



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejero ponente:** *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D.C., abril seis (06) de dos mil diecisiete (2017).

**RADICACIÓN:** 54-001-23-33-000-2016-00118-01  
**ACTOR:** JUAN CARLOS RODRÍGUEZ FERRER  
**DEMANDADO:** GUSTAVO CÁRDENAS YAÑEZ  
**ASUNTO:** NULIDAD ELECTORAL – FALLO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor JUAN CARLOS RODRÍGUEZ FERRER, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 15 de diciembre de 2016, denegando las pretensiones de la demanda.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. Pretensiones

En la demanda, el actor solicitó lo siguiente<sup>1</sup>:

*“PRIMERA. Declarar nulo el Acto Administrativo contenido en el ACTA DE JUNTA DIRECTIVA DE LA EIS CUCUTA S.A. E.S.P. DEL 29 DE ENERO DE*

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 7.

2016 mediante la cual se nombró como Gerente de la Empresa al señor GUSTAVO CÁRDENAS YAÑEZ.

*SEGUNDA. Que se dé cumplimiento a la condena en los términos legalmente previstos.”*

## **2. Hechos**

El actor expuso varios hechos, pero los relacionados con la controversia aquí planteada son sintetizados a continuación:

Señaló que según el Acuerdo 012 de 2015 de la Junta Directiva de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P. los requisitos para ser gerente de la empresa son tener título profesional en ciencias sociales y humanas, título de posgrado en la modalidad de especialización en cualquier área, 96 meses de experiencia como administrador principal o suplente en el área de servicios públicos domiciliarios.

Agregó que el día 29 de enero de 2016 la Junta Directiva de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P. nombró como gerente al señor GUSTAVO CÁRDENAS YAÑEZ, quien no cumple los requisitos exigidos en el manual de funciones de la empresa.

Concluye que de la Junta Directiva de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P., con ese nombramiento<sup>2</sup> sin requisitos, desconoció el manual de funciones.

## **3. Normas violadas y concepto de la violación**

El demandante afirmó que con la expedición del acto acusado se violó el manual de funciones, el Acuerdo 012 de 2015 de la Junta Directiva de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P., incurriendo en la causal 5.<sup>a</sup> de nulidad, prevista en el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) en perjuicio de la legalidad del nombramiento del gerente.

Al respecto, sostuvo que es totalmente claro que en el nombramiento del gerente de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P., el 29 de enero de 2016 se desconocieron las normas aplicables sobre calidades y requisitos para acceder a ese cargo, destacando la relacionada con la clase de profesión, porque a su juicio se requiere ser profesional en ciencias sociales mientras la profesión del designado es la de ingeniero.

## **4. Contestación de la demanda**

---

<sup>2</sup> Por tratarse de una designación realizada por un cuerpo colegiado, la Junta Directiva, es una elección, pero se empleará la expresión “nombramiento” que usó en las pretensiones la parte demandante.

#### 4.1 Demandado GUSTAVO CÁRDENAS YAÑEZ

Por conducto de apoderado, contestó la demanda en los siguientes términos<sup>3</sup>:

Frente al cargo de la demanda relacionado con el presunto incumplimiento de los requisitos para ejercer el cargo, lo rechazó y manifestó que cumple con ellos, conforme se establecieron y se registra en el Acta 89 del 29 de enero de 2016, ratificada por Acuerdo 014 de 2016.

Sostuvo que el demandante señala unos requisitos que no estaban vigentes al momento de su nombramiento y considerando que él fue miembro de la Junta Directiva debe saber que en esta oportunidad siguió el mismo procedimiento que consta en el Acta 084 del 17 de diciembre de 2015 cuando “se ordena hacer una compilación del Manual de Funciones quedando aprobada la propuesta, por lo que las decisiones de la Junta Directiva en éstos casos son ley para los intervinientes y terceros.”

Mencionó que la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P., se constituyó con la escritura pública 4260 del 19 de diciembre de 2006 de la Notaria Tercera de Cúcuta, como sociedad por acciones con el objeto de ser empresa de servicios públicos del orden municipal y con capital 100% público.

