

DELEGACION – Transferencia de competencia / DELEGACION EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS – Por la superintendencia de servicios públicos / DELEGACION DE LA FACULTAD NOMINADORA – Procedente

La delegación es un fenómeno de transferencia de competencias a personas o funcionarios para que actúen de manera independiente y definitiva, pudiendo el delegante reasumir la competencia y revocar la decisión, según lo determine la ley que lo permita. La titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y tampoco se rompe con su responsabilidad, que se radica entonces en quien la delega como en quien se delega. Como consecuencia de la intervención de una empresa, el legislador le impuso al Superintendente la obligación de celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal, sin que ello implique la pérdida de la toma de posesión que continua bajo su control, es decir, que no se autorizó, en principio, a trasladar en ninguna otra persona la representación legal de la empresa, ni la facultad nominadora. De la lectura del artículo 8° de la Ley 689 de 2001, que entro a regir el 31 de agosto del mismo año, se tiene que el Superintendente de Servicios Públicos, al tomar posesión de la Empresa, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la misma en forma temporal, de suerte, que éste podía comisionar a un funcionario y fijarle las funciones que considerara necesarias para efectos de resolver la crisis en la que se encontraba la empresa, esto es, en el presente caso, para que cumpliera con la representación legal de la entidad y como consecuencia de ello, ejerciera la facultad nominadora. Así las cosas, es del caso concluir respecto de la competencia que es claro que el funcionario que designó el Superintendente como agente especial y que le aceptó la renuncia al demandante, era el competente para tomar la decisión, pues actuó dentro de las facultades derivadas de la representación legal de la empresa.

FUENTE FORMAL: ARTICULO 9 – LEY 489 DE 1998 / ARTICULO 11 – LEY 489 DE 1998 / ARTICULO 58 – LEY 142 DE 1994 / ARTICULO 59 – LEY 142 DE 1994 / ARTICULO 60 – LEY 142 DE 1994 / ARTICULO 121 – LEY 142 DE 1994 / ARTICULO 123 – LEY 142 DE 1994 / ARTICULO 24 – LEY 510 DE 1999 / ARTICULO 8 – LEY 689 DE 2001

RENUNCIA – Concepto / INDUCCION DE LA RENUNCIA – No probada / RENUNCIA VOLUNTARIA – Libertad del nominador para la permanencia en el cargo / SOLICITUD DE RENUNCIA – Reiteración jurisprudencial

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la modalidad en estudio, la dimisión ha de tener su origen o su fuente generatriz en el libre franco y espontáneo

impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad. Así pues, esa renuncia debe reflejar la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo, debe ser consciente, ajena a todo vicio de fuerza o engaño. De la lectura del texto contentivo de la abdicación no se infiere ninguna presión ajena a la voluntad del dimitente, ni se insinúa constreñimiento o intimación alguna por parte de la nominadora de ese entonces. Si las circunstancias específicas que acompañaron la determinación del demandante hubieran sido coaccionadas, bien pudo haberse dejado consignado ese hecho en el mismo acto de renuncia, como una manifestación clara y expresa de no ser absolutamente consentida o voluntaria, situación que es de normal ocurrencia en estos casos y máxime, si el autor de la misma es una persona profesional y por tanto de un nivel cultural óptimo que le permite en esas condiciones dejar plasmada su inconformidad a la solicitud que califica de ilegal e improcedente. En reiterada jurisprudencia de la Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas, el empleado puede desechar la oferta, insinuación o solicitud sin que ello le acarree consecuencias desfavorables. En el presente caso frente a la solicitud del nominador, como ya se dijo, bien pudo el demandante optar de forma diferente y no lo hizo. No resulta válido entonces, desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 76001 23 31 000 2001 04207 01 (2515-08)

Actor: DIEGO RAMÓN OROZCO ARANGO

**Demandado: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI –EMCALI EICE –
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 8 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que declaró infundada la excepción de “inepta demanda” propuesta por las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP y negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Diego Ramón Orozco Arango contra las Empresas Municipales de Calí – EMCALI EICE – y la Superintendencia de Servicios Públicos.

