, tendrá las mismas condiciones del principal. (...)

Esa continuidad establecida en el artículo 2 y la designación del artículo 3 son las actuaciones que precisamente cuestiona la parte demandante y que corresponde a la Sala establecer si se tratan de nombramiento susceptible del medio de control de nulidad electoral.

2.6. Caso concreto

2.6.1. De la indebida escogencia del medio de control

A juicio del recurrente, el acto demandado no es pasible del medio de control de nulidad electoral, habida cuenta que la designación del agente especial de la EAAAY no es equiparable al nombramiento de un empleado público. En consecuencia, pidió que se declarara probada la excepción previa de indebida escogencia del medio de control, pues el acto atacado solo puede ser controvertible por el medio de control de nulidad.

A su turno, el Tribunal Administrativo del Casanare, en la audiencia inicial de 29 de agosto de 2019, negó la excepción propuesta por considerar que en el *sub examine* no se cuestiona el levantamiento de la toma de posesión de la empresa, sino la designación del agente especial con funciones de gerente y de su suplente. Que, en consecuencia, la demanda impetrada debía tramitarse por el medio de control de nulidad electoral.

En consonancia con lo anterior, la Sala debe determinar si la SSPD al “*DISPONER que, durante el periodo de estabilización, la representación legal y gerencia continuara a cargo del agente especial*” y al “*DESIGNAR como agente especial suplente, a la doctora YAHAIRA INDIRA DE JESÚS DÍAZ QUESADA*” en la Resolución No. SSPD 20196000000065 del 15 de marzo de 2019, es equiparable a un acto de nombramiento, que permita la procedencia del medio de control impetrado.

Sobre el particular, esta Sala considera importante recordar¹⁸ cuáles son los actos susceptibles de control a través del medio de control de nulidad y cuáles los que se pueden examinar mediante nulidad electoral.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2018, radicación 25000-23-41-000-2018-00165-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Reiterado en: consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 4 de marzo de 2019, radicación 11001-03-28-000-2019-00007-00 M.P. Alberto Yepes Barreiro.

En anteriores oportunidades¹⁹, esta Sala ha precisado que uno de los objetivos principales del legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 fue, entre otros, definir expresamente cuándo debía utilizarse una u otra de las herramientas judiciales con las que la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta para controlar las decisiones adoptadas por la administración²⁰.

Para cumplir ese cometido, el principal cambio que se introdujo en el CPACA fue el de eliminar la diferencia entre acción y pretensión, debido a que se entendió que la acción es una sola y que lo que diferencia los distintos medios de control es la pretensión de la demanda y el acto que se controvierte. Por ello, contra lo que ocurría en el derogado Decreto 01 de 1984, la Ley 1437 de 2011 estableció, de forma expresa, cuáles son los actos controvertibles a través de cada medio de control así:

Medio de Control	Acto que se puede cuestionar
Nulidad - artículo 137-	Actos generales y particulares solo en los eventos previstos en el artículo 137 del CPACA.
Nulidad y Restablecimiento -artículo 138-	Actos de carácter particular y concreto
Nulidad Electoral - artículo 139-	Actos Electorales: <ul style="list-style-type: none"> • Elección • Nombramiento. • Llamamiento a proveer vacantes.
Nulidad por Inconstitucionalidad -artículo 135-	-Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional. - Actos de carácter general que por

¹⁹ Ib.