Se refirió a que la Ley 142 de 1994 guarda silencio sobre el nombramiento de los gerentes, salvo las previsiones del artículo 27, en cuanto que su administración debe ser profesional y ajena a intereses partidistas, además de conformar sus juntas directivas, de las empresas oficiales, por el respectivo alcalde.

Agregó que en la citada ley se consignó, en los artículos 19 y 32, que el régimen jurídico de las empresas, en lo no previsto en ella, se regirán por la reglas del Código de Comercio (C. Co.), como es lo relacionado con la inscripción en la Cámara de Comercio de la constitución y sus reformas, además de otros actos, so pena de ineficacia frente a terceros (Arts. 110 y 158 del C. Co.).

Advierte que, conforme con las normas anteriormente señaladas, y los artículos 190 a 192 del C. Co., la “nulidad del acta”, se rige por la legislación comercial, por ser una decisión que es de la Junta Directiva de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P.

En el acápite de las excepciones, propuso las que denominó *inepta demanda* y *carencia de jurisdicción y competencia*.<sup>4</sup> La primera la sustentó en el hecho de aportar el demandante exclusivamente la parte del nombramiento –demandado- del acta 89 de la Junta Directiva, sin incluir las demás actuaciones. Además manifestó que en la misma oportunidad se revocó el Acuerdo 012 de 2015 sobre el Manual de Funciones en lo relacionado con el perfil, los requisitos de estudio, experiencia relacionada y a categoría del oficio para el cargo de gerente.

---

<sup>3</sup> Folios 29 a 34.

<sup>4</sup> Folios 32 y 33 cuaderno 1.

El asunto de la carencia de jurisdicción y competencia lo sustenta en el objeto del proceso de “*atacar las decisiones de la Junta Directiva contenida en un acta*”, todo lo cual, en su entender, queda comprendido por el mandato del artículo 32 de la Ley 142 de 1994 que remite a la legislación comercial, de donde infiere que esta jurisdicción no puede conocer sobre las decisiones de ese órgano en una empresa de servicios públicos domiciliarios.

#### **4.2 Contestación de la EIS Cúcuta S.A. E.S.P.**

Mediante apoderado la compañía contestó la demanda y allí presentó como excepciones las de *ilegalidad de los actos administrativos y cumplimiento de los requisitos exigidos para desempeñar el cargo*.<sup>5</sup>

Empezó su análisis afirmando que la Ley 142 de 1994 no regula lo referente al régimen laboral de las empresas oficiales de servicios públicos constituidas por acciones, pero el Consejo de Estado sí ha señalado que sus servidores son por regla general trabajadores oficiales y excepcionalmente, quienes cumplen actividades de dirección o de confianza son empleados públicos, conforme dispongan en sus estatutos, régimen que corresponde al de las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE).<sup>6</sup>

Advirtió que el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario del Sector de la Función Pública, conforme con la Ley 489 de 1998, la provisión de empleos en las entidades descentralizadas se debe hacer **conforme a sus estatutos**.

A continuación acudió a un concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, relacionado con la solución de una consulta acerca de un nombramiento similar al del demandado, en la que se precisa, en atención al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, que **la junta directiva no puede modificar los estatutos de la empresa** para determinar un **periodo** de funciones del gerente.<sup>7</sup>

Explicó que la escritura pública de constitución de la sociedad establece como función de la Asamblea de Accionistas “*estudiar y aprobar las reformas estatutarias*” y en ella también figura en su artículo 55 una regulación sobre requisitos para ser el gerente y su suplente, que fue objeto de reforma por la Asamblea de Accionistas, que fue inscrita en la Cámara de Comercio, en la que se establece que deben ser profesionales, designados para un periodo de 5 años y se pueden reelegir indefinidamente.

Sostuvo, a manera de conclusión, que los requisitos para desempeñar el cargo de gerente o su suplente los fijó la sociedad en sus estatutos, por lo que es en

---

<sup>5</sup> Folio 102 del cuaderno 1.

<sup>6</sup> Folio 95 cuaderno 1.

<sup>7</sup> Folios 97

ellos en donde se deben verificar. Los cambios que se hagan deben hacerse con las formalidades debidas para su modificación, de donde resulta claramente ilegal el Acuerdo 012 de 2015 que modificó los requisitos de estudio y experiencia para desempeñar el cargo de gerente de la empresa.