2. PRETENSIONES

El actor, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo instauró demanda para que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N°. 001427 del 30 de mayo de 2001, expedida por el representante legal para EMCALI EICE ESP, que aceptó la renuncia al cargo de Gerente de Recursos Humanos del señor Diego Ramón Orozco Arango, a partir de 31 de mayo de 2001.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a EMCALI EICE ESP intervenida, y/o a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, reintegrar al señor Diego Ramón Orozco Aragón, a un cargo de igual o superior categoría, sin solución de continuidad dejando sin efectos el acto acusado; reconocer y pagar todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la aceptación de la renuncia del cargo hasta que ocurra el reintegro efectivo, así mismo a pagar todo gasto médico u odontológico, clínico o de cualquier otro carácter

prestacional asistencial en que hubiere incurrido el demandante desde la fecha de su retiro hasta su reintegro; a que se ordene a dar cumplimiento a la sentencia bajo los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó aplicar la excepción de inconstitucionalidad contra el acto administrativo contenido en la Resolución N°.003715 del 10 de mayo de 2001, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, que dispuso designar a Juan Manuel Pulido Mosquera, como agente especial de las Empresas Municipales de Cali; aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto del acto administrativo contenido en la Resolución N°. 004043 del 23 de mayo de 2001, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, que adicionó el artículo primero de la Resolución N°. 003715 del 10 de mayo de 2001, indicando que el agente especial designado actuaría como representante legal de las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP, para todos los efectos; a que se aplique la excepción de ilegalidad contra el acto administrativo contenido en la Resolución N°. 003715 del 10 de mayo de 2001, expedida por la Superintendente de Servicios Públicos Disciplinarios, que dispuso designar a Juan Manuel Pulido Mosquera, como agente especial de las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP; aplicar la excepción de ilegalidad contra el ato administrativo contenido en la Resolución N°. 004043 del 23 de mayo de 2001, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, por la que se adicionó el artículo primero de la Resolución N°. 003715 de 10 de mayo de 2001, indicando que el agente especial designado por medio de dicho acto actuará como representante legal de las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que cita el señor Diego Ramón Orozco Arango como fundamento de sus pretensiones en forma resumida, son los siguientes:

Que mediante la Resolución N° 0031 del 22 de enero de 1999, fue nombrado en el cargo de Gerente de Recursos Humanos de EMCALI EICE ESP, del cual tomo posesión el 28 de enero de 1999; que por la Resolución N°. 002536 del 3 de abril de 2000, proferida por el Superintendente de Servicios Públicos Disciplinarios, se ordenó la toma de posesión para administrar los negocios, bienes y haberes de EMCALI EICE ESP, a la Dra Doris García Giraldo, como funcionaria comisionada para ejecutar la medida ordenando la separación definitiva del cargo de Gerente y de los miembros de la Junta Directiva de dicha entidad.

Que, en su sentir, la anterior designación fue inconstitucional e ilegal, por cuanto con la aludida determinación, se violaron los artículos 2°,6° y 211 de la Constitución Política y 60-1 de la Ley 142 de 1994, vigentes para la época de los hechos, norma esta última que prevé que como consecuencia de la toma de posesión de una empresa de servicios públicos domiciliarios como EMCALI EICE ESP, el Superintendente deberá celebrar un contrato de fiducia en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la Empresa en forma temporal y no de un funcionario de la Superintendencia como se hizo en el presente caso.

Que posteriormente fue relevada la Dra antes mencionada, y en su reemplazo la Superintendencia designó al Dr Javier Alfonso López Rojas, violando de igual manera los postulados enunciados. Por aquella época y ante el descontento por la intervención realizada y por la política de privatización de la entidad, el Sindicato de trabajadores de EMCALI EICE ESP – SINTRAEMCALI -, comenzó una persecución sistemática contra todo

el grupo directivo de EMCALI, campaña con la que se vio afectado el actor como Gerente de Recursos Humanos.

Que en el año 2001, se iniciaron conjuntamente con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, unas mesas de concertación para salvar a EMCALI, lugar donde se hicieron acusaciones de corrupción, antigestión y anticontratititis, actos cometidos presuntamente por parte del Gerente interventor de la época y de sus más inmediatos colaboradores, entre los que se encontraba el señor Diego Ramón Orozco Arango.

Que posteriormente fue designado como Agente Especial de EMCALI y representante legal para todos los efectos, el DR. Juan Manuel Pulido Mosquera, recomendado público del Alcalde de Cali y de los dirigentes sindicales, decisión con la cual nuevamente la Superintendencia violó las citadas normas constitucionales y legales a partir de la posesión del Dr Pulido Mosquera, se acordaron los cambios burocráticos que debían presentarse en EMCALI aduciendo motivos de corrupción y crisis financiera, es decir, no hubo una decisión técnica sino política.