²⁰ En la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011 se precisó que las finalidades de la comisión redactora del CPACA eran “1. Revisar y proponer la actualización del conjunto normativo referente a la actividad administrativa y los procedimientos utilizados por la administración pública, de acuerdo con la Constitución Política de 1991 y con las realidades socioeconómicas del nuevo modelo de estado y de la administración. 2. **Redefinir el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa, las clases de acciones y procesos y los poderes del juez conforme con las exigencias constitucionales y las transformaciones institucionales, de manera que se pueda controlar eficazmente la legalidad de las actuaciones de la administración, al tiempo que se garantizan los derechos de los administrados, en el marco de una tutela judicial efectiva.** 3. **Incorporar como legislación las doctrinas jurisprudenciales ya decantadas y pacíficas en todos los asuntos y materias que competen a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.** 4. Fortalecer tanto en la regulación de la actuación administrativa como en la del proceso contencioso-administrativo, la utilización de nuevas tecnologías, con el objetivo de hacerlos eficientes y facilitar a los usuarios el acceso a las autoridades y a la administración de justicia. 5. Definir los elementos de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo, en desarrollo de lo previsto en el artículo 1° de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó la Ley Estatutaria de la Justicia, ley 270 de 1996. 6. Consagrar los mecanismos y recursos de unificación de la jurisprudencia por el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.” (resalta el Despacho) En Gaceta del Congreso 1173 de 17/11/2009

	expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.
--	---

Como puede observarse, a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011 lo que determina la procedencia de uno u otro medio de control es, principalmente, **la naturaleza del acto acusado**²¹, de forma que este debe ser el parámetro a tener en cuenta para establecer si el medio de control escogido por la parte actora es el idóneo o; si por el contrario, atañe al juez, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 171 ibídem, adecuarlo, si ello es posible, al trámite correspondiente.

Ahora bien, en lo que respecta al **acto electoral**, esta Sala ha sostenido que es el que emana del ejercicio de la función electoral²², sea esta directa o indirecta, debe entenderse como un acto autónomo, especial y distinto del acto administrativo, comoquiera que aquel no se origina en la función administrativa, sino en la función electoral.

Según se ha entendido existen cuatro clases de actos electorales a saber²³:

i) El originado en **la elección popular**, el cual constituye, por su naturaleza, la expresión más directa de la democracia, pues materializa la voluntad del electorado en la designación de los dignatarios del Estado que se someten a esa forma de escogencia. Un ejemplo de esta clase actos son las designaciones hechas para elegir alcaldes, congresistas, etc.;

ii) El acto de **llamamiento**, que se utiliza para proveer curules ante las vacancias temporales o absolutas que se generen al interior de una corporación pública de elección popular y que son ocupadas por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral;

(iii) El de **elección por cuerpos colegiados** a través del cual, en aplicación del sistema de pesos y contrapesos, se designan servidores públicos, en los diferentes niveles nacional y territorial; y

(iv) Los **actos de nombramiento**, aunque estos son expresión propia de la función administrativa, como el legislador los enlistó como acto electoral se conocen como tal.

²¹ Sin perjuicio de que las pretensiones de la demanda determinen que, en algunos casos el medio de control sea el de nulidad y restablecimiento del derecho.

²² Sobre la distinción entre función administrativa y función electoral consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de junio de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Oneida Pinto- Gobernadora de La Guajira; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Cámara de Magdalena; y Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 3 de junio de 2016, radicación 13001-23-33-000-2016-00070-01 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Demandados: concejales de Cartagena. Sección Quinta, Auto de Ponente de 26 de septiembre de 2017, radicación 11001-03-26-000-2017-00087-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro.

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta. Entre otros, ver auto de 9 de mayo de 2018, Exp. No. 2018-00009, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

La importancia de este asunto radica, entonces, en si las designaciones que se hicieron en la Resolución No. SSPD 20196000000065 del 15 de marzo de 2019 son equiparables al nombramiento susceptible de nulidad electoral.

Para la Sala, en el presente caso, es claro que las normas demandadas, independientemente de la calidad de actos administrativos de carácter particular y concreto que le han dado a este tipo de actos las secciones Primera y Tercera²⁴, constituyen en realidad un verdadero acto de nombramiento de un funcionario del nivel directivo, pues a través de este se dispuso el acceso al cargo de gerente de la EICE ESP estatal, durante el periodo de estabilización de dicha empresa.

En ese entendido, al disponer que el agente especial continúa como gerente en el periodo de estabilización y designarse un agente especial suplente, se reviste a dichos agentes de función pública. Y si bien dicha función no es permanente, sino temporal, lo cierto es que esta es ejercida mientras se desarrollan las labores propias del periodo de intervención y estabilización, por lo que la designación sí es equiparable a un acto de nombramiento de un empleado público, pasible de control en los términos del artículo 139 del CPACA.

