

OFICIO DE COMUNICACION DE RETIRO DEL SERVICIO POR INSUBSISTENCIA TACITA – No es enjuiciable

Respecto al oficio de 22 de marzo de 2002 cuya nulidad se pretende, advierte la Sala que el mismo se limita a informar al demandante la decisión contenida en el Decreto 0542 de 20 de marzo de 2002, por lo tanto, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, careciendo de contenido decisorio, motivo por el cual, no constituye un acto administrativo enjuiciable al tenor del artículo 85 del C.C.A y en tal sentido, la Sala procederá a declararse inhibida para pronunciarse respecto al mencionado oficio. En este orden, no es enjuiciable el medio que utiliza la Administración para informar sobre un acto administrativo por cuanto con él no crea ni modifica situación alguna dado que su función consiste en poner en conocimiento la decisión contenida en otro acto administrativo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre que el oficio que comunica una decisión administrativa no es enjuiciable, consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de diciembre de 2008, Rad. 2001-02849(4316-03), M.P., Bertha Lucía Ramírez de Páez

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Acuantioquia S.A., E.S.P. Nombramiento de gerente

El Decreto No. 0542 de 20 de marzo de 2002, por medio del cual se hace un nombramiento, fue proferido por el Gobernador de Antioquia, con fundamento en la facultad conferida por el artículo 40 de los Estatutos de la Sociedad Acuantioquia S.A. E.S.P., situación por la cual, sin tener que recurrir a mayores esfuerzos interpretativos, puede concluirse que a la Sociedad ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. no le asiste interés directo ni inmediato en el sub lite, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, la pasividad procesal en las acciones impugnatorias como la de nulidad y restablecimiento del derecho la determina la autoría del acto que se discute, el cual en el presente asunto, emana del Gobernador de Antioquia, circunstancia que excluye a la Sociedad ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. en Liquidación de cualquier vinculación en calidad de parte.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 155

ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. - Naturaleza jurídica. Régimen aplicable

La Empresa Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P. En Liquidación, identificada con NIT 890.980.145-2, fue constituida por Escritura Pública No. 6306, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín, el 29 de noviembre de 1960 como una Sociedad Anónima, Industrial y Comercial del Estado, del tipo de las descentralizadas indirectas. Fue reformada en varias oportunidades, siendo efectuada la última de ellas, el 3 de febrero de 1997, mediante Escritura Pública No. 87 de la Notaría Única de Sabaneta, a través de la cual se transformó como Empresa Prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios, conformada por entidades públicas. Dada su conformación, se trata de una *empresa oficial de servicios públicos domiciliarios*. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se regulan armónica y sistemáticamente por las siguientes normas (i) la Ley 142 de 1994, que establece que a las mismas le son aplicables la Constitución, dicha ley, y en lo demás, las normas del Código de Comercio, y (ii) la Ley 489 de 1998, en los aspectos no regulados por la Ley 142 de 1994, norma que señala que las entidades descentralizadas se sujetan a la Constitución

Política, a dicha ley, a las normas que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. En cuanto a la estructura y organización de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 señala que son sociedades por acciones, sin regular lo atinente a su creación, estructura y organización, por lo cual, ha de acudirse a las disposiciones de la Ley 489 de 1998, a la ley de su creación o autorización y a sus estatutos internos, y en lo demás, a las normas del Código de Comercio.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994

INSUBSISTENCIA TACITA DEL CARGO DE LIQUIDADOR DE ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. – Nombramiento de liquidador. Competencia del Gobernador. Disolución y liquidación voluntaria

Como en los estatutos de la entidad no se previó expresamente la autoridad que nombraría al liquidador en los casos de disolución y liquidación voluntaria de la empresa, sin embargo sí se estableció en el artículo 40 que el Gerente de la empresa sería nombrado por el Gobernador, y dado que el Gerente y el Liquidador son cargos equivalentes en cuanto a las funciones de administrador y representación legal, es de concluir que el Gobernador de Antioquia sí tenía competencia para nombrar al Gerente liquidador en el caso de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios ACUANTIOQUIA S.A. ES.P. En consecuencia, dado que el Gobernador de Antioquia tenía la facultad para nombrar al Gerente Liquidador de la entidad demandada, decisión que implicaba la insubsistencia del nombramiento del demandante Leonel Urrego Murillo, como lo consagra el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, de acuerdo con el cual, en los empleos de libre nombramiento y remoción, la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña, es de concluir que el Decreto No. 542 de 20 de marzo de 2002 no se encuentra afectado de nulidad por incompetencia.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1994 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 52 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 222 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 227 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 228 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 107

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03400-01(1388-12)

Actor: LEONEL URREGO MURILLO

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de diciembre de 2011, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda presentada por Leonel Urrego Murillo contra el Departamento de Antioquia y la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A., Acuantioquia E.S.P.

ANTECEDENTES

El señor Leonel Urrego Murillo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad del **Decreto 0542 de 20 de marzo de 2002**, proferido por el Gobernador de Antioquia, y del **Oficio sin número de 22 de marzo de 2002**, suscrito por el Presidente de la Asamblea General de Accionistas de Acuantioquia S.A. E.S.P. en liquidación, por medio de los cuales se declaró la insubsistencia tácita como Gerente Liquidador de la referida empresa.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a las entidades demandadas a reintegrar al actor al cargo de liquidador de la Empresa Acuantioquia S.A. E.S.P., a reconocer y pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el retiro hasta que se produzca su reintegro así como la indexación de las sumas que se reconozcan, la indemnización de los perjuicios morales causados con ocasión del retiro equivalentes a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100) SMLMV, los intereses que se causen, la sanción moratoria por el no pago de las acreencias laborales y las costas y agencias del proceso.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

La Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A., se constituyó como Empresa Industrial y Comercial del Estado mediante Escritura Pública Número 6306 de 29 de noviembre de 1960, con el objeto de promover el desarrollo del

sector agua potable y alcantarillado, mediante la cofinanciación y asistencia técnica a los municipios y/o a las entidades que presten directamente los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, en lo relacionado con la planeación, diseño, ejecución y administración de programas y proyectos relacionados.

La empresa fue transformada como empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios conformada por entidades públicas, como reposa en Escritura Pública No. 87 de 03 de febrero de 1997.

En sesión extraordinaria de 24 de noviembre de 1997 la Junta de Socios determinó disolver la sociedad y ordenar el inicio del proceso de liquidación conforme a las disposiciones legales pertinentes, decisión protocolizada mediante Escritura Pública número 50 de 29 de enero de 1998 de la Notaría Única de Sabaneta, registrada en la Cámara de Comercio de Medellín.

Narra la demanda que a partir de dicha determinación la Asamblea de Accionistas de la Empresa de Servicios Públicos Acuantioquia S.A. ESP En Liquidación ha venido designando al liquidador de la empresa, porque se trató de un proceso de liquidación voluntaria.

Refiere que en Asamblea Extraordinaria de Accionistas celebrada el 29 de diciembre de 2000, que consta en Acta No. 64, el Liquidador Mario Vélez Vélez presentó renuncia al cargo siendo aceptada por la asamblea de accionistas.

Informa que el 11 de febrero de 2001 la asamblea de accionistas nombró al señor Carlos Mario Molina Gómez como Liquidador de la empresa con una asignación salarial de \$ 7'200.000, vinculado por contrato de prestación de servicios.

Manifiesta que el 5 de septiembre de 2001 el señor Carlos Mario Molina Gómez presentó renuncia al cargo ante la asamblea de accionistas, por lo cual, la

asamblea nombró al señor Leonel Urrego Murillo como liquidador, tal y como se desprende del Acta No. 67 de esa fecha.

Indica que mediante Acta 68 de 03 de octubre de 2001 se dejó expresa constancia del nombramiento efectuado, con el fin de perfeccionar el Registro Mercantil.

Narra que el Gobernador de Antioquia, sin tener facultades para ello, profirió el Decreto 0542 de 20 de marzo de 2002, por medio el cual nombró como Gerente liquidador de la Empresa Acuantioquia S.A. en Liquidación, al señor José Iván Muñoz Orrego, de lo cual se infiere la declaratoria de insubsistencia del actor.

Dicha decisión le fue comunicada al actor por oficio sin número de 22 de marzo de 2002.

Sostiene el actor que laboró hasta el 4 de abril de 2002, devengando un sueldo superior a los \$ 8'200.000,00. y que su retiro del servicio le ocasionó perjuicios morales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

De la Constitución Política: artículos 13 y 29.

De orden legal: Ley 222 de 1995; Código Contencioso Administrativo, artículos 82, 83, 85, 139, 142, 143, 144 y s.s., 168, 170, 172, 173, 174, 177, 178, 206 al 214; Código de Comercio, artículos 228 y s.s., 248 y 830.

Como causales de nulidad se invocaron las siguientes:

.- Violación de la Ley: Al explicar el concepto de violación la parte actora sostuvo que de acuerdo con la Ley 142 de 1994, la disolución de la Sociedad ocurre por las causales previstas en las disposiciones legales, dando lugar al proceso de liquidación cuyo trámite se encuentra regulado por el artículo 228 del Código de Comercio.

Indicó que el liquidador de la sociedad se designa conforme a la ley o los estatutos y que de acuerdo con la Ley 222 de 1995 la función de designar al liquidador en los casos previstos por la ley está atribuida a la Superintendencia de Sociedades únicamente respecto de las sociedades vigiladas pero a tal premisa no corresponde la Empresa Acuantioquia S.A.

Manifestó que el Gobernador procedió a designar al Liquidador, con sujeción al artículo 40 de los Estatutos, desconociendo que no tenía competencia para tal efecto, dado que dicha norma regula lo atinente a la Gerencia y no al Liquidador. Sostuvo que al designar al liquidador, el Gobernador abusó de su posición de socio mayoritario.

Afirmó que el liquidador de una sociedad no está supeditado en el ejercicio de su tarea a las limitaciones estatutarias impuestas a quienes la representaban legalmente antes de su disolución ni a las que eventualmente determine la asamblea o la junta de socios respecto a las funciones que les competen con arreglo a la ley.

Indicó que existe diferencia entre la figura del Gerente y la del Liquidador, y si frente al primero el Gobernador tenía la facultad para designarlo, para el segundo ya había perdido toda competencia, como quiera que en las sociedades en liquidación los votos son por socio y no por el número de cuotas que representa.

Manifestó que el Gobernador usurpó las facultades de los demás socios y unilateralmente removió al liquidador designado legalmente, poniendo en su lugar a uno de sus afectos.

Indicó que en las sociedades en liquidación, cualquiera sea el tipo de ellas, la vocación decisoria de los socios es personal y no por acciones, de acuerdo con lo señalado por el artículo 248 inciso segundo del Código de Comercio.

Adujo que se presenta una infracción de una norma superior por la errada interpretación que se dio a una norma estatutaria, haciéndole producir efectos diferentes a los planteados en la propia norma.

.- Desviación de Poder: Afirmó que el actuar del Gobernador configuró una desviación de poder al nombrar al liquidador de sus afectos y remover, de manera arbitraria e injusta, a quien ya no le satisfacía. Ilustró el cargo con doctrina de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Sostuvo que la desviación de poder, le generó un daño antijurídico que en manera alguna puede soportar, motivo por el cual ha de restablecerse el orden justo, decretando la anulación del acto de insubsistencia, con el fin de resarcir en parte el daño antijurídico causado.

.- Falsa Motivación: Sostuvo que existe falsa motivación porque la norma estatutaria citada como fundamento del acto de insubsistencia tácita fue aplicado de manera analógica, equiparando **“Gerente”** a **“Liquidador”** realizando una inadecuada interpretación de la norma. Indicó que esta causal de anulación, tiende a materializar la conducta irregular de la administración, cuando se funda en erróneas o inexistentes razones alegadas como causa del acto. Afirmó que ninguna entidad administrativa debe salirse de los marcos constitucionales o legales que señalan su competencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

.- La Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia E.S.P., En Liquidación, Acuantioquia E.S.P. en Liquidación (fls. 109 a 112).

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa porque el acto cuya nulidad se demanda fue expedido por el Gobernador de Antioquia.

Expresó que la facultad del Gobernador para nombrar al Gerente comprende la del Liquidador.

Afirmó que no es dable hacer diferencias en puntos en donde la ley no los ha hecho, y menos cuando la norma expresa que el nombramiento del liquidador se hace por parte del organismo de control en caso de que el nombramiento no se realice conforme se señala en los estatutos de la entidad.

Sobre el tema especial de la liquidación, los estatutos no determinan la forma de nombramiento del liquidador de la empresa por lo que el vacío debe ser llenado conforme a las normas de las sociedades, es decir, lo hará el máximo órgano de dirección, esto es la Asamblea General de Accionistas. Dicho órgano había previamente delegado al señor Gobernador el nombramiento del Gerente y en el proceso de liquidación, aceptó que ese nombramiento lo siguiese realizando el ejecutivo departamental sin objeción alguna.

Sostuvo que el órgano de control por excelencia es la Superintendencia de Servicios Públicos, entidad que ha venido aceptando los nombramientos realizados al encontrarlos conforme a la ley.

Indicó que la Superintendencia de Sociedades solo vigila a las sociedades que la misma ley les señala, conforme lo dispone el artículo 84 numeral 6 de la Ley 222 de 1995, y no ejerce vigilancia y control sobre Acuantioquia S.A. E.S.P.

.- El Departamento de Antioquia. (fls. 115 a 122)

Afirmó que el acto demandado fue expedido por el Gobernador de Antioquia con sujeción a las normas estatutarias vigentes. Además, el párrafo del artículo 57 de los estatutos preceptúa que mientras no se registre el nombramiento del liquidador, actuará como tal el Gerente de la Empresa.

Como razones de defensa expresó que Acuantioquia S.A. ESP, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 es una empresa de servicios públicos de carácter oficial y que el proceso de liquidación iniciado fue voluntario, por decisión de la asamblea de accionistas, de conformidad con el artículo 57 de los Estatutos y del artículo 457 del Código de Comercio.

Sostuvo que en la liquidación voluntaria, los órganos sociales de la entidad no desaparecen sino que continúan con sus funciones durante la etapa concursal, por lo tanto, el restablecimiento o conformación de la Junta Directiva debe hacerse como está ordenado en el capítulo V, artículo 32 de los Estatutos.

Propuso las excepciones de (i) Inepta demanda, por considerar que la demanda no contiene en forma clara y precisa las pretensiones conforme a lo establecido en el artículo 75 del C.P.C. Indicó además, que el artículo 85 del C.C.A no contempla la posibilidad de solicitar perjuicios morales causados por la expedición de un acto administrativo, y (ii) la Inexistencia de la obligación porque el Gobernador del Departamento de Antioquia cumplió con lo establecido en las disposiciones estatutarias al designar al Gerente y declarar insubsistente al señor Leonel Urrego Murillo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia de 15 de diciembre de 2011, negó las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 167 a 178):

Luego de efectuar un análisis de las facultades del Gobernador derivadas de la Constitución Nacional, sostuvo que siendo Acuantioquia S.A. una entidad descentralizada del orden departamental indirecta, se rige por lo dispuesto en sus actos de creación y en sus estatutos, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 261 del Decreto 1222 de 1986, por lo que concluyó que para delimitar la competencia en las entidades descentralizadas indirectas, la norma escogió un criterio estatutario.

Indicó que los estatutos de la Sociedad demandada plasmados en la Escritura Pública No. 87 de 1997, establecieron en su artículo 40 que el Gerente tiene la calidad de empleado público y es agente del Gobernador de su libre nombramiento y remoción.

Destacó que revisados los estatutos de la entidad, en el capítulo Décimo Segundo sobre "La Disolución y Liquidación", y acorde con el artículo 457 del Código de Comercio, mientras no se realice y registre el nombramiento de liquidadores, actuará como tal el Gerente de la Empresa, por lo tanto, quien debió cumplir las funciones de liquidador era el Gerente de la entidad, el cual debía ser nombrado conforme a los estatutos de la misma.

Sostuvo que el demandante era un empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción y no estaba inscrito en carrera administrativa, ni gozaba de período fijo, ni tenía a su favor ningún otro fuero de relativa estabilidad en su cargo. Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación alguna, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto le conferían los estatutos al Gobernador de Antioquia.

Concluyó que el Gobernador de Antioquia tenía la facultad para declarar la insubsistencia del cargo desempeñado por el accionante, la cual, aunque no fue expresa, se dio en los términos del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos (fls. 180 a 187):

Planteó que el Tribunal no tuvo en cuenta la normatividad que regula la designación y remoción de liquidadores en empresas en liquidación, sin importar su naturaleza pública o privada.

Destacó que según el artículo 84 de la Ley 489 de 1998, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994 y a lo previsto en la Ley 489 de 1998 en los aspectos no regulados por aquella.

En cuanto a la liquidación forzosa de sociedades, señaló que se rigen por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Ley 510 de 1999. Preciso que ello respecto de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Sostuvo que la liquidación voluntaria de la Sociedad procede siempre y cuando se tenga como una causal de disolución en los estatutos sociales, pues se aplicaría el ordinal quinto del artículo 218 del Código de Comercio.

Con sustento en la doctrina, indicó que las sociedades que no están sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, deben adelantar el proceso liquidatorio en forma privada, debiendo agotar el trámite previsto en los artículos 218 a 224 del Código de Comercio, encontrándose facultados los socios para nombrar al liquidador, como ocurrió en el caso de Acuantioquia S.A. conforme consta en Actas 55 de 24 de noviembre de 2007, 64 de diciembre 29 de 2000 y 65 de 2001.

Adujo que acorde con las pruebas allegadas y la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Medellín, en donde consta la inscripción de todo el proceso liquidatorio hasta su culminación definitiva en el año 2006, se acreditó la inscripción como liquidador del señor Leonel Urrego y su designación por parte de la asamblea de accionistas, órgano competente para removerlo.

Por último, aseguró que no es lo mismo la figura del Gerente que la del Liquidador y que la designación de este último le compete a la Asamblea de Accionistas y no al Gobernador.

ALEGATOS DE CONCLUSION

.- **La parte demandante** en esta oportunidad, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación en torno a la naturaleza jurídica y el régimen aplicable a la Empresa "Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A." en cuanto a las liquidación voluntaria y la competencia de la asamblea de accionistas para designar al liquidador de la Empresa.

Indicó que el artículo 57 de los Estatutos de la Empresa, adoptados mediante Escritura No. 87 de 03 de febrero de 1997, estableció las causales para la disolución de la misma, al tenor de los numerales 1 y 2 del artículo 457 del C.Co.

Argumentó que al tenor del artículo 228 del Código de Comercio, le correspondía a la asamblea de accionistas como máximo órgano social de la sociedad anónima por acciones Acuantioquia S.A. E.S.P., proceder a designar y remover al liquidador de la sociedad, como efectivamente venía haciéndolo, según consta en Actas 55 de 24 de noviembre de 2007, 64 de 29 de diciembre de 2000 y 65 de 2001.

Insistió en que no es lo mismo Gerente y Liquidador, y que el artículo 40 de los estatutos le confirió la facultad al Gobernador para nombrar al Gerente de la empresa, mas no al Liquidador, por lo anterior, considera que el Gobernador de Antioquia se excedió en sus funciones al declarar la insubsistencia del actor en el cargo de liquidador de la Empresa demandada.

Reiteró sus pretensiones relacionadas con el reconocimiento de perjuicios morales con ocasión de la alteración de sus condiciones laborales.

.-Las entidades públicas demandadas guardaron silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante la Corporación, emitió concepto No. 126 en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos (fls. 213 a 221):

Sostuvo que el Gobernador de Antioquia no usurpó funciones de la Asamblea General de Accionistas de la empresa, toda vez que revisados los estatutos de la entidad demandada, dicho órgano de dirección no contaba con la facultad para designar liquidador; por el contrario, la Asamblea sustrajo al Gobernador de la facultad de nombrar al Gerente, mientras la Superintendencia de Servicios Públicos nombraba al liquidador de conformidad con los artículos 121 y 123 de la Ley 142 de 1994.

Indicó que en el Acta 55 de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas por medio de la cual se aprueba la liquidación de la empresa, específicamente a folio 11, se comisionó al secretario de la Asamblea para que procediera a comunicar la decisión a la Superintendencia de Servicios Públicos para que esta efectuara el nombramiento del liquidador, según lo establecido en el artículo 123 de la Ley 142 de 1994, lo cual no ocurrió.

Concluyó que mientras la Superintendencia no efectuara el nombramiento del liquidador, el Gerente de la empresa podía ejercer la función administrativa.

Afirmó que por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción, el demandante podía ser removido discrecionalmente.

CONSIDERACIONES

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

1.- Cuestión Previa: De los actos demandados

Del acápite de pretensiones se advierte que la demanda se dirigió a obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a) Decreto No. 0542 de 20 de marzo de 2002, proferido por el Gobernador de Antioquia, cuyo contenido es el del siguiente tenor:

“Decreto Número 0542 de 2002

(20 de marzo de 2002)

“POR MEDIO DEL CUAL SE HACE UN NOMBRAMIENTO”

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial el artículo 40 de los Estatutos de la Entidad

DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: Nombrar como Gerente de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P. “ACUANTIOQUIA”, en liquidación, al doctor JOSE IVAN MUÑOZ ORREGO.

ARTICULO SEGUNDO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Dado en Medellín, a los 20 Marzo de 2002.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

GUILLERMO GAVIRIA CORREA

Gobernador de Antioquia”

- b) Oficio de 22 de marzo de 2002, expedido por el Presidente de la Asamblea General de Accionistas de Acuantioquia S.A. E.S.P. en Liquidación, mediante el cual se comunicó al demandante el nombramiento del Gerente Liquidador, en los siguientes términos:

“Medellín, 22 de marzo de 2002.

Doctor

LEONEL URREGO MURILLO

Gerente

Acuantioquia E.S.P., en Liquidación

Carrera 40 No. 56-11

Medellín

Respetado doctor Urrego:

Me permito informarle que mediante Decreto 0542 del 20 de marzo de 2002, fue designado como Gerente Liquidador de ACUANTIOQUIA S.A. E.SP., en liquidación, el doctor José Iván Muñoz Orrego, de conformidad con el artículo 196 del Código de Comercio y el artículo 40 de los estatutos de ACUANTIOQUIA S.A.

En consecuencia le solicito realizar las gestiones necesarias con el nuevo funcionario para el respectivo empalme, de conformidad con los artículos 42 y 57 de los Estatutos de la empresa.

Agradezco su colaboración en el desempeño del cargo y le auguro mucho éxito en sus futuras actividades.

Atentamente,

HERNANDO URIBE CORREA

Presidente

Asamblea General de Accionistas

ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. en Liquidación”

Respecto al **oficio de 22 de marzo de 2002** cuya nulidad se pretende, advierte la Sala que el mismo se limita a informar al demandante la decisión contenida en el Decreto 0542 de 20 de marzo de 2002, por lo tanto, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, careciendo de contenido decisorio, motivo por el cual, no constituye un acto administrativo enjuiciable al tenor del artículo 85 del C.C.A y en tal sentido, la Sala procederá a declararse inhibida para pronunciarse respecto al mencionado oficio.

En este orden, no es enjuiciable el medio que utiliza la Administración para informar sobre un acto administrativo por cuanto con él no crea ni modifica situación alguna dado que su función consiste en poner en conocimiento la decisión contenida en otro acto administrativo.

Al respecto, la Sala¹ ha precisado que el oficio mediante el cual se comunica la decisión adoptada por una autoridad pública, en principio, no constituye un acto administrativo; sobre el particular, sostuvo: *“... el citado oficio no es enjuiciable debido a que esta Jurisdicción está facultada para juzgar actos administrativos; y si en gracia de discusión pudiera anularse la comunicación, ella resultaría infructuoso, pues no tendría ningún efecto jurídico respecto el(sic) acto que determinó el retiro tácito del actor, toda vez que continuaría vigente el acto de*

¹Sentencia de 4 de diciembre de 2008, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02849-01(4316-03), Actor: JORGE ELIECER OCAMPO DUQUE, Demandado: CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTOR DEL TOLIMA.

retiro, de tal manera que no procede emitir pronunciamiento de fondo en relación con el oficio demandado”.

2.- Excepciones:

2.1. Falta de Legitimación en la causa.

La Empresa Acueductos y Alcantarillados de Antioquia E.S.P. en Liquidación, ACUANTIOQUIA E.S.P. en Liquidación, propuso la excepción de falta de legitimación en causa teniendo en cuenta que el acto demandado, Decreto 0542 de 20 de marzo de 2002, por medio del cual se efectuó el nombramiento del Gerente de la Sociedad demandada, fue proferido por el Gobernador de Antioquia y la empresa no puede asumir responsabilidad por dicha decisión.

En efecto, el Decreto No. 0542 de 20 de marzo de 2002, por medio del cual se hace un nombramiento, fue proferido por el Gobernador de Antioquia, con fundamento en la facultad conferida por el artículo 40 de los Estatutos de la Sociedad Acuantioquia S.A. E.S.P., situación por la cual, sin tener que recurrir a mayores esfuerzos interpretativos, puede concluirse que a la Sociedad ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. no le asiste interés directo ni inmediato en el sub lite, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, la pasividad procesal en las acciones impugnatorias como la de nulidad y restablecimiento del derecho la determina la autoría del acto que se discute, el cual en el presente asunto, emana del Gobernador de Antioquia, circunstancia que excluye a la Sociedad ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. en Liquidación de cualquier vinculación en calidad de parte.

En tal sentido, esta Sección² se ha pronunciado para señalar que tratándose de acciones contra actos administrativos, las entidades que deben ser vinculadas al proceso como parte pasiva son quienes lo expidieron. En este caso, observa la Sala que la Sociedad ACUANTIOQUIA S.A. E.SP. no figura suscribiendo el acto

² Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 21 de agosto de 2008, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-01239-01(0086-07).

demandado, y que la autoridad que lo profirió fue el Gobernador de Antioquia, por ende, el Departamento de Antioquia es el único ente que debe ser vinculado al plenario, razón suficiente para declarar la prosperidad del medio exceptivo propuesto por ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACION, como se hará constar en la parte resolutive del presente fallo.

2.2. Inepta demanda.

El Departamento de Antioquia al contestar la demanda, plantea que no se detallaron en forma clara y precisa las pretensiones. Asimismo, indica que el artículo 85 del C.C.A. no contempla la posibilidad de solicitar perjuicios morales causados por la expedición de un acto administrativo.

Al respecto, advierte la Sala que las pretensiones de la demanda fueron expresa y claramente individualizadas en el acápite respectivo, pudiéndose identificar las pretensiones impugnatorias, señalándose con precisión los actos demandados, así como las pretensiones reparatorias, motivo por el cual, se advierte que la parte actora dio cumplimiento al artículo 138 del C.C.A que impone individualizar las pretensiones con toda precisión, razón por la cual la excepción no está llamada a prosperar.

Respecto a la procedencia de los perjuicios morales, dirá la Sala que por tratarse de un aspecto sustancial que depende de la prosperidad de las pretensiones, su análisis corresponderá al estudio de fondo de la controversia planteada.

3.- El problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala establecer si el **Decreto 0542 de 20 de marzo de 2002**, proferido por el Gobernador de Antioquia, por el cual se declara tácitamente la

insubsistencia del actor del cargo de Liquidador de Acuantioquia S.A. E.S.P., se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia.

Establecido lo anterior, la Sala estudiará si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al cargo desempeñado, y como consecuencia de ello, al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde su retiro hasta que se produzca el reintegro.

4.- Marco Jurídico.

4.1. Naturaleza y Régimen Jurídico de la Empresa “Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P”. (En liquidación), ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P.

La Empresa Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P. En Liquidación, identificada con NIT 890.980.145-2, fue constituida por Escritura Pública No. 6306, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín, el 29 de noviembre de 1960 como una Sociedad Anónima, Industrial y Comercial del Estado, del tipo de las descentralizadas indirectas (fls. 4 a 9). Fue reformada en varias oportunidades, siendo efectuada la última de ellas, el 3 de febrero de 1997, mediante Escritura Pública No. 87 de la Notaría Única de Sabaneta, a través de la cual se transformó como Empresa Prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios, conformada por entidades públicas. Dada su conformación, se trata de una **empresa oficial de servicios públicos domiciliarios.**

Mediante Escritura No. 50 del 29 de enero de 1998, de la Notaría Única de Sabaneta, se declaró disuelta y en estado de Liquidación (fl. 5).

4.2.- De las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios. Régimen Jurídico.

La **Ley 142 del 11 de julio de 1994**, por la cual se establece el régimen de servicios públicos, dispone en su artículo 14 numeral 5, que las Empresas de Servicios Públicos Oficiales son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

El artículo 17 define la naturaleza de las empresas de servicios públicos como **sociedades por acciones** cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos; asimismo, autoriza que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, adopten la forma de empresa industrial y comercial del estado.

En cuanto al régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, refiere la norma que en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en la Ley 142 de 1994.

El artículo 19 de la referida ley, enseña que las empresas de servicios públicos se someten al siguiente régimen jurídico:

“19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P.".

(...)

19.12. La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.

(...)

19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas. (...)”

De la anterior disposición se desprende que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios son sociedades por acciones³ cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, y que su régimen jurídico se encuentra previsto en la

³ No obstante, las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial, pueden adoptar la forma de empresas industriales o comerciales del Estado al tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

Constitución, la Ley 142 de 1994, y en lo demás, en las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

Por otra parte, la **Ley 489 de 1998**, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de la administración pública, cuyo ámbito de aplicación cubre a las entidades territoriales⁴, dispone en sus artículos 38⁵ y 68⁶, que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios son entidades públicas descentralizadas que integran la rama ejecutiva del poder público⁷.

El inciso segundo del artículo 68, señala que las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la Ley 489 de 1998, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y en sus estatutos internos. La anterior disposición resulta aplicable a las entidades descentralizadas territoriales, de conformidad con lo establecido en su parágrafo 1°.

A su turno, el artículo 84 de la Ley 489 de 1998, estableció lo siguiente:

“Artículo 84. EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PUBLICOS. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142

⁴ “Ley 489 de 1998, Artículo 2°. (...)PAR. Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la administración pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.”

⁵ “Artículo 38. La rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del sector central:
(...)
2. Del sector descentralizado por servicios:
(...)
d) Las empresas sociales del Estado y las **empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios**
(...)”

⁶ Artículo 68. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, **las empresas oficiales de servicios públicos** y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. (...)”.

⁷ El Consejo de Estado en sentencias de 2 de marzo de 2006 M.P. Alier Hernández Enríquez, expediente 29703 y de 17 de noviembre de 2005. M.P. Filemón Jiménez Ochoa, expediente 3713, estableció que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto también integran la rama ejecutiva del poder público, como entidades descentralizadas por servicios.

de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

En este orden de ideas, al tenor de las disposiciones referidas con anterioridad, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se regulan armónica y sistemáticamente por las siguientes normas (i) **la Ley 142 de 1994**, que establece que a las mismas le son aplicables la Constitución, dicha ley, y en lo demás, las normas del Código de Comercio, y (ii) **la Ley 489 de 1998**, en los aspectos no regulados por la Ley 142 de 1994, norma que señala que las entidades descentralizadas se sujetan a la Constitución Política, a dicha ley, a las normas que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

En cuanto a la estructura y organización de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 señala que son sociedades por acciones, sin regular lo atinente a su creación, estructura y organización, por lo cual, ha de acudirse a las disposiciones de la Ley 489 de 1998, a la ley de su creación o autorización y a sus estatutos internos, y en lo demás, a las normas del Código de Comercio.

4.3. - De los estatutos internos de la Empresa Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P. “ACUANTIOQUIA”

Mediante Escritura Pública 87 de 03 de febrero de 1997 (fls. 14 a 25) se protocolizó la reforma integral de los estatutos de la empresa de servicios públicos domiciliarios ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P., estableciéndose como una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, constituida como sociedad por acciones del tipo de las sociedades anónimas, conformada por entidades públicas, como entidad descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, **sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado**, con el objeto de promover el desarrollo del sector de agua potable y alcantarillado, mediante la cofinanciación y asistencia técnica a los municipios y/o a las entidades que presten directamente los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, en lo relacionado con la planeación, diseño, ejecución y administración de programas y proyectos relacionados con las actividades que allí se relacionan.

- a) **Órganos de Dirección y Administración:** En cuanto a sus órganos de dirección y administración, el artículo 25 de los referidos estatutos, estableció:

“Artículo 25. La Sociedad tiene los siguientes órganos de dirección y administración:

- a. Asamblea General de Accionistas
- b. Junta Directiva
- c. Gerencia”

Respecto a la Gerencia, el artículo 40 consagró lo siguiente:

“Artículo 40. La administración inmediata de la sociedad, su representación legal y la gestión de los negocios sociales, estarán a cargo del Gerente. El Gerente tiene la calidad de empleado público, es agente del Gobernador y de su libre nombramiento y remoción. Su remuneración será la misma que la de un secretario de despacho de la Gobernación de Antioquia.”

A su vez, el artículo 42, dispone:

“Artículo 42. El nombramiento del Gerente será inscrito en el Registro Mercantil mediante copia auténtica del acta de posesión.

PARAGRAFO: Quien figure en el Registro Mercantil como Gerente será el representante de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción con el registro de un nuevo nombramiento. En caso de falta del señor Gerente, lo reemplazarán los miembros de la Junta Directiva en el orden de su elección.

Quedan suprimidos los suplentes del Gerente y en consecuencia, deberán ser cancelados del Registro Mercantil los nombres de los que actualmente figuren.”

El artículo 43 reguló las funciones del Gerente:

“Artículo 43. Son funciones del Gerente:

- a. Representar a la Sociedad judicial y extrajudicialmente.
- b. Ejecutar los acuerdos y determinaciones de la Asamblea General y de la Junta Directiva.
- c. Ejercer su derecho de iniciativa, presentado a la Junta Directiva los proyectos sobre determinación o reforma de la estructura interna de la sociedad, unidades de organización, objetivos generales de éstas, plantas de personal, creación, supresión de oficios o empleos, sistemas salariales, asignaciones mensuales, estatutos de personal en todo su ámbito.
- d. Designar por nombramiento o contrato y remover con sujeción a las normas legales al personal de la sociedad, con excepción de aquel cuyo nombramiento compete a otros órganos.
- e. Constituir apoderados judiciales o extrajudiciales.

- f. Elaborar un informe escrito de gestión con el contenido de que dan cuenta la ley y los estatutos, informe que conjuntamente con los estados financieros de propósito general individuales y consolidados y demás documentos exigidos por la ley, serán presentados, en asocio de la Junta Directiva a la Asamblea General de Accionistas.
- g. Presentar en caso de existir grupo empresarial un informe especial en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva Sociedad controlada.
- h. En caso de existir el propósito de aumentar el capital autorizado o disminuir el suscrito, debe elaborar un informe sobre los motivos de dicha propuesta y dejarlo a disposición de los Accionistas durante el término de la convocatoria.
- i. Visitar en forma periódica las dependencias de la sociedad con miras al mejor rendimiento, eficiencia y seguridad de los bienes sociales.
- j. Celebrar y ejecutar los actos y contratos tendientes al desarrollo del objeto social y al mejor funcionamiento de la empresa, solicitando la autorización debida a la Junta Directiva en los casos señalados en estos estatutos.
- k. Cuidar de la recaudación e inversión de los fondos sociales y vigilar el cumplimiento oportuno de las obligaciones laborales de la empresa.
- l. Convocar a reuniones extraordinarias a la asamblea general y a la junta directiva.
- m. Rendir informes al Departamento Administrativo de Planeación Departamental en la forma como éste lo determina sobre el estado de ejecución de los programas que le corresponden y al señor Gobernador los informes generales periódicos y especiales que éste le solicite sobre las actividades desarrolladas, la situación general de la entidad y las medidas adoptadas.
- n. Las demás que le correspondan por ley o por disposición estatutaria.
PARAGRAFO: Gerente puede delegar algunas funciones en subalternos, salvo prohibición legal.”

Acorde con los estatutos de la empresa, el Gerente es un empleado público de libre nombramiento y remoción del Gobernador.

b) **Disolución y Liquidación.** El artículo 57 estableció:

“La Empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un solo accionista.

PARAGRAFO: Mientras no se haga y registre el nombramiento de liquidadores, actuará como tal el Gerente de la Empresa”

“Artículo 58. Si se verifica una de las causales de disolución, la gerencia de la sociedad, realizará aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la Empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de Servicios Públicos y convocarán inmediatamente a la Asamblea General para informar de modo completo y documentado dicha situación”

c) **Régimen aplicable.** El artículo 62 de los Estatutos estableció al respecto:

“Artículo 62. En las materias no reguladas en estos estatutos, y el decreto 1222 de 1986, se aplicarán en cuanto fuere pertinente las disposiciones contenidas en la ley en las normas que establece la organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional, en especial lo previsto en el decreto ley 1050 de 1968 y en el 130 de 1976, sin previsto de lo reglado para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.”

Se aclara que los Decretos – leyes 1050 de 1968 y 130 de 1976, fueron expresamente derogados en su totalidad por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998, por lo que la anterior disposición estatutaria debe interpretarse en consonancia con el nuevo ordenamiento jurídico contenido en la Ley 489 de 1998.

5.- Hechos Probados.

.- Se desprende del certificado de existencia y representación legal de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P. (En Liquidación), identificada con el NIT 890.980.145-2, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, que fue constituida mediante Escritura Pública No. 6306 de la Notaría Tercera de Medellín, el 29 de noviembre de 1960 como una Sociedad Anónima, Industrial y Comercial del Estado. (fls. 4 a 9).

.- Por Escritura Pública No. 87 de la Notaría Única de Sabaneta, de 3 de febrero de 1997, se protocolizó la reforma estatutaria de la demandada como Empresa Prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios, constituida como Sociedad por Acciones del tipo de las Sociedades Anónimas, conformada por entidades públicas (fls. 14 a 25).

.- El Gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios que se encuentra registrado en la Cámara de Comercio es el señor JOSE IVAN MUÑOZ ORREGO, nombrado por Decreto No. 0542 de 20 de marzo de 2002, proferido por el Gobernador de Antioquia, registrado el 21 de marzo de 2002 (fl. 8).

.- Consta en el Acta No. 55 de 19 de noviembre de 1997, que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la Empresa ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. por votación unánime decidió disolver la sociedad y ordenar el inicio del proceso de liquidación anticipada de la sociedad por mutuo acuerdo entre los socios, debido a la terminación del objeto contractual. En dicha sesión se comisionó al Secretario de la Asamblea para que procediera a comunicar la decisión a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con el fin de nombrar liquidador de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 de la Ley 142 de 1994 (fls. 10 a 13).

.- Se desprende del Acta No. 64 de 29 de diciembre de 2000, que el Liquidador Mario Vélez Vélez presentó renuncia al cargo, la que fue aceptada por la Asamblea de Accionistas (fls. 30 a 36).

.- Consta en el Acta No. 65 de 11 de enero de 2001 que la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Acuantioquia S.A. nombró como liquidador de la empresa al señor Carlos Alberto Molina Gómez quien fue propuesto por el Gobernador para dicho cargo (fls. 37 a 40)

.- En Asamblea Extraordinaria de Accionistas llevada a cabo el 5 de septiembre de 2001, que consta en Acta No. 67 se concedieron autorizaciones especiales al Liquidador y se nombró como Gerente Liquidador al señor Leonel Urrego Murillo (fls. 67 a 82).

.- Mediante Acta Aclaratoria No. 68 de 3 de octubre de 2011 se reiteró el nombramiento del Gerente Liquidador (fls. 83 a 85).

.- El nombramiento anterior fue registrado en la Cámara de Comercio el 11 de octubre de 2011 en el libro 9 folio 1385 bajo el No. 9695, aclarado por Acta No. 68 de 03 de octubre de 2001 de la Asamblea de Accionistas (fl. 190).

6.- Caso Concreto.

Plantea el demandante que el Gobernador de Antioquia no tenía competencia para proferir el Decreto No. 0542 de 20 de marzo de 2002, por el cual lo declaró tácitamente insubsistente del cargo de Liquidador de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P. "ACUANTIOQUIA" en Liquidación.

En la sentencia impugnada, el Tribunal negó las pretensiones de la demanda al considerar que el Gobernador de Antioquia, por disposición estatutaria, tenía la facultad para declarar la insubsistencia del cargo desempeñado por el accionante, la cual, aunque no fue expresa, se dio en los términos del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El actor apeló la sentencia y como motivo de censura argumentó que la facultad para nombrar al Liquidador de la Sociedad radica en la Asamblea de Accionistas y no en el Gobernador, toda vez que las sociedades que decidan iniciar el proceso de liquidación voluntaria, deben agotar el trámite previsto en los artículos 218 a 224 del Código de Comercio, encontrándose facultados los socios para nombrar al liquidador.

Al respecto, destaca la Sala que de conformidad con lo previsto en el artículo 84 de la Ley 489 de 1998, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetan a la Ley 142 de 1994 y a lo previsto en la Ley 489 de 1998 en los aspectos no regulados por aquella.

El artículo 61 de la **Ley 142 de 1994**, modificado por el artículo 9 de la Ley 689 de 2001, sobre la disolución y liquidación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios consagra:

"Artículo 61. [Modificado por el art. 9 de la Ley 689 de 2001.](#) Continuidad en la prestación del servicio. Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión del Superintendente de Servicios Públicos, una empresa de servicios públicos entre en proceso de liquidación, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la autoridad competente para la prestación del respectivo servicio, para que ella asegure que no se interrumpa la prestación del servicio. Si no se toman las medidas correctivas previstas en el artículo 220 del Código de Comercio, la liquidación continuará en la forma prevista en la ley.

La autoridad competente procederá a celebrar los contratos que sean necesarios con otras empresas de servicios públicos para que sustituyan a la empresa en proceso de liquidación o a asumir directamente en forma total o parcial las actividades que sean indispensables para asegurar la continuidad en la prestación del servicio, en concordancia con la entidad fiduciaria designada en desarrollo del proceso de toma de posesión de la empresa en liquidación. Tales contratos y acciones no se afectarán como consecuencia de las nulidades que, eventualmente, puedan declararse respecto de los demás actos relacionados con la toma de posesión o liquidación de la empresa; ni los nuevos contratistas responderán, en ningún caso, más allá de los términos de su relación contractual, por las obligaciones de la empresa en liquidación”.

Dicha ley, en sus artículos 121 a 123, reguló lo atinente al nombramiento del liquidador en los **casos de toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, así:

*“**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 122. Régimen de aportes en eventos de reducción del valor nominal. La Superintendencia, en el evento de la reducción en el valor nominal de los aportes a las empresas de servicios públicos cuyo capital esté representado en acciones, podrá disponer que sólo se emitan títulos de acciones por valores superiores a una décima parte de un salario mínimo.

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 opongán a normas especiales de esta Ley.”

De acuerdo con las anteriores disposiciones, en los casos de Liquidación ordenada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el liquidador será designado o contratado por la Superintendencia, situación que no corresponde al presente caso.

Lo anterior, por cuanto se desprende del Acta No. 55 de 19 de noviembre de 1997, que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la Empresa ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P., por votación unánime decidió disolver la sociedad y ordenar el inicio del proceso de liquidación anticipada de la sociedad por mutuo acuerdo entre los socios, debido a la terminación del objeto contractual, lo que permite establecer que la liquidación de la empresa no fue ordenada por la entidad de control sino que proviene de la decisión voluntaria de los socios y en esa medida el nombramiento del liquidador no se regía por lo dispuesto en el citado artículo 123⁸. (fls. 10 a 13).

La ley 142 de 1994 no reguló lo concerniente al nombramiento del liquidador en los casos de liquidación voluntaria de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, razón por la cual, a falta de disposición en dicha materia, ha de acudir a la Ley 489 de 1998, que establece, en el parágrafo 2° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, que en las entidades descentralizadas sometidas al régimen societario, la liquidación se regirá por las normas del **Código**

⁸ En este sentido, mediante concepto 154 de 2002, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sostuvo que en el evento de la liquidación de una empresa que no se encuentre en toma de posesión la norma del artículo 123 debe ser interpretada de forma tal que se aplica sólo en los casos en que haya mediado, de forma previa, una toma de posesión para la administración y/o liquidación.

de Comercio, en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de la entidad cuya liquidación se realiza.

Dada la naturaleza de la entidad pública descentralizada ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P., como sociedad anónima por acciones, le son aplicables las normas del Código de Comercio.

En tal sentido, el artículo 222 del Código de Comercio, establece que disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación.

Por su parte, el artículo 228 ibídem, señala que la liquidación del patrimonio social se hará por un liquidador especial, nombrado conforme a los estatutos o a la ley. Y el artículo 227, establece que mientras no se haga y se registre el nombramiento de liquidadores, actuarán como tales las personas que figuren inscritas en el registro mercantil del domicilio social como representantes de la sociedad.

Acorde con tales disposiciones, los estatutos internos de la empresa, en el artículo 57 párrafo, disponen que mientras no se haga y registre el nombramiento de liquidadores, actuara como tal el Gerente de la Empresa.

A los liquidadores de las sociedades por acciones les son aplicables las disposiciones sobre el representante legal contenidas en los artículos 440 a 444 del Código de Comercio, cuyo texto señalan:

“ARTÍCULO 440. <REPRESENTANTE LEGAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA - REPRESENTANTE - REMOCIÓN>. La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea.

ARTÍCULO 441. <INSCRIPCIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL EN EL REGISTRO MERCANTIL>. En el registro mercantil se inscribirá la designación de representantes legales mediante copia de la parte pertinente del acta de la junta directiva o de la asamblea, en su caso, una vez

{aprobada, y firmada} por el presidente y el secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal.

ARTÍCULO 442. <CANCELACIÓN DE REGISTRO ANTERIOR DE REPRESENTANTE LEGAL CON NUEVO NOMBRAMIENTO>. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento.

ARTÍCULO 443. <RENDICIÓN DE CUENTAS>. <Artículo derogado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995>

ARTÍCULO 444. <APLICACIÓN DE NORMAS A LOS ADMINISTRADORES DE SUCURSALES Y LIQUIDADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS>. Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán, en lo pertinente, a los administradores de las sucursales de las sociedades y a los liquidadores.”

Por otra parte, la Ley 222 de 1995 en su artículo 22 le confiere al liquidador la condición de administrador:

“ARTICULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones. “

Las normas anteriores permiten establecer que existe una equivalencia entre la figura del representante legal y la del Liquidador en cuanto a las funciones de administración⁹ y representación legal¹⁰.

En este orden de ideas, es posible concluir que la empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, ACUANTIOQUIA S.A E.S.P. (En Liquidación), en cuanto a su Disolución y Liquidación se sujeta a lo dispuesto en sus estatutos y en las normas del Código de Comercio¹¹.

⁹ Art. 22 Ley 222 de 1995.

¹⁰ Art. 444 C.Co.

¹¹ Art. 52 párrafo 2º de la Ley 489 de 1998.

Así pues, su liquidador debió ser nombrado conforme a los estatutos o la ley¹², salvo los casos de toma de posesión ordenada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios¹³.

Como en los estatutos de la entidad no se previó expresamente la autoridad que nombraría al liquidador en los casos de disolución y liquidación voluntaria de la empresa, sin embargo sí se estableció en el artículo 40 que el Gerente de la empresa sería nombrado por el Gobernador, y dado que el Gerente y el Liquidador son cargos equivalentes en cuanto a las funciones de administrador y representación legal, es de concluir que el Gobernador de Antioquia sí tenía competencia para nombrar al Gerente liquidador en el caso de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios ACUANTIOQUIA S.A. ES.P.

Acorde con lo expuesto, la estipulación estatutaria contenida en el parágrafo del artículo 57 denota la referida equivalencia, al disponer: *“Mientras no se haga y registre el nombramiento de liquidadores, actuará como tal el Gerente de la Empresa”*.

Por otra parte, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994¹⁴ el personal que labora en las empresas de servicios públicos mixtas y privadas tienen el carácter de trabajadores particulares, sin embargo, respecto a quienes laboran en las **empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios**, como la demandada, el legislador no estableció el régimen laboral aplicable, circunstancia que no habilita al intérprete para concluir que el régimen laboral de sus empleados debería ser de derecho privado, ya que por tratarse de entidades públicas descentralizadas, de capital totalmente público, quienes ejercen su representación legal debían ser empleados públicos.

¹² Art. 228 del C.Co.

¹³ Los artículos 59 numeral 8, 60, 61, 121 y 123 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 13 numeral 28 de la Ley 689 de 2001, le otorgan competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para designar o contratar al liquidador cuando la liquidación de la empresa provenga de la toma de posesión ordenada por tal entidad de control.

¹⁴ Ley 142 de 1994. Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968.

En tal sentido, el artículo 40 de los estatutos de la empresa, le confirió al Gerente la calidad de empleado público. De otra parte, los artículos 51 y 52 clasificaron el personal que labora en la empresa en empleados públicos y trabajadores oficiales, asignándoles a los empleos del nivel directivo, ejecutivo y asesor, la condición de empleados públicos.

*“Artículo 51. Los cargos de la Empresa serán desempeñados por empleados públicos y trabajadores oficiales. Los empleos de **gerente**, subgerentes, jefes de oficina y asesores con categoría de subgerentes, directores, jefes de división, jefes de departamento, jefes de oficina y unidad, con ese mismo nivel jerárquico, jefes de zona, asesores de gerencia, cajero general, almacenista y administradores de empresas, sucursales o agencias municipales, serán desempeñados por empleados públicos de libre nombramiento y remoción”.*(resalta la Sala)

“Artículo 52. Son empleados públicos de carrera administrativa, los que tengan funciones de jefes de sección o de oficina y unidad con similar nivel jerárquico, abogado asistente o auxiliar, ingenieros, contador auxiliar, relacionista público, analistas de tarifas, analistas comerciales, analistas de contabilidad, analistas de sistemas, analistas de presupuesto, proveedor interno, supernumerarios y operadores de planta de tratamiento. Todos los demás cargos serán desempeñados por trabajadores oficiales.”

De las disposiciones estatutarias transcritas se desprende que el régimen de personal de los empleados de la empresa es el propio de los empleados públicos y trabajadores oficiales, según el cargo desempeñado. En tales condiciones, el liquidador, en su calidad de administrador ostenta la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción, por pertenecer al nivel directivo.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, en concepto No. 1192 de 5 de agosto de 1999, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza, acerca del régimen laboral de quienes laboran en las empresas de servicios públicos domiciliarios, precisó:

“El artículo 41 de la ley 142 de 1994 analizado tiene alcance únicamente para quienes laboran en empresas mixtas o privadas. Para el caso de las empresas oficiales, debe destacarse la ausencia de régimen aplicable, y aunque existiría la consideración de que tratándose de sociedades regidas por el Código de Comercio, sociedades por acciones, el régimen laboral debería ser privado, como son sus actuaciones empresariales, sin embargo,

la Sala llega a la conclusión que en las empresas de capital totalmente público, quienes ejercen su representación legal son empleados públicos.

Como consecuencia de la normatividad jurídica vigente y de la decisión de la Corte sobre la disposición especial que regula las relaciones laborales en las empresas de servicios públicos, puede concluirse la existencia de tres regímenes, a saber:

5.1. El aplicable a las personas que presten sus servicios laborales a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, o sea, en las que exista participación de capital privado y estatal. Tienen el carácter de trabajadores particulares y están sometidas al Código Sustantivo del Trabajo.

Esta es la situación de los trabajadores de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP y de las empresas CODENSA S.A ESP y EMGESA S.A. ESP, porque son empresas de servicios públicos mixtas; en consecuencia sus gerentes son particulares.

5.2.El régimen de las personas vinculadas por relación laboral a empresas industriales y comerciales del Estado, entidades descentralizadas cuyos propietarios no optaron para que su capital estuviera representado en acciones es el de trabajadores oficiales, sin perjuicio de que los estatutos de la entidad determinen qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

5.3.El régimen aplicable a las empresas de servicios públicos oficiales cuyo capital representado en acciones pertenece en su totalidad a entidades públicas, su representante legal tiene la calidad de servidor público.

Este es el caso de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. ESP, donde su representante legal además es empleado público.” (subraya la Sala)

Se desprende de la regla anterior, que el liquidador al igual que el Gerente, en su calidad de administrador y representante legal, tiene la calidad de empleado público.

Por ende, a falta de estipulación expresa sobre la competencia para nombrar liquidador en la empresa ACUANTIOQUIA S.A. y dado que es facultad del Gobernador nombrar al Gerente de dicha Empresa, la Sala considera que dicha autoridad también era competente para nombrar al liquidador, teniendo en cuenta que, como administrador y representante legal de la empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, el liquidador tiene la condición de empleado público de libre nombramiento y remoción del Gobernador.

Adicionalmente se tiene que los estatutos no atribuyeron dicha facultad a la Asamblea de Socios.

En consecuencia, dado que el Gobernador de Antioquia tenía la facultad para nombrar al Gerente Liquidador de la entidad demandada, decisión que implicaba la insubsistencia del nombramiento del demandante Leonel Urrego Murillo, como lo consagra el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973¹⁵, de acuerdo con el cual, en los empleos de libre nombramiento y remoción, la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña, es de concluir que el Decreto No. 542 de 20 de marzo de 2002 no se encuentra afectado de nulidad por incompetencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las causales de nulidad de desviación de poder y falsa motivación invocadas por el demandante, se fundan en la falta de competencia del Gobernador para declarar insubsistente el nombramiento del actor, y habiéndose establecido por la Sala que dicha autoridad se encontraba facultada para nombrar al liquidador, es de concluir, que tales cargos de nulidad no están llamados a prosperar por las razones ya indicadas.

En este orden de ideas, como no se desvirtuó la legalidad del acto acusado se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

¹⁵ Decreto 1950 de 1973, artículo 107: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

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

FALLA

PRIMERO : CONFÍRMASE la sentencia de 15 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda promovida por LEONEL URREGO MURILLO contra el Departamento de Antioquia y la Sociedad Acueductos y Alcantarillados de Antioquia S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