Que fue así como el 29 de mayo de 2001, el Dr. Pulido Mosquera, decidió solicitar a todos y cada uno de los miembros del grupo directivo de la empresa que presentaran renuncia a sus cargos; entre aquellos a quienes les fue solicitada la renuncia estaba el actor, Dr. Diego R. Orozco Aragón, quien ante dicha petición, mediante oficio sin número del 29 de mayo de 2001, presentó renuncia provocada y colectiva al cargo de Gerente de Recursos Humanos.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 27-3 de la Ley 142 de 1994, en la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, así sean

estatales, lo que prima es el nivel profesional de los altos funcionarios y no los intereses partidistas de un determinado momento circunstancial.

Que no obstante el actor, ocupaba un cargo de alto profesionalismo y ajeno a decisiones políticas, presentó la renuncia al cargo de manera provocada más no voluntaria y el Agente Especial para EMCALI, decidió por medio de la Resolución N°.GG-001427 del 30 de Mayo de 2001, aceptarla a partir del 31 de mayo de 2001, en un acto administrativo ilegal. Además, abusando de su autoridad, encargó de dicha dependencia al trabajador oficial Alvaro Aristizbal, como consta en la Resolución N°. 001468 del 1° de junio de 2001, decisión que ocasionó perjuicios laborales al demandante y que busca restablecer a través de este proceso.

Como normas violadas invocó las siguientes:

Artículos 210, inciso 2° y 211 de la Constitución Política; 60 numeral 1°, 121 inciso 5° de la Ley 142 de 1994; 27 del Decreto - Ley 2400 de 1968; 111 y 114 del decreto 1950 de 1973.

Señaló que su renuncia fue provocada y que vulneró los artículos 27 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 111 del Decreto 1950 de 1973. Que la presentación del oficio sin número del 29 de mayo de 2001, el cual aparece suscrito por una serie de funcionarios de EMCALI EICE ESP, entre los cuales se encuentra el actor, no fue voluntaria, pues el agente especial decidió el 29 de mayo de 2001, solicitarle a todo el grupo directivo de la citada entidad (intervenida) la presentación de la renuncia ; y como lo prevén las enunciadas normas, la renuncia para obtener valor tiene que ser voluntaria e inequívoca, no puede ser provocada ni ambigua o equívoca.

Que no se puede pretender que hubo un cambio de administración y que por esa razón el contratista Juan Manuel Pulido, tenía “derecho a ajustar la administración”, porque la empresa siguió sometida a la intervención de la Superintendencia y adicionalmente, las empresas de servicios públicos en su administración deben ser ajenas a presiones de índole políticas o partidista, como lo preceptúa el artículo 27.3 de la Ley 142 de 1994.

Que las presiones que ejerció el Alcalde de Calí y el Sindicato de Trabajadores, para que el agente especial solicitara las renunciaciones del Grupo Directivo de EMCALI y se cambiara gran parte del mismo por supuestas acciones de corrupción y antigestión, son contrarias a las normas que regulan la actividad administrativa, en especial las disposiciones referentes a la forma de presentar renuncia, decisión que insiste, debe ser voluntaria del dimitente y no provocada.

Que se solicita la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, como quiera que con la expedición de las Resoluciones Nos. 003715 y 004043 del 10 y 23 de mayo de 2001, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, designó un agente especial con facultades de representante legal para las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP-, en virtud a la toma de posesión de que es objeto dicha entidad; contravinieron los artículos 210, inciso 2°, 211 de la Constitución Política; 60 numeral 60.1, 121, inciso 5° de la Ley 142 de 1994 y 114 del Decreto 1950 de 1973, razón por la que solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° superior.

Que la Ley 142 de 1994, en el artículo 60, numeral 60.1 estableció, sin lugar a dudas que en el caso de la toma de posesión para administrar, por parte del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, de una empresa de servicios públicos, éste “ (...) deberá (es una expresión imperativa y no optativa) celebrar un contrato de fiducia, en

virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal”. Pero la contratación y designación del contratista Juan Manuel Pulido Mosquera constituye una delegación que contradice la constitución, puesto que el Superintendente no se ciñó a las condiciones que fijó específicamente el legislador para tal evento. Por lo anterior, la competencia otorgada por el Superintendente es espuria y el señor Pulido al provocar y aceptar la renuncia del cargo al actor actuó sin competencia constitucional y legal para hacerlo, pues su competencia esta viciada desde su nacimiento y en contradicción de la Constitución y la Ley.

La Empresa Municipal de Cali, dio contestación al libelo introductorio y propuso las excepciones de presunción de legalidad, carencia de causa para demandar e inepta demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda manifestó que carecen de fundamento legal, como quiera que los actos de designación del agente especial y representante legal del Emcali – Resoluciones 3715 y 4043 – se expidieron al amparo de claras disposiciones sobre intervención estatal a través de la toma de posesión, como lo es la Resolución 002536 del 3 de abril de 2000, la cual goza de presunción de constitucionalidad y de legalidad toda vez que no ha sido anulada ni suspendida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por su parte, la Superintendencia de Servicios Públicos, manifestó que nada impide que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en virtud del tamaño y magnitud de la prestación del servicio de la prestadora intervenida, designe un agente especial con los mismos requisitos que se requieren para ser Gerente de una de las prestadoras más grandes del país; que el acto de designación del agente especial y de adición al primero contenidos en las Resoluciones SSPD 3715 y SSPD 4043 de 2001 expedidas por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, fueron expedidos en virtud de la toma de posesión ordenada mediante la Resolución SSPD 002536 del 3 de abril de 2000, luego este es el acto que debió

demandarse; que la designación del agente especial se efectuó dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 510 de 1999.

Que no puede aplicarse excepción de ilegalidad e inconstitucionalidad de las resoluciones demandadas, porque el acto de designación se funda en la Resolución de toma de posesión, cuya legalidad ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado.

Finalmente, señaló en relación con el acto de aceptación de la renuncia presentada por el actor a la prestadora EMCALI; la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tiene responsabilidad alguna, teniendo en cuenta lo ordenado por el numeral 6 del artículo 24 de la Ley 510 de 1999.

4. LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante proveído de 8 de febrero de 2008, declaró infundada la excepción de inepta demanda propuesta por las Empresas Municipales de Calí – EMCALI EICE ESP y negó las pretensiones de la demanda. Señaló respecto de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente a normas de contenido particular, como son las Resoluciones 3715 y 4043, mediante las cuales la Superintendencia de Servicios Públicos designó al agente especial y representante legal de EMCALI, que es improcedente, por que como lo enseña la jurisprudencia nacional, estos actos son conocidos como “Actos Condición” y de ninguna manera pueden catalogarse como actos de contenido individual, particular y concreto, en cuanto no confieren a quien van dirigidos derecho subjetivo alguno; tales actos de designación que se asemejan a los de nombramiento, no se expiden para el beneficio de la persona llamada a ocupar el cargo para el cual se designa, sino para la satisfacción del interés general; por este motivo se descarta su naturaleza de

índole particular, concreta y subjetiva, porque simplemente colocan a una persona en una situación objetiva e impersonal, como es la condición de empleado público para ejercer funciones públicas de manera transitoria.

Manifestó, que el acto administrativo complejo es el que resulta del concurso de voluntades de una misma entidad o de entidades distintas que se unen en una sola: Es necesario para que se conforme, que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades de una misma entidad o entidades distintas, que se unen en una sola y que la serie de actos que lo integran no tengan existencia jurídica propia, separada e independiente. De suerte que, el acto de toma de posesión de EMCALI inicialmente proferido por la Superintendencia y los que posteriormente ha expedido en desarrollo de esa medida, para ejecutarla, verbi gracia, la designación de agente especial, no constituye un acto complejo, por cuanto estos últimos no perfeccionan, ni le dan validez a la primera decisión, simplemente la materializan, los cuales desde luego, tampoco pueden ser desconocidos total o parcialmente y por tanto no era necesario impugnarlos conjuntamente.

Adujo, que si bien es cierto en el sub judice aparece acreditado con los testimonios recepcionados en el curso de la instancia, que en efecto el agente especial y representante legal de EMCALI, solicitó a todo su staff directivo que renunciaran dado el cambio de administración, de tales declaraciones no se desprende con la nitidez requerida, como lo afirma la parte actora, situación de coacción o constreñimiento alguno. Tampoco reposa prueba alguna en el proceso que indique que el arbitrio del actor hubiera sido manipulado o que el nominador obrara impulsado por propósitos malsanos, malévolos, torticeros o ajenos al buen servicio público, no hay que olvidar que la carga de la prueba corresponde a quien invoca los hechos o como en este caso, a la parte que acusa la ilegalidad del acto administrativo que goza de presunción de legalidad, luego si las pruebas no son suficientes

para desvirtuar la legalidad de la actuación de la administración, mal podría el juez dar como ciertos los hechos que invoca como sustento de su pretensión y menos suplir esa inactividad probatoria.

indicó respecto de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 210, inciso 2° y 211 de la Constitución Política, que estos nada tienen que ver con procesos de descentralización ni de delegación de funciones, toda vez que los mismos fueron expedidos con fundamento en las facultades que la misma ley le confiere al Presidente de la República, las cuales ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de la función de control, inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos que le es propia y que el mismo ordenamiento le asigna.

Arguyó que el acto acusado fue simple y llanamente producto de la concreción material de atribución constitucional desarrollada por la Ley, que ostenta para el caso particular el Superintendente de Servicios Públicos.

Afirmó que es improcedente invocar la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que los motivos por los cuales se solicita la inaplicación no guardan relación con las normas constitucionales invocadas, se trata más bien de razonamientos encaminados a obtener la declaratoria de nulidad de tales actos para lo cual el ordenamiento legal tiene instituidas otras acciones.

Finalmente, sostuvo que la tesis de la inaplicación de los actos administrativos contradice la obligatoriedad de los mismos consagrada en el artículo 66 del C.C.A., puesto que si son obligatorios mientras no sean suspendidos o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quiere decir que deben ser aplicados, salvo que sean violatorios de la Constitución, caso en el cual procede la excepción de inconstitucionalidad

prevista en el artículo 4to de la Constitución, pero aún en este caso, si bien se puede hacer uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, nada impide que se utilice la de nulidad.

5. EL RECURSO

La parte actora impugna oportunamente la providencia del a quo; solicita su revocatoria y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Manifiesta que de los testimonios obrantes en el presente proceso, se desprende claramente que la renuncia presentada por el actor fue provocada por el Agente Especial de Emcali y por ende adoleció de la voluntad espontánea e inequívoca de separarse del empleo.

Que para la época de los hechos la norma vigente, sin modificación alguna era la Ley 142 de 1994 artículo 60 -1, y tal como lo establece el artículo 38 de la Ley 153 de 1987 “en todo contrato se encontraran incorporadas la leyes vigentes al tiempo de su celebración”, atendiendo a la naturaleza de la empresa intervenida, esta contratación para ese momento específico de la intervención a EMCALI por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, debía ceñirse por la Ley que en el momento regía, ello es el artículo 60-1 de la ley 142 de 1994, y no la ley 689 de 2001, que dado que la intervención se dio el 3 de abril de 2000, no es de recibo que se pretenda aplicar de manera retroactiva una norma, para justificar la inconstitucionalidad y la ilegalidad del proceder de la Superintendencia de Servicios Públicos, pues con ello se vulneran de manera flagrante todos los postulados legales y constitucionales.

Señala que el Tribunal se equivocó al pasar por alto lo consagrado en el artículo 8vo de la Ley 153 de 1887, pues esta norma es

clara en señalar que cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Que en su parecer, en el presente caso, no se presenta tal situación, pues existe una norma expresa que señala que la Superintendencia de Servicios Públicos debía contratar una fiducia.

Que era deber del a quo y no lo hizo pronunciarse respecto de la excepción de inconstitucionalidad formulada, más aún cuando la renuncia fue provocada y fue aceptada por quien no tenía disposición legal para hacerlo, pues la acción de nulidad es para casos generales y el acto acusado involucra el caso específico del señor Diego Ramón Orozco.

Afirma que debe tenerse en cuenta que el nombramiento del señor Juan Manuel Pulido como agente Especial de Emcali es ilegal, ya que no se aplicó en debida forma el artículo 60 numeral 1° de la Ley 142 de 1994 y es inconstitucional, como quiera que violenta los artículos 210 y 211 de la Constitución por lo que la decisión de la Superintendencia de Servicios Públicos, en su parecer, debe ser inaplicable para este caso y el juez como consecuencia de ello debe declarar nulo el acto de aceptación de la renuncia ya que nadie puede ejercer algo para lo que no tiene derecho.

6. TRAMITE PROCESAL

Mediante auto de 28 de noviembre de 2008, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la providencia de 8 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fls 306 a 330); por auto de 30 de octubre de 2009, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones por escrito (folio 346), del cual hicieron uso.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que el marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia lo determina el recurso de apelación, observa la Sala que tres son los argumentos formulados por el recurrente y que habrán de resolverse en esta decisión, a saber: 1. Es posible la delegación del Superintendente de Servicios Públicos en un agente especial para que este asuma la representación legal y por ende la facultad nominadora de EMCALI, 2. Tiene competencia el agente especial designado para aceptar una renuncia y 3. Inducción de la renuncia y sus consecuencias legales.

Para llegar a una decisión respecto de los problemas formulados es del caso realizar las siguientes precisiones:

Como es sabido, la delegación es un fenómeno de transferencia de competencias a personas o funcionarios para que actúen de manera independiente y definitiva, pudiendo el delegante reasumir la competencia y revocar la decisión, según lo determine la ley que lo permita. La titularidad de la función no se pierde por parte del delegante y tampoco se rompe con su responsabilidad, que se radica entonces en quien la delega como en quien se delega.

Sobre la figura de la delegación, el artículo 9° de la Ley 489 de 1998, consagró:

“DELEGACIÓN. Las autoridades administrativas en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Nota Jurisprudencial. El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 561 de 1999.

PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

Nota Jurisprudencial. El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 727 de 2000.

Nota Jurisprudencial. Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C 561 de 1999.

ARTICULO 10. REQUISITOS DE LA DELEGACION. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

Por su parte el artículo 11 ibídem estableció la relación de funciones que no son susceptibles de delegación así:

ARTICULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.

2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.

3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

Respecto de la figura de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos, el artículo 58 de la Ley 142 de 1994, dispuso:

“Artículo 58. Medidas preventivas- Cuando quienes prestan servicios públicos incumplan de manera reiterada, a juicio de la Superintendencia, los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidos por ella, ésta podrá ordenar la separación de los gerentes o de miembros de las juntas directivas de la empresa de los cargos que ocupan.

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.

59.2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos, o en incumplir sus contratos.

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.

59.4. Cuando se declare la caducidad de uno de los permisos, licencias o concesiones que la empresa de servicios públicos haya obtenido para adelantar sus actividades, si ello constituye indicio serio de que no está en capacidad o en ánimo de cumplir los demás y de acatar las leyes y normas aplicables.

59.5. En casos de calamidad o de perturbación del orden público;

59.6. Cuando, sin razones técnicas, legales o económicas de consideración sus administradores no quisieren colaborar para evitar a los usuarios graves problemas derivados de la imposibilidad de otra empresa de servicios públicos para desempeñarse normalmente.

59.7. Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles.

59.8. Cuando la empresa entre en proceso de liquidación.

Artículo 60. Modificado por el art. 8 de la Ley 689 de 2001.
Efectos de la toma de posesión. Como consecuencia de la toma de posesión se producirán los siguientes efectos:

60.1. El Superintendente al tomar posesión, deberá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.

60.2. Cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida. Si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará al fiduciario que liquide la empresa.

60.3. Si se encuentra que la empresa ha perdido cualquier parte de su capital, previo concepto de la comisión respectiva, el Superintendente podrá ordenar la reducción simplemente

nominal del capital social, la cual se hará sin necesidad de recurrir a su asamblea o a la aceptación de los acreedores.”

A su vez, los artículos 121 y 123 de la Ley 142 de 1994, regulan lo concerniente al procedimiento y alcance de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos y remite al estatuto financiero señalando:

“Artículo 121. [Reglamentado por el Decreto Nacional 556 de 2000.](#) *Procedimiento y alcances de la toma de posesión de las empresas de servicios públicos. La toma de posesión ocurrirá previo concepto de la comisión que regule el servicio, y puede realizarse también para liquidar la empresa. No requiere citaciones o comunicaciones a los interesados antes de que se produzca el acto administrativo que la ordene; pero tal acto, que se notificará al representante legal de la empresa o, en su defecto, a cualquier funcionario que se encuentre en las dependencias de ésta, es recurrible en el efecto devolutivo.*

La Superintendencia podrá pedir a las autoridades competentes, en el evento de toma de posesión, que declaren la caducidad de los contratos de concesión a los que se refiere esta Ley.

Los ingresos de la empresa se podrán utilizar para pagar los gastos de la administración de la Superintendencia. Cuando la toma de posesión no sea una sanción para la empresa, se la indemnizará plenamente por los perjuicios que le pueda haber ocasionado.

Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa.

Se aplicarán, en estos casos, y en cuanto sean pertinentes, las normas relativas a la liquidación de instituciones financieras. Las referencias que allí se hacen respecto a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de

Instituciones Financieras se entenderán hechas a la Superintendencia de servicios públicos; las que se hacen al Consejo Asesor se entenderán referidas a la comisión de regulación; las hechas a los ahorradores se entenderán hechas respecto a los acreedores; y las hechas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se tratarán como inexistentes.

Artículo 123. *Nombramiento de liquidador; procedimiento. La liquidación de las empresas de servicios públicos se hará siempre por una persona que designe o contrate la Superintendencia; el liquidador dirigirá la actuación bajo su exclusiva responsabilidad, y la terminará en el plazo que señale el Superintendente. El liquidador tendrá las facultades y deberes que corresponden a los liquidadores de instituciones financieras, en cuanto no se opongan a normas especiales de esta Ley.*

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades (Estatuto Financiero), consagra la figura de la comisión, precisando los principios generales de la toma de posesión; así:

“Artículo 24. *El artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así:*

Principios que rigen la toma de posesión

Corresponde al Presidente de la República, en ejercicio de las funciones que le otorga el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, señalar la forma como se desarrollará el proceso de toma de posesión, y en particular la forma como se procederá a liquidar los activos de la entidad, a realizar los actos necesarios para colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social o a realizar los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas; la forma y oportunidad en la cual se deben presentar los créditos o reclamaciones; las sumas que se pueden cancelar como gastos de administración; la forma como se reconocerán y pagarán los

créditos, se decidirán las objeciones, se restituirán los bienes que no deban formar parte de la masa, y en general, los actos que en desarrollo de la toma de posesión se pueden o se deben realizar.

Dichas facultades las ejercerá el Presidente de la República con sujeción a los principios y criterios fijados en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a las siguientes reglas generales:

1. La toma de posesión sólo podrá adoptarse por las causales previstas en la ley.

2. La misma tendrá por objeto la protección del sistema financiero y de los depositantes y ahorradores con el fin de que puedan obtener el pago de sus acreencias con cargo a los activos de la entidad y, si es del caso, al seguro de depósito.

3. Las decisiones que se adopten tomarán en cuenta la posibilidad real de subsanar las causas que dieron lugar a la toma de posesión y la necesidad de evitar situaciones que pongan en juego la estabilidad del sector financiero y de la economía en general.

4. La decisión de toma de posesión será de cumplimiento inmediato a través del funcionario comisionado para el efecto por el Superintendente y si la misma no se puede notificar personalmente al representante legal, se notificará por un aviso que se fijará en lugar público de las oficinas de la administración del domicilio social. El recurso de reposición no suspenderá la ejecución de la medida.

5. Corresponderá al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designar al agente especial, quien podrá ser una persona natural o jurídica, podrá actuar tanto durante la etapa inicial, como en la administración o liquidación y podrá contar con una junta asesora con representación de los acreedores en la forma que fije el Gobierno.

6. Los agentes especiales desarrollarán las actividades que les sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad.

7. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras realizará el seguimiento de la actividad del agente especial, sin perjuicio de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la

entidad objeto de administración, mientras no se decida su liquidación.

8. Los agentes especiales ejercerán funciones públicas transitorias, 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...”

De las normas anteriormente transcritas, esta Corporación a fin de resolver dos de las incógnitas inicialmente formuladas, señalará:

Como consecuencia de la intervención de una empresa, el legislador le impuso al Superintendente la obligación de celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal, sin que ello implique la pérdida de la toma de posesión que continua bajo su control, es decir, que no se autorizó, en principio, a trasladar en ninguna otra persona la representación legal de la empresa, ni la facultad nominadora.

De la lectura del artículo 8° de la Ley 689 de 2001, que entro a regir el 31 de agosto del mismo año, se tiene que el Superintendente de Servicios Públicos, al tomar posesión de la Empresa, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue la administración de la misma en forma temporal, de suerte, que éste podía comisionar a un funcionario y fijarle las funciones que considerara necesarias para efectos de resolver la crisis en la que se encontraba la empresa, esto es, en el presente caso, para que cumpliera con la representación legal de la entidad y como consecuencia de ello, ejerciera la facultad nominadora.

Así las cosas, es del caso concluir respecto de la competencia que es claro que el funcionario que designó el Superintendente como agente especial y que le aceptó la renuncia al demandante, era el competente para

tomar la decisión, pues actuó dentro de las facultades derivadas de la representación legal de la empresa.

Ahora bien, frente al tercer argumento referido a la validez de la renuncia inducida, se realizara el siguiente análisis:

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la modalidad en estudio, la dimisión ha de tener su origen o su fuente generatriz en el libre franco y espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad (artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 a 116 del Decreto 1950 de 1973).