Lo anterior encuentra sustento en el numeral 8 del artículo 291 y 1º del 295 del Estatuto Orgánico Financiero, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 9.1.1.2.2 del Decreto 2555 de 2010, en tanto dice que los agentes especiales como los liquidadores ejercen funciones públicas, máxime si la resolución que los designa los reviste de la condición de gerentes propiamente.

De ahí que, para la Sala, en la toma de posesión de una empresa, el agente especial designado desplaza al gerente o la junta de socios de la sociedad intervenida y asuma directamente las funciones de administración y control de la misma. En ese entendido, al darle al agente especial la categoría del gerente y designar un suplente, tales designaciones sí son susceptibles de ser controladas mediante la nulidad electoral.

En ese orden de ideas, no prospera el recurso de apelación en lo que respecta a este cargo.

2.6.2. De la falta de competencia

Establecido que las normas demandadas contienen una designación equiparable al nombramiento, corresponde a la Sala determinar sobre quién recae la competencia para conocer del presente asunto.

²⁴ La sección primera y la tercera se han pronunciado indicando que estas resoluciones son actos administrativos de carácter particular y concreto. Ver: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. C.P. Oswaldo Giraldo López – sentencia de 19 de julio de 2018. **Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00207-00**; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. C.P. Nubia Margoth Peña – Auto de 19 de marzo de 2019. **Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00066-00**; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico – sentencia de 30 de agosto de 2018. **Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00616-01 (45211)**.

El numeral 9º del artículo 152 del CPACA dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia “*De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento.*” (Subraya la Sala).

En esta oportunidad se demanda la disposición para que el agente especial de la SSPD continúe como gerente y la designación de su suplente, para adelantar el proceso de estabilización de una empresa industrial y comercial del Estado del orden territorial, a quienes se les asignaron funciones de gerente, cargo que, en los términos del artículo 16 del Decreto Ley 785 de 2005²⁵, es del nivel directivo.

Adicionalmente, los artículos acusados fueron expedidos por la SSPD, entidad del orden nacional. En consecuencia, las demandas de nulidad contra los actos de nombramiento que expida la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios son competencia de los Tribunales Administrativos, en primera instancia.

En consecuencia, como el acto de designación demandado se expidió por una autoridad del orden nacional –la SSPD- nombrando a un empleado del nivel directivo de una EICE ESP de una capital de departamento con más de 70.000 habitantes, su control de legalidad se asignó a los tribunales administrativos en primera instancia de conformidad con el numeral 9 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011²⁶ y adicionalmente, porque conforme con el artículo 139 ib., se trata del nombramiento que expide una autoridad del orden nacional.

2.7. Conclusión

La Sala confirmará la decisión de la Magistrada Ponente, adoptada en audiencia del 29 de agosto de 2019, que declaró no probadas las excepciones de falta de competencia e indebida escogencia del medio de control, al encontrarse probado que la designación del agente especial que hace las veces de gerente de la EICE ESP y la gerente suplente, corresponde a un acto de nombramiento pasible del medio de control de nulidad electoral, cuya competencia, en primera instancia, recae en los Tribunales Administrativos, en los términos del artículo 139 y del numeral 9 del artículo 152 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, se

²⁵ **ARTÍCULO 16.** Nivel Directivo. El nivel Directivo está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos: (...) 039 Gerente.

²⁶ “[...] **ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...]”

9. *De la nulidad del acto de nombramiento de los **empleados públicos del nivel directivo** o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento [...].*”

3. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 29 de agosto de 2019, dictado por la Magistrada Ponente en el trámite de la audiencia inicial, que declaró no probadas las excepciones de falta de competencia e ineptitud sustantiva de la demanda por *indebida escogencia del medio de control*.

SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 244 del CPACA, contra lo resuelto no procede ningún recurso.

TERCERO: En firme esta providencia, REMITIR el proceso al Tribunal Administrativo del Casanare para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada