



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrado ponente: OMAR JOAQUÍN BARRETO SUÁREZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 17001-23-33-000-2015-00336-01
Demandante: EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS – EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: ADRIANA ROJAS CASTAÑO – JEFE DE CONTROL INTERNO DE EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Tema: ADECUACIÓN Y CADUCIDAD DE MEDIO DE CONTROL Y COMPETENCIA PARA EL NOMBRAMIENTO DEL JEFE DE CONTROL INTERNO – ART. 11 DE LA LEY 87 DE 1993¹.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Debido a la remisión ordenada por la Sección Segunda de la Corporación mediante auto del 5 de octubre de 2023² y de lo decidido en providencia del 15 de noviembre de 2023 suscrita por el ponente, en la que se dispuso adecuar el medio de control en el asunto, la Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 28 de junio de 2018 en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La Empresa de Obras Sanitarias de Caldas – en adelante EMPOCALDAS S.A. E.S.P. presentó demanda de nulidad, con el fin de que se anule la Resolución 0014 del 21 de enero de 2014 «Por la cual se nombra a partir del 1° de enero de 2014 a la jefe de control interno para EMPOCALDAS S.A. E.S.P. de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011» y ii) la Resolución 0223 del 18

¹ Modificada por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011.

² Expediente recibido y repartido en la Sección Quinta del Consejo de Estado el 1° de noviembre de 2023, según anotaciones de la 21 a la 24 de SAMAI.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

de junio de 2014, por la cual se aclara la numeración de la Resolución 0014 de 2014, ambas expedidas por el gerente general de esa sociedad.

2. Fundamentos fácticos

El apoderado judicial de la parte demandante indicó que su representada es una empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental, cuya participación accionaria, en su totalidad es de carácter oficial y sus cuotas corresponden al departamento de Caldas y a 19 municipios ubicados en ese ente.

Mencionó que la señora Adriana Rojas Castaño prestó sus servicios en EMPOCALDAS S.A. E.S.P., como jefe de control interno a partir del 4 de abril de 2001.

Precisó que con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, los jefes de control interno de las entidades de la rama ejecutiva, sin importar su orden, son designados por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, para un periodo de cuatro años.

Aseguró que para el momento en que se efectuó el nombramiento de la señora Adriana Rojas Castaño, como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., para el periodo entre el 1° de enero de 2014 y 31 de diciembre de 2017, el señor Juan Pablo Alzate Ortega fungió como gerente general y representante legal de esa sociedad.

Sostuvo que el acto de nombramiento de la citada desconoció la normativa invocada, en atención a que el mismo fue proferido por el director general de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. y no por el Gobernador del Departamento de Caldas, siendo la máxima autoridad administrativa de ese ente territorial, como lo ordena el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011.

Frente a este hecho, consideró que el gerente general de esa empresa y la demandada tenían conocimiento de esa circunstancia, en consideración a que el primero solicitó conceptos a asesores externos y al Departamento de la Función Pública, quienes indicaron que el acto de nombramiento del jefe de control interno de las entidades sujetas a la referida ley debía ser producido por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial y frente a la segunda, es decir, la señora Adriana Rojas Castaño, es abogada con especialización en derecho administrativo y en esa época, cursaba un programa de maestría en derecho público.

Argumentó que la Resolución 0014 del 21 de enero de 2014 también es irregular en la medida en que tiene efectos retroactivos, toda vez que sus efectos jurídicos



comenzaron a partir del 1° de enero de 2014, fecha anterior en la que fue expedido el nombramiento.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La demandante manifestó que el artículo 11 de la Ley 87 de 1993³, modificado por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 ordena que el jefe de la unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces de las entidades de la rama ejecutiva de los ordenes nacionales y territoriales serán nombrados por la máxima autoridad administrativa del ente correspondiente al cual se encuentran adscritas.

Asimismo, trajo a colación el párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispone que todos los servidores destinatarios de la normativa en comento que estuvieran vinculados antes de la promulgación de esa norma, permanecerían en ese empleo hasta el 31 de diciembre de 2013 y posterior a ello, el presidente de la República, gobernador o alcalde hará la designación del respectivo funcionario, según el caso.

Posteriormente, concluyó que la Ley 1474 de 2011 le es aplicable a EMPOCALDAS S.A. E.S.P., con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 87 de 1993 y en consideración a que esa sociedad es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) de carácter oficial, por lo que le aplica este régimen al ser una empresa industrial y comercial del Estado.

En este orden de cosas, consideró que los actos acusados transgredieron el artículo 11 de la Ley 87 de 1993⁴, modificado por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 al ser expedidos por el gerente general de esa sociedad y no por el Gobernador de Caldas.

Adicionalmente, sostuvo que tampoco se tuvo en cuenta el párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011, porque la señora Adriana Rojas Castaño debió permanecer en el cargo hasta el 31 de diciembre de 2013, para que luego el Gobernador de Caldas pudiera realizar el correspondiente nombramiento, cosa que no sucedió en el caso objeto de estudio.

Bajo estos mismos argumentos, esbozó que las resoluciones demandadas fueron falsamente motivadas, en la medida en que se fundamentaron en las facultades nominadoras con que cuenta el representante legal de esa sociedad, pero desconocieron lo preceptuado por la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011.

³ «Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones».

⁴ «Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones».



Finalmente, argumentó que la Resolución 0014 del 21 de enero de 2014 tiene efectos jurídicos retroactivos, habida cuenta que el nombramiento que contiene es a partir del 1° de enero de 2014, fecha anterior a su expedición, lo cual constituye un hecho irregular.

4. Contestaciones

4.1. Adriana Rojas Castaño.

La demandada se opuso a las pretensiones de anular los actos que contienen su nombramiento como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., a partir del 1° de enero de 2014.

Afirmó que la mencionada sociedad es una empresa de servicios públicos domiciliarios, regulada por una normativa especial, que no le es aplicable las normas generales establecidas para las entidades públicas.

En efecto, consideró que EMPOCALDAS S.A. E.S.P. al estar dentro de la definición contenida en la Ley 142 de 1994 de empresa prestadora de servicios públicos, le son aplicables estas disposiciones, las cuales regulan el ejercicio de la gestión del control interno de esas sociedades, de modo que no viene al caso aplicar las normas generales sobre la materia que trae la Ley 87 de 1993 para las diferentes entidades públicas.

Explicó que de acuerdo con el artículo 34 y el literal d) del artículo 35 de los estatutos sociales de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., el representante legal tiene la competencia para nombrar a los empleados subalternos que la sociedad necesite para el desarrollo y administración de sus negocios, de manera que los actos acusados se soportan en esa estipulación.

Sostuvo que EMPOCALDAS S.A. E.S.P. al regirse por normas de derecho privado y al ser su representante legal debidamente designado por la junta directiva de esa sociedad, era el competente para realizar su nombramiento. Además, mediante Oficio D-G.004 del 20 de enero de 2014, el Gobernador del departamento de Caldas convocó a una reunión en la que se trató la gestión de la oficina que tenía a cargo la demandada, con lo que se permite entender que esa máxima autoridad administrativa realizó su designación a partir del 1° de enero de 2014, circunstancia que quedó anotada en las consideraciones de la Resolución 0014 del 21 de enero de 2014.

5. Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia del 28 de junio de 2018 declaró la nulidad de las Resoluciones 0014 y 0223 de 2014, expedidas por



EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

Para llegar a esa conclusión, se refirió al problema jurídico a resolver, que consistió en determinar si se vulneraron las normas de competencia para el nombramiento de la demandada como jefe de control interno de la citada empresa de servicios públicos, fijándolo así: «¿Se violó (sic) las normas de competencia para el nombramiento de la señora Adriana Rojas Castaño como Jefe de la Oficina de Control Interno de Empocaldas S.A. E.S.P en el año 2014?».

Adicionalmente, efectuó una relación de los hechos probados dentro del proceso.

Luego, planteó la tesis con la que se resolvió el problema jurídico, consistente en que el competente para nombrar a la señora Adriana Rojas Castaño, a partir del 1° de enero de 2014, como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., era el Gobernador de Caldas o su delegado, de modo que al no existir acto de delegación, los actos acusados son nulos.

Esa tesis se soporta en los siguientes argumentos:

En primer lugar, se pronunció frente a la naturaleza jurídica de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., indicando que es una sociedad anónima de servicios públicos, con un capital, en su totalidad oficial, cuyo régimen se encuentra en la Ley 142 de 1994, la cual hace parte de la rama ejecutiva, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, bajo la clasificación de empresa industrial y comercial del Estado.

Manifestó que la Ley 87 de 1993 establece normas para el ejercicio del control interno de las entidades y organismos estatales, cuyo campo de aplicación se extiende a las empresas industriales y comerciales del Estado, según su artículo 5.

Indicó que el artículo 11 de esa ley otorgaba la facultad para designar al jefe de la unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, al representante legal o máximo directivo del organismo respectivo, no obstante, esta norma fue modificada por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido de que esta competencia recae, a partir del 1° de enero de 2014, sobre la máxima autoridad administrativa del ente territorial a la que se encuentre ésta se adscrita.

Encontró que al momento de realizar el nombramiento de la demandada para el periodo 2014 – 2017, la Ley 1474 de 2011 ya producía efectos jurídicos.

Aclaró que las nociones de designación y nombramiento son iguales, de modo que no puede entenderse que el Gobernador de Caldas, de manera verbal y en reunión



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

del 20 de enero de 2014 fue quien realizó la designación⁵, y que el representante legal realizó el nombramiento de la demandada con base en el acto del primero.

Posteriormente, refirió a la competencia que tienen las autoridades administrativas para delegar funciones conforme a los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 489 de 1998, cuya transferencia requiere ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra que debe mediar acto administrativo, que para el caso concreto no se evidenció, es más, sostuvo que en el plenario existe una certificación de la secretaría general de la Gobernación de Caldas con la que se confirmó esta omisión.

Por lo anterior, argumentó que con la citación a la reunión del 20 de enero de 2014 realizada por el entonces gobernador del departamento de Caldas, no pudo entenderse que existió una transferencia de funciones para que el representante legal de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. realizara el nombramiento de la señora Adriana Rojas Castaño.

En este contexto, concluyó que los actos acusados son nulos, en la medida que el funcionario que los expidió no tenía competencia para hacerlo y no medió delegación.

Finalmente, en lo que se refiere a los demás cargos, consideró que no fueron estudiados por «por sustracción de materia».

6. Recurso de apelación

La parte demandada indicó que debe determinarse si la facultad de nombrar al jefe de control interno corresponde al gobernador del departamento de Caldas o al gerente y representante legal de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., como lo disponen sus estatutos societarios.

En consideración a lo anterior, sostuvo que existe «la necesidad de unificación de criterio de los siguientes aspectos»:

i) Si el departamento de Caldas apenas es un socio de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. y tiene la competencia de nombrar al jefe de control interno, los demás entes territoriales municipales que tienen participación en esa empresa también tendrían la misma facultad nominadora de ese cargo en su jurisdicción, circunstancia que se superó al establecerse en los estatutos sociales que el nombramiento de ese funcionario lo realiza el representante legal de esa sociedad y que esas estipulaciones, al estar por escrito, cumplen con los requisitos de delegación de que trata la Ley 489 de 1998.

⁵ Como quedó consignado en la Resolución 0014 de 2014 y en el testimonio rendido, dentro del proceso, por el señor Juan Pablo Alzate Ortega, quien fue gerente de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. para esa época y expidió uno de los actos demandados.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

ii) El gobernador de Caldas nunca dio por terminada su relación laboral como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., quien de conformidad con la Ley 909 de 2004 (artículo 45), debió expedir un acto administrativo declarando su insubsistencia. Por el contrario, su vinculación con esa empresa fue ratificada por su gerente con la expedición de la Resolución 0014 de 2014.

Para reforzar la argumentación de que el nominador no terminó su vínculo, manifestó que mediante Decreto 020 de 2023, la máxima autoridad administrativa del departamento de Caldas nombró a varios jefes de control interno de entidades adscritas a ese ente, entre las cuales no se encuentra EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

Por lo expuesto, solicitó que «sean estudiados los hechos y derechos a la luz de la (sic) modelo societario que tiene la entidad y que se verifique las causales de retiro del cargo de control interno bajo la reglamentación de los cargos de libre nombramiento y remoción, a efectos de establecer si el silencio del gobernador implica la continuidad o no de quien viene ejerciendo el cargo al no operar ninguna de las causales de retiro y si la formalidad de dicha situación es un acto nulo para la vida jurídica».

7. Trámite en segunda instancia

Mediante auto del 15 de enero de 2019, la Sección Segunda del Consejo de Estado admitió el referido recurso y por medio de providencia del 15 de agosto de 2019, corrió traslado para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia.

Por medio del proveído del 5 de octubre de 2023, el magistrado sustanciador del proceso declaró la falta de competencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado para conocer del asunto, en consideración a que el mismo debió tramitarse bajo el medio de control de nulidad electoral, y ordenó remitirlo a la Sección Quinta de esta Corporación.

Una vez remitido el negocio a esta sección y realizado su reparto, mediante auto del 15 de noviembre de 2023 se adecuó la demanda de nulidad presentada por EMPOCALDAS S.A. E.S.P. al medio de control de nulidad electoral.

Igualmente, estableció un término para que las partes se pronunciaran sobre el particular y se ordenó a EMPOCALDAS S.A. E.S.P. allegar constancia de publicación de las Resoluciones 0014 de 21 de enero de 2014 y 0223 de 18 de junio de 2014, ambas expedidas por el gerente general de esa empresa.

Frente a este traslado, las partes guardaron silencio⁶.

⁶ La parte demandante se pronunció por fuera de término.



8. Alegatos de conclusión

8.1. De la parte demandante

La apoderada judicial de la parte actora argumentó que EMPOCALDAS S.A. E.S.P. al ser una empresa industrial y comercial del Estado, no solo le es aplicable la Ley 142 de 1994, sino también la Ley 489 de 1998, de tal suerte que la decisión del Tribunal Administrativo de Caldas se ajustó a derecho.

En relación a los demás argumentos decantados, considera que los actos son nulos porque fueron falsamente motivados y tienen efectos retroactivos, cuyo desarrollo es similar a los cargos formulados con la demanda.

A su turno, arguyó que no existió delegación del entonces gobernador de Caldas al representante legal de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. para que nombrara al jefe de control interno, de tal suerte que debió darse estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 1474 de 2011. Frente a lo cual, parafraseó apartes de la sentencia apelada, cuya posición comparte.

Asimismo, sostuvo que al proceso se allegó copia del Decreto 0250 del 31 de diciembre de 2013, por medio del cual el gobernador de Caldas realizó varios nombramientos de jefes de control interno de entidades adscritas a esa gobernación, con lo cual se evidenció que en esos casos sí se cumplió con el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011.

En consecuencia, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia que acogió las pretensiones de la demanda.

8.2. De la parte demandada

La demandada guardó silencio.

9. Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto.

10. Sorteo de conjuez

El 26 de enero de 2024⁷ se ordenó el sorteo de conjuez de conformidad con el artículo 115 del CPACA porque, en la Sala de Sección celebrada el 19 de enero de 2023, no se obtuvo la mayoría decisoria requerida para la aprobación de la presente providencia.

⁷ Índice 35 Samai.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

El 29 de enero de 2024⁸, se realizó la audiencia de sorteo de conjuez, en la que fueron designados los doctores Humberto Antonio Sierra Porto como principal y Jesús Vall De Rutén Ruiz como suplente⁹.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con los artículos 150 y 152 numeral 9¹⁰ de la Ley 1437 de 2011, así como también con el Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta de esta corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 28 de junio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad contra el acto de nombramiento de la ciudadana Adriana Rojas Castaño como jefe de control interno¹¹ de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., contenido en las Resoluciones 0014 del 21 de enero de 2014 y 0223 del 18 de junio de 2014.

2. Acto demandado

Se demanda la nulidad de la Resolución 0014 del 21 de enero de 2014 «Por la cual se nombra a partir del 1° de enero de 2014 a la jefe de control interno para EMPOCALDAS S.A. E.S.P. de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011» y de la Resolución 0223 del 18 de junio de 2014, por la cual se aclara la numeración de la Resolución 0014 de 2014, ambas expedidas por el gerente general de esa sociedad.

⁸ Índice 38 Samai.

⁹ Fue necesario la participación del doctor Vall De Rutén Ruiz, toda vez que para la sala de sección del 1° de febrero de 2024 no se alcanzó la mayoría necesaria para decidir sobre este asunto.

¹⁰ Norma aplicable al caso sin la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, la cual disponía: **Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.** «Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 9. De la nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades distritales, departamentales o municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento».

¹¹ Frente al nivel del cargo desempeñado por la demandada, el artículo 10 de la Ley 87 de 1993 establece:

«ARTÍCULO 10. JEFE DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO. Para la verificación y evaluación permanente del sistema de control interno, las entidades estatales designarán como asesor, coordinador, auditor Interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente Ley».

En consideración a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas tenía competencia para conocer del asunto, en primera instancia, y por ente, la Sección Quinta del Consejo de Estado puede desatar el recurso de la alzada.



3. Cuestión previa - Adecuación del medio de control

Con la demanda, particularmente en el capítulo iv (fundamento legal), EMPOCALDAS S.A. E.S.P. pretende que se declare la nulidad de los actos censurados, bajo el medio de control de nulidad, haciendo referencia al término de caducidad previsto para la acción de lesividad que establecía artículo 136.7 del derogado Código de lo Contencioso Administrativo – C.C.A¹².

Por su parte, sin reparo de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas mediante proveído del 2 de septiembre de 2015¹³ admitió la demanda bajo el medio de control de nulidad y dio el correspondiente trámite procesal hasta dictar sentencia el 28 de junio de 2018, que accedió a las pretensiones de la demanda.

El numeral 7 del artículo 136 del C.C.A. disponía «Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición», lo que se conoció como acción de lesividad.

Esta prerrogativa establecida para las entidades y organismos públicos fue eliminada por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, ordenando únicamente que las autoridades administrativas podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados (artículo 159).

En este orden de cosas, cuando una entidad u organismo público pretenda cuestionar la legalidad de su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe sujetarse, sin ninguna diferenciación o tratativa especial, a las reglas establecidas para los medios de control de que trata el título iii de la segunda parte del C.P.A.C.A.

Ahora, frente a la escogencia del medio de control, se tiene que de conformidad con el artículo 171 del C.P.A.C.A., el juez debe darle el trámite que corresponda al proceso aunque «el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada».

Bajo esta circunstancia, resulta claro que cuando se evidencie que se ha ventilado un asunto bajo un medio de control que no es el procedente, el operador judicial puede adecuarlo, a fin de evitar sentencias inhibitorias (numeral 5 del artículo 180 del C.P.A.C.A.).

Dicho lo anterior, a través de auto de ponente del 15 de noviembre de 2023, se resolvió disponer que la solicitud de nulidad de las Resoluciones 0014 y 0223 de

¹² Decreto 1 de 1984, que rigió hasta el 1° de julio de 2012, por disposición del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011.

¹³ Folio 82 del cuaderno principal.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
 Demandada: Adriana Rojas Castaño
 Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

2014 debe tramitarse bajo el medio de control de nulidad electoral (artículo 139 del C.P.A.C.A.).

A continuación, se presenta un paralelo entre los medios de control de nulidad y nulidad electoral:

| <u>Medio de control de nulidad¹⁴</u> | <u>Medio de control de nulidad electoral¹⁵</u> |
|--|---|
| <p>Frente a su regulación, se encuentra contenida en el artículo 137 del C.P.A.C.A., y hace referencia a la posibilidad que tiene toda persona para solicitar la nulidad de los actos administrativos de carácter general, circulares de servicio, actos de certificación y registro y excepcionalmente de los actos administrativos de carácter particular y concreto, siempre y cuando no se persiga un restablecimiento o de la declaratoria, automáticamente, no se produzca o genere el restablecimiento de un derecho, o se trate de la recuperación de bienes de uso público, o cuando sus efectos nocivos afecten gravemente el orden público, político, económico, social o ecológico, o cuando la ley lo consagre.</p> | <p>El artículo 139 del C.P.A.C.A. lo define como la posibilidad que tiene cualquier persona para pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.</p> |
| <p>En ambos casos, los efectos del fallo que declara la anulación es la expulsión del ordenamiento jurídico del acto lesivo y sus efectos, sin que con ello traiga el restablecimiento de un derecho.</p> | |

¹⁴ **ARTÍCULO 137. Nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular (...).

¹⁵ **ARTÍCULO 139. Nulidad electoral.** Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.





Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

| <u>Medio de control de nulidad¹⁴</u> | <u>Medio de control de nulidad electoral¹⁵</u> |
|--|--|
| Sus causales de anulación son cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. | Sus causales de anulación son las contenidas en el artículo 275 y 137 del del C.P.A.C.A. |
| Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter general, su anulación podrá demandarse en cualquier tiempo. Además, su procedimiento se surte por las reglas generales contenidas en la segunda parte del C.P.A.C.A. | De conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.C.A., el término de caducidad del acto administrativo electoral es de 30 días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1 del artículo 65 de ese código. A diferencia con el otro medio de control, el contencioso electoral se rige por los artículos 275 y siguientes del C.P.A.C.A. |

Se precisa que el medio de control de nulidad electoral es una especie del género del medio de control de nulidad, toda vez que en ambos casos:

- i) Son públicos, en la medida que pueden ser ejercidos por cualquier persona; no requieren de legitimación en la causa.
- ii) Tienen por finalidad garantizar el respeto al principio de legalidad en el ejercicio de funciones públicas, y en consecuencia, sus pretensiones no pueden ir más allá de expulsar el acto lesivo y sus efectos nocivos.
- iii) Y sus causales de anulación proceden por las descritas en el artículo 137 del C.P.A.C.A.

Al presentarse aspectos tan parecidos entre el uno y el otro, es posible que puedan confundirse y ser utilizados de manera indistinta, pero se pone de presente que entre estos confluyen otros elementos que los diferencian, a saber:



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

- a) Para el medio de control de nulidad electoral, se exige un término de caducidad reducido (30 días), esto a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, que va de la mano con los derechos políticos de elegir y ser elegido en la conformación del poder público o al acceso de cargos públicos.
- b) Los actos electorales tienen una doble connotación por cuanto involucran derechos subjetivos frente al elegido, nombrado o llamado, y asimismo tienen un interés en la ciudadanía en general, por tratarse del ejercicio del derecho a conformar el poder público y al acceder a cargos públicos.

En cambio, los actos administrativos de carácter general regulan una situación de manera abstracta, cuyos destinatarios pueden ser un grupo determinados de personas o a todos los particulares.

- c) El artículo 139 del C.P.A.C.A. establece que los actos electorales se demandan bajo el medio de control de nulidad electoral, cuya enunciación es taxativa y corresponden a los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

Lo anterior, obedece a que todos estos actos involucran derechos políticos, por consiguiente, el legislador quiso que estuvieran agrupados en un mismo medio de control para que fuesen tramitados en un procedimiento especial y que además es expedito.

- d) En el medio de control de nulidad electoral, las causales de anulación se encuentran tipificadas en los artículos 137 (genéricas) y 275 (especiales) del C.P.A.C.A.
- e) En ambos casos, su procedimiento está regulado por distintas normas.
- f) En las normas de distribución de competencias que trae el título iv del capítulo i de la segunda parte del C.P.A.C.A, tanto para los procesos que adelanta en Consejo de Estado (en única y segunda instancia), como los que adelantan los tribunales y juzgados administrativos (en única, primera y segunda instancia, según el caso), existe una diferenciación entre los asuntos que versan sobre actos de carácter general expedidos por las distintas entidades y organismos estatales con los temas relativos a la nulidad electoral.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

Por tanto, cuando se pretenda la nulidad de los actos electorales mencionados en el artículo 139 del C.P.A.C.A. (actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas), debe acudir al medio de control de nulidad electoral y no al de nulidad.

Ahora, en el presente caso se estudia la nulidad del nombramiento de la señora Adriana Rojas Castaño, como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., para el periodo 2014 – 2017.

Teniendo en cuenta lo visto, la Sala encuentra que el medio de control precedente es el de nulidad electoral, por la sencilla razón que los actos acusados versan sobre un nombramiento de una entidad del orden departamental, ajustándose así a los supuestos que trae el dispuesto en el artículo 139 del C.P.A.C.A.

Se precisa que para la escogencia del medio de control, no tiene incidencia que EMPOCALDAS S.A. E.S.P. haya demandado su propio acto, en consideración a que al artículo 159 del C.P.A.C.A. ordena que las autoridades administrativas pueden acudir a esta jurisdicción ajustándose a las normas que regulan la materia, sin ninguna distinción que amerite un trato especial.

Por consiguiente, la nulidad de las Resoluciones 0014 y 0223 de 2014 deben estudiarse bajo el medio de control de nulidad electoral.

Ahora bien, en cuanto a la caducidad de este medio de control, se observa:

Del plenario, se evidencia que en respuesta al requerimiento efectuado mediante el auto del 15 de noviembre de 2023, las jefes del departamento administrativo y financiero y de gestión humana de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. certificaron:

Que verificada la información almacenada por la Entidad (sic) a través de sus bases de datos, no fue posible localizar constancia de publicación de la Resolución 0014 del veintiuno (21) de enero del año 2014, ni de la Resolución 0223 del dieciocho (18) de junio del año 2014 en la página web de Empocaldas S.A. E.S.P.

Como no existe prueba de que las Resoluciones 0014 y 0223 de 2014 se hayan publicado de conformidad con el artículo 65 del C.P.A.C.A, el término de caducidad no puede contabilizarse, de modo que en el asunto no ha operado la caducidad¹⁶.

¹⁶ Al respecto, esta sección mediante auto del 26 de mayo de 2022 (Rad. 11001-03-28-000-2022-00023-00) sostuvo que mientras no se publique el acto de elección, el término de caducidad del medio de control no puede contabilizarse. Adicionalmente, por medio de providencia del 26 de enero de 2023 (Rad. 25000-23-41-000-2022-01343-01) indicó que: "(...) para el ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el término de caducidad expira al cabo de treinta (30) días contados así: (...) a partir del día siguiente al de la publicación del acto, efectuado en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011."



Bajo este contexto, la Sala procederá a estudiar los argumentos de la alzada.

4. Problema jurídico

A partir de los fundamentos de apelación expuestos por la parte demandada para controvertir el fallo del *a quo*, se debe resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la decisión de primera instancia.

Para resolver la anterior cuestión, la Sala determinará: el régimen jurídico aplicable a EMPOCALDAS S.A. E.S.P., si el representante legal de la entidad demandante tenía competencia para expedir los actos acusados, y si era necesario que el gobernador del departamento de Caldas expidiera un acto administrativo declarando la insubsistencia de la señora Adriana Rojas Castaño, para que la citada terminara su vinculación con esa sociedad.

5. Caso concreto

5.1. Competencia del gerente general de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. para expedir los actos acusados.

La apelante consideró que debe establecerse si los actos demandados fueron expedidos por funcionario competente, en atención a que la referida sociedad se rige por normas especiales.

También argumentó que existió una delegación del gobernador de Caldas y de los alcaldes municipales que integran la junta de socios de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., en el gerente general de esa sociedad, para nombrar al jefe de la unidad de la oficina de control interno, bajo el entendido de que en los estatutos sociales se estipuló que ese funcionario podía nombrar a sus colaboradores.

5.1.1 Régimen jurídico de EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

Para comenzar, la Ley 142 de 1994 establece el régimen de los servicios públicos. De hecho, de su contenido, se vislumbra:

- El artículo 14 define que las empresas de servicios públicos son aquellas en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes (14.5) y que los servicios públicos domiciliarios son todos aquellos relacionados con las actividades del acueducto y alcantarillado, entre otros (14.21).
- Frente a la naturaleza de las empresas de servicios públicos, el artículo 17 indica que son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esa ley.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

- El capítulo i del título iv reglamenta el control de gestión y resultados de las empresas de servicios públicos domiciliarios, pero nada se dice sobre la escogencia de los jefes de oficina de control interno o quien haga sus veces.

A su turno, en el expediente, se encuentra un certificado de existencia y representación de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., expedido el 27 de mayo de 2015, por la Cámara de Comercio de Manizales, que fue allegado con la demanda¹⁷, con el que se da cuenta que su razón social es Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A., con N.I.T. 890.803.239-9, constituida mediante escritura pública 0000867 del 30 de junio de 1976, inscrita en la Notaría Cuarta de Manizales, cuyo objeto social es «la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas domiciliario y demás servicios públicos domiciliarios en cualquier parte del territorio colombiano y/o en el exterior (...)».

Igualmente, vistos los estatutos societarios allegados con la contestación de la demanda¹⁸, se tiene que EMPOCALDAS S.A. E.S.P., en su totalidad, es de carácter oficial, en la medida que sus socios son el Departamento de Caldas y los municipios de Belalcázar, Risaralda, Viterbo, Neira, Chinchiná, Marulanda, Samaná, Marquetalia, Victoria, la Dorada, Aguadas, Supía, Palestina, Anserma, Riosucio, Salamina y Manzanares, ubicados en ese mismo departamento.

De otra parte, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 especifica como está conformada la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, detallando que dentro del sector descentralizado están «Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado».

A su vez, el artículo 68¹⁹ de la citada ley establece que son entidades descentralizadas, entre otras, las empresas industriales y comerciales del Estado y

¹⁷ Folios 20 – 23 del cuaderno principal.

¹⁸ Folios 153 – 163 del cuaderno principal.

¹⁹ ARTÍCULO 68. Entidades descentralizadas. 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 cuál están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARÁGRAFO 1.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial (...).



que de conformidad con el artículo 210²⁰ de la Constitución Política, la normativa aplicable es la prevista para las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

En estas circunstancias, el régimen jurídico de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, cuya regulación está en la Ley 489 de 1994 (especialmente en los artículos 85 a 94).

5.1.2. Sobre las potestades nominadoras del gerente general de EMPOCALDAS S.A. E.S.P, en relación con el jefe de la unidad de la oficina de control interno.

El inciso segundo del artículo 209 de la Constitución Política establece que «[l]as autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley».

Por su parte, el artículo 269 superior señala que «en las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley».

De ahí que, la Ley 87 de 1993²¹ se ocupó de ese asunto, estableciendo el modelo de control interno; entendido como:

el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos²².

Seguidamente, con fundamento en el artículo 5 de la referida ley, su campo de aplicación abarca a las empresas industriales y comerciales del Estado.

²⁰ ARTÍCULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

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

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

²¹ «Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones»

²² Artículo 1 de la ley 83 de 1993.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

En lo que concierne a la vinculación del jefe de la unidad u oficina de coordinación del Control Interno, en un primer momento, el artículo 11 de la Ley 87 de 1993 establecía que ese empleo era de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o el máximo directivo del organismo respectivo, de acuerdo a su competencia y a lo dispuesto por las normas internas de cada entidad.

Esta disposición normativa se ve irradiada en los estatutos sociales de EMPOCALDAS S.A. E.S.P.²³, en consideración a que su artículo 35 dispone:

ARTÍCULO 35º: Atribuciones. Son atribuciones del Representante Legal, además de las señaladas en la ley, las siguientes: (...) d) Nombrar los empleados subalternos que se necesiten para el desarrollo y administración de los negocios, señalarles su remuneración y atribuciones y removerlos cuando lo estime conveniente (...).

En consonancia con lo anterior, se observa que en el proceso existe prueba de que la señora Adriana Rojas Castaño prestó sus servicios, entre el 2 de abril de 2001 y el 1º de marzo de 2015 como jefe de control interno, siendo empleada pública de libre nombramiento y remoción, como se detalla en la certificación laboral²⁴ suscrita por el jefe de gestión humana de EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

Seguidamente, también está la Resolución 247 del 2 de abril de 2001, junto con la respectiva acta de posesión²⁵, con la que se nombra a la citada en el mencionado empleo.

De ese acto administrativo, se destaca que dentro de sus consideraciones hace referencia a la Ley 87 de 1993, aplicable a EMPOCALDAS S.A. E.S.P., puesto que el nombramiento se realiza con base en su artículo 11 y en una autorización que realizó la junta directiva de esa empresa el 5 de mayo de 1994.

Posteriormente, el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 modificó el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, el cual quedó así:

ARTÍCULO 8. Designación de responsable del control interno. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador (...).

²³ Allegados al proceso por la demandada y que fueron expedidos el 16 de diciembre de 1997.

²⁴ Remitida con la demanda y que se encuentra en el folio 24 del cuaderno principal.

²⁵ Folios 57 y 58 del cuaderno principal.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

A renglón seguido, el párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011 fijó un plazo para que los responsables del control interno de las entidades y organismos pertenecientes a la rama ejecutiva, que vinieran desempeñando el empleo hasta el 31 de diciembre de 2013, permanecieran en el mismo hasta que el gobernador o alcalde hiciera la designación del nuevo funcionario.

Prosiguiendo con el caso concreto, para el 1° de enero de 2014, la Ley 1474 de 2011²⁶ ya producía efectos jurídicos, por consiguiente, el gerente general de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. no podía efectuar el nombramiento del jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, ya que para ese momento, la competencia radicaba en el Gobernador de Caldas, por ser la máxima autoridad administrativa del Departamento de Caldas, teniendo en cuenta que esa empresa se encuentra adscrita a esa entidad territorial.

En este punto y frente al dicho de la apelante en el que considera que debieron aplicarse las normas especiales para su nombramiento, sin especificar a cuáles corresponden, se precisa que las disposiciones de la Ley 87 de 1993, junto con sus modificaciones son aplicables a EMPOCALDAS S.A. E.S.P., por ser una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos estatutos societarios no pueden ir en contravía de una norma de carácter legal.

Adicionalmente, se aclara que EMPOCALDAS S.A. E.S.P. al ser una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, se rige por la Ley 142 de 1994, pero como quedó visto, en el capítulo i del título iv, que reglamenta el control de gestión y resultados, nada se dice acerca de la escogencia de los jefes de oficina de control interno o quien haga sus veces, de tal suerte que debe acudirse a las disposiciones de las Leyes 87 de 1993 y 1474 de 2011.

De tal suerte que los argumentos de la apelante no están llamados a prosperar.

5.1.3. Del acto de delegación para el nombramiento de la demandada.

Consideró la apelante que todas las entidades territoriales socias de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. tenían competencia para nombrar al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, dentro de su jurisdicción y que para superar esta situación, estos entes, con los estatutos sociales, delegaron esa facultad de nominación, en el gerente general (representante legal), a quien le otorgaron la facultad de vincular al personal necesario en el giro normal de los negocios de esa empresa.

²⁶ De acuerdo con su artículo 135, la ley entró a regir a partir de su promulgación, siendo publicada en el Diario Oficial 48128 del 12 de julio de 2011.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

Sobre el particular, se tiene que no le asiste razón a la demandada, por la sencilla razón de que la facultad de nominación de ese jefe de oficina, se desprende del artículo 11 de la Ley 87 de 1993, modificado por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 y no por tener participación societaria en esa empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.

La preceptiva normativa del referido artículo de la Ley 87 de 1993, con su modificación, indica que la vinculación la hará «la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial», y teniendo en cuenta que EMPOCALDAS S.A. E.S.P. está adscrita al departamento de Caldas, el acto de delegación, únicamente, puede hacerlo su Gobernador.

Asimismo, se recuerda que conforme a los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 489 de 1998, el acto administrativo de delegación debe ser inequívoco y constar por escrito, es decir, reunir los requisitos de fondo y de forma que exige la normativa vigente para su expedición, en el que expresamente el titular de las funciones transfiere las funciones a la autoridad delegataria, en los asuntos que así lo permitan, de modo que la delegación no puede constar en un pacto societario, como lo pretende la apelante.

Se reitera, el mismo debe estar plasmado en un acto administrativo con las exigencias establecidas por la Ley 489 de 1998, delegación que en el caso no se probó.

Por consiguiente, este argumento tampoco está llamado a prosperar.

5.2. Necesidad de declarar la insubsistencia de la señora Adriana Rojas Castaño, para que la citada terminara su vinculación con EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

La recurrente estimó que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, su vinculación debió ser terminada mediante acto administrativo, por el contrario, consideró que el gobernador del departamento de Caldas (nominador) no tuvo la voluntad de retirarla del servicio y bajo esta circunstancia, los actos demandados mantuvieron su continuidad como jefe de la oficina de control interno.

Frente a este aspecto, la Sala encuentra que este argumento en nada tiene que ver con la legalidad de las Resoluciones 0014 y 0223 de 2014, en la medida en que la señora Adriana Rojas Castaño venía desempeñándose como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., antes del 31 de diciembre de 2013, por lo que le aplica el supuesto del párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011, en



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

otras palabras, pudo permanecer en ese empleo, hasta que el gobernador efectuara la designación a partir del 1° de enero de 2014 del nuevo jefe²⁷.

Pero lo que en realidad sucedió fue que el gerente general expidió el acto de nombramiento, violando, de esta manera, el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el 11 de la Ley 87 de 1993, razón por la cual debe expulsarse del ordenamiento jurídico.

6. Precisiones finales

Adicional a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 0014 y 0223 de 2014, en la demanda, se solicita:

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a los entes de control para que inicien los procesos que correspondan, a fin de determinar las responsabilidades de los servidores públicos involucrados en los hechos que dieron origen a (sic) expedición de los actos enjuiciados.

Sin importar que el proceso se hubiera tramitado bajo el medio de control de nulidad, el Tribunal Administrativo de Caldas, tanto en el auto admisorio, como en el curso del proceso y en el fallo de primera instancia, no se pronunció sobre este aspecto.

Al respecto, la Sala encuentra que esta pretensión no es susceptible de tramitarse en el presente asunto, sino que este tipo de medidas deben ser gestionadas por la entidad demandante, independientemente de la decisión que resuelva el operador judicial, pues la una no incide en la otra.

De lo explicado con antelación, se confirmará la sentencia de 28 de junio de 2018, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad del acto de nombramiento de la señora Adriana Rojas Castaño como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

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

III. FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia del 28 de junio de 2018, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad del acto de nombramiento de la señora Adriana Rojas Castaño como jefe de control interno de EMPOCALDAS S.A. E.S.P., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

²⁷ La demandada permaneció en el empleo hasta el 1° de marzo de 2015, momento en el cual fue retirada del servicio por reconocimiento de pensión de invalidez, como da cuenta las pruebas allegadas por la entidad demandante a folios 24 (certificación laboral), 26 y 27 (acto de retiro del servicio) del cuaderno principal.



Demandante: EMPOCALDAS S.A. E.S.P.
Demandada: Adriana Rojas Castaño
Radicación No.: 17001-23-33-000-2015-00336-01

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OMAR JOAQUÍN BARRETO SUÁREZ
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado
(salvó voto)

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Conjuez
(salvó voto)

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ
Conjuez

Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>