Precisó que del contenido del Acta de Junta 84 de 17 de diciembre de 2015, se establece que aprobó la *“compilación de un manual de funciones”* y no una reforma de calidades para ser gerente.

Frente al punto, explicó que fue objeto de la Junta Directiva del 29 de enero de 2016 modificar los requisitos para el nombramiento de gerente, en cuanto a los estudios y la experiencia relacionada previstos en el manual de funciones y por ello también es ilegal, como lo es el Acuerdo 012 de 2015, por falta de competencia de ese órgano social.

Como consecuencia de esa manifiesta ilegalidad solicitó aplicar el artículo 148 del CPACA, en cuanto al control por vía de excepción contra los acuerdos mencionados, por contrariar la ley y los estatutos de la empresa, puesto que erró la Junta Directiva de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P. al pretender modificar los estatutos.

Así mismo, concluyó que en todo caso el ingeniero Cárdenas Yañez cumple con los requisitos para desempeñarse como gerente de la compañía, por su condición de ingeniero civil, con especialización y maestría, además de superar los 60 meses de experiencia relacionada, lo que hace improcedente la nulidad solicitada, como pide se resuelva, además de la condena en costas.

## **5. Oposición a las excepciones**

El demandante en primer lugar se opuso a la solicitud de aplicar la excepción de inconstitucionalidad de los actos administrativos de modificación de requisitos para desempeñar el cargo de gerente, para lo cual afirmó que ellos se encuentran conformes con las leyes sobre la materia.

Citó para el efecto el artículo 48 de los estatutos que le asigna atribuciones a la Junta Directiva de la EIS Cúcuta S.A. E.S.P. porque, en su entender, ella puede expedir los reglamentos internos como es el manual de funciones, en concordancia con los artículos 434 y 438 del C. Co., en armonía con los artículos 13 y 28 del Decreto Ley 758 de 2005.

Infirió de lo anterior, que los Acuerdos 012 de 2015 y 014 de 2016 se sustentan en aquellas normas, pero en relación con este último dice que se presenta un *“desvío de poder... para permitir que una persona que no contaba con los requisitos pudiese ser nombrado y acceder al cargo”*.

Para abundar en razones de su oposición a la excepción de ilegalidad, señaló que el artículo 191 del C. Co., fija dos meses para demandar las decisiones de la

asamblea o de la junta de socios, asunto que no le corresponde decidir a esta jurisdicción y por lo mismo no es procedente acceder a esta excepción.

Sobre los requisitos para desempeñar el cargo insistió en que estos son los establecidos en el acuerdo 012 de 2015 y el ingeniero Gustavo Cárdenas Yañez no los cumple, por lo que el cambio implicó "*un desvío de poder y un desmejoramiento del servicio*" porque sin haber transcurrido 60 días desde la aprobación del manual, sin justificación se procedió a su modificación.

## 6. Actuación procesal

A través de proveído del 15 de marzo de 2016 se inadmitió la demanda, exigiéndose que se aportara la dirección del demandado gerente cuyo nombramiento se cuestiona y la entrega íntegra del Acta de Junta Directiva de la sesión del 29 de enero de 2016, en la cual se hizo ese nombramiento<sup>8</sup>.

Sin que la parte demandante procediera a suministrar lo requerido, por auto de fecha 4 de abril de 2016, por tratarse de una acción pública y con el propósito de garantizar el acceso a la administración de justicia<sup>9</sup> se admitió la demanda y dispuso las notificaciones y comunicación de ley, la prevención al demandado del plazo legal para contestar la demanda y para que suministraran en su integridad los antecedentes administrativos incluida la copia completa del acta correspondiente a la sesión de la junta directiva realizada el 29 de enero de 2016.

Mediante auto del 18 de julio de 2016 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, y se reconoció personería<sup>10</sup>.

El 29 de julio de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial<sup>11</sup>, en la que se desarrollaron las actividades propias de esta etapa procesal, entre ellas el saneamiento, pronunciamiento acerca de las excepciones previas de inepta demanda y falta de jurisdicción y competencia, se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se señaló fecha para la audiencia de pruebas.

Frente a la excepción previa de inepta demanda<sup>12</sup>, se declaró su improsperidad, toda vez que no se señaló ninguno de los supuestos del artículo 100 número 5 del Código General del Proceso (CGP), solamente limitó su sustentación a expresar unos argumentos de defensa y no los propios de las excepciones allí previstas.

---

<sup>8</sup> Folios 16 y 17.

<sup>9</sup> Folio 261.

<sup>10</sup> Folio 266.

<sup>11</sup> Folios 268 a 270 cuaderno principal 1

<sup>12</sup> CD audiencia inicial, minutos 5:05 a 8:51.

En cuanto a la excepción de falta de jurisdicción y competencia, adujo<sup>13</sup> que se encuentra previsto en el artículo 152 núm. 9 del CPACA el conocimiento por parte de los tribunales administrativos en primera instancia, de los actos administrativos de nombramiento en los municipios con población superior a setenta -70.000- habitantes.

Como la decisión de las excepciones previas no fue objeto de recurso, procedió el Tribunal a fijar el litigio, consistente en decidir sobre la legalidad o la declaratoria de nulidad de la designación como gerente del señor Gustavo Cárdenas Yañez, 29 de enero de 2016 que consta en Acta de Junta Directiva de la E.I.S. Cúcuta S. A E.S.P. por no cumplir con los requisitos exigidos para desempeñar el cargo.<sup>14</sup>

El día 5 de septiembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 285 de la Ley 1437 de 2011, oportunidad en la que se practicaron las decretadas, y al considerar innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA, se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito.

El 15 de diciembre de 2016 se profiere la sentencia que deniega las pretensiones de la demanda.

## **7. La sentencia apelada**

La providencia precisó, evocando una decisión del Consejo de Estado<sup>15</sup>, el concepto de excepción de fondo, como argumentos encaminados a enervar las pretensiones de la acción pero incorpora hechos nuevos, desconocidos hasta entonces en el proceso, con la potencialidad de frustrar las aspiraciones del actor, lo que llevó al *a quo*, atendiendo las contestaciones a la demanda, a declarar que no se presentaron excepciones de mérito en este proceso.

Al analizar el fondo del asunto para dirimir el litigio fijado, se estableció que se debió definir primero cuáles son los requisitos exigidos, esto es, si son los previstos en el Acuerdo 012 de 2105 o los del Acuerdo 014 de 2016. Por el primero el aspirante a gerente un profesional de ciencias sociales y humanas, con 96 meses de experiencia laboral en gerencia en el área de servicios públicos o, si son los del Acuerdo 014 de 2016 que exige ser profesional y tener cinco años de experiencia en asuntos relacionados con servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

---

<sup>13</sup> CD audiencia inicial, minutos 8:56 a 10:42.

<sup>14</sup> Página 9 de la sentencia a 400 del cuaderno 2.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 8 de noviembre de 2007, expedientes acumulados 110010328000200600013-00, M. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Concluyó el *a quo* que la decisión de la Junta Directiva del 29 de enero de 2016, contenida en el acta 89 de esa calenda, con la cual revocó la anterior decisión del 18 de diciembre de 2015 o Acuerdo 012 de 2015, conduce a la conclusión de que los requisitos de estudios y experiencia relacionada son los exigidos en aquel acto administrativo.

Al verificar el tribunal los requisitos con la hoja de vida del elegido gerente, quien además de ser ingeniero civil de la Universidad Francisco de Paula Santander, también es especialista en Administración de la Construcción y Magister en Administración, y acreditó más de cinco años de tiempo de servicios.

Con lo anterior decidió “**NEGAR**” (sic) las pretensiones de la demanda electoral de la causa contenida en el núm. 5 del artículo 275 CPACA.

## 8. Argumentos de la apelación y su oposición

### 8.1 Lo sustentado por el apelante

El **escrito de impugnación** señala que sí se pidió la nulidad del acta del 29 de enero de 2016 y con ello la irregular modificación del manual de funciones en cuanto a los requisitos para el cargo de gerente porque se pidió “*Declarar nulo el Acto Administrativo contenido en el ACTA DE JUNTA DIRECTIVA*” del 29 de enero de 2016 “*mediante la cual se nombró como Gerente de la Empresa al señor GUSTAVO CARDENAS YAÑEZ*”.