Así pues, esa renuncia debe reflejar la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo, debe ser consciente, ajena a todo vicio de fuerza o engaño.

Al examinar las condiciones y el entorno en que se produjo el retiro del servicio del actor, se observa lo siguiente:

Obra a folio 4 del expediente, copia de la dimisión presentada el día 29 de mayo de 2001, entre otros, por el señor Diego Ramón Orozco Aragón – Gerente de Recursos Humanos, a la Secretaria General de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP., en donde consta:

“...
Santiago de Calí, 29 de mayo de 2001
Doctor
JUAN MANUEL PULIDO MOSQUERA.”

*Agente Especial.
Representante Legal Designado
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI
EMCALI EICE ESP
Cali.*

*Apreciado Doctor,
Los abajo firmantes presentamos renuncia de los cargos que
actualmente desempeñamos.
Le deseamos éxitos en la labor que ha emprendido en la
empresa.”*

De la lectura del texto contentivo de la abdicación no se infiere ninguna presión ajena a la voluntad del dimitente, ni se insinúa constreñimiento o intimación alguna por parte de la nominadora de ese entonces. Si las circunstancias específicas que acompañaron la determinación del demandante hubieran sido coaccionadas, bien pudo haberse dejado consignado ese hecho en el mismo acto de renuncia, como una manifestación clara y expresa de no ser absolutamente consentida o voluntaria, situación que es de normal ocurrencia en estos casos y máxime, si el autor de la misma es una persona profesional y por tanto de un nivel cultural óptimo que le permite en esas condiciones dejar plasmada su inconformidad a la solicitud que califica de ilegal e improcedente.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente es claro que el demandante no tenía status de estabilidad, dado que ocupaba el cargo de Gerente de Recursos Humanos, es decir, se encontraba dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción según los estatutos de la empresa –Acuerdo 034 del 15 de enero de 1999, razón por la cual habrá que decir, que por su jerarquía y el rol que desempeñaba al interior de la entidad presuponía un nivel de preparación y experiencia que le permitían discernir sobre la conveniencia de renunciar o abstenerse de hacerlo si estimaba que por su capacidad y experiencia debía permanecer en las Empresas Municipales de Cali, pero no lo hizo así, y optó, en su lugar, por dejar en

libertad al nominador para decidir su permanencia en el cargo profiriendo un acto originado en la libre voluntad declarada del actor de desvincularse de su cargo.

Entonces, si bien de los testimonios obrantes en el expediente a folios 100 y 101, 110 a 113, 115, 116 y 119 a 120 del Cuaderno N° 2, se tiene que en efecto el agente especial y representante legal de EMCALI, solicitó a todo su staff directivo que renunciaran dado el cambio de administración, tales declaraciones no ofrecen certeza de que se hubiese coaccionado o influenciado al actor para presentar su renuncia y que dicha presión obedeciese a motivos políticos, razón por la cual mal puede considerarse que el acto acusado fue expedido con desviación de poder.

Además, en reiterada jurisprudencia de la Subsección “A” de la Sección Segunda de esta Corporación¹ la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas, el empleado puede desechar la oferta, insinuación o solicitud sin que ello le acarree consecuencias desfavorables. En el presente caso frente a la solicitud del nominador, como ya se dijo, bien pudo el demandante optar de forma diferente y no lo hizo. No resulta válido entonces, desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable.

Así las cosas, es claro que las renunciaciones protocolarias obedecen a la llegada de un nuevo Jefe y tienen por objeto dejarlo en libertad para reorganizar la respectiva entidad, de manera que por razones

¹ Entre otras, sentencia del 6 de mayo de 2004. Expediente número 2273-03.

administrativas pueda aceptar las que estime convenientes e inadmitir las de los funcionarios que considere le puedan colaborar adecuadamente en su gestión.

En ese orden de ideas, como bien lo manifestó el a quo, el acto por medio del cual se aceptó la renuncia presentada por el señor Diego Ramón Orozco Arango, permanece amparado por la presunción de legalidad que lo cobija.

En vista de lo anterior, al carecer de asidero jurídico los planteamientos hechos por la parte demandante, sin más razones esta Corporación confirmara la sentencia apelada.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que entre otros, negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Diego Ramón Orozco Aragón contra las Empresas Municipales de Cali y la Superintendencia de Servicios Públicos.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Rad. N° 76001 23 31 000 2001 04207 01 (2515-08). ACTOR: DIEGO
RAMÓN OROZCO ARANGO.