Itera el recurrente sobre la necesidad de acudir al mérito y no a razones políticas para hacer la designación que cuestiona, lo mismo que cita nuevamente las providencias que demarcan el objeto del proceso electoral<sup>16</sup>, dice que la mayoría absoluta de los cinco miembros que integran la Junta Directiva, es la mitad más uno, lo que le da un total de cuatro -4- votos, según el artículo 51 de los estatutos.

Insiste en la nulidad de las decisiones por no asentarse estas en el libro de la Junta Directiva, con la firma del Presidente de la reunión y el Secretario de la compañía que era la saliente gerente por lo que el punto de proposiciones y varios es ilegal en su totalidad, reitera las *peticiones finales* y agrega el tema de la falsa motivación, junto a la refutación que le hace a la decisión del *a quo* en cuanto no consideró que fuera objeto de este litigio el trámite dado a la modificación del manual de funciones.

Al cuestionar la expresión de no poder analizar un acto que no se acusa, en la motivación de la sentencia objeto de la apelación, dice que ello es contrario a la demanda electoral, las pruebas y los alegatos presentados que cuestionan la decisión del 29 de enero de 2016 sobre la modificación del manual de funciones.

---

<sup>16</sup> Folios 407 a 409



En otro escrito entregado ante esta Corporación<sup>17</sup> la togada vuelve sobre el cuestionamiento atrás resumido y agrega como petición la de inaplicación de las decisiones tomadas en la reunión del 29 de enero de 2016, con fundamento en el artículo 148 del CPACA por la cual se revocó la estabilidad laboral reforzada de la exgerente.

## 8.2. Argumentos de la oposición del demandado

El apoderado del **demandado** presentó su libelo de oposición en el cual pone de presente que hace parte de los estatutos de la empresa la forma como se realizan las reformas estatutarias por la asamblea de accionistas que se deben llevar a escritura pública.

El mandatario de **la empresa** EIS CÚCUTA S.A. E.S.P., dice que el escrito de apelación no se debe tener como tal puesto que nada dice contra los argumentos expresados en la sentencia de 15 de diciembre de 2016 y analiza lo atinente a la petición sobre la revocatoria de la estabilidad laboral de la gerente anterior y la modificación de manual de funciones.

Dice que el primero no es tema del proceso, sino que se expone de forma sorpresiva, y el segundo punto ya se estudió al mirar que los estatutos fijaron requisitos que no se han modificado en la forma prevista legalmente y los acuerdos 012 de 2015 y 89 de 2016 son inaplicables, aunque gozan de la presunción de legalidad y que el nombrado Gustavo Cárdenas Yañez cumplía los requisitos para desempeñar el cargo de gerente.

No obstante lo anterior, dice que por el principio que señala en derecho que *las cosas se deshacen como se hacen*, procede aceptar que por medio del acuerdo 89 de 2016 se efectuó la modificación del anterior acuerdo 012 de 2015, sobre requisitos para desempeñar el cargo de gerente de la empresa.

## 9. Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado<sup>18</sup> solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda incoada por el ciudadano Juan Carlos Rodríguez Ferrer contra el acto de elección del señor Gustavo Cárdenas Yañez como gerente de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P.

La primera observación que hace se refiere a la aplicación del principio de congruencia, entre la fundamentación fáctica y jurídica de lo pedido y la providencia, por lo que los argumentos esbozados en la apelación por ser novedosos, no planteados en la demanda, no pueden ser tenidos en cuenta para resolver el fondo del asunto, y consisten en i) la “Falta de legitimación para retirar

---

<sup>17</sup> Folios 466 a 479.

<sup>18</sup> Folios 883 a 891.

del cargo de Gerente a la Dra. Gladys Yolanda Durán Bautista”; ii) “Modificación del manual de funciones y requisitos para adecuarlo al perfil del actual Gerente de la EIS Cúcuta”; iii) “De la meritocracia de la elección del actual Gerente de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P.”; y iv) “Desconocimiento de la Ley 142 de 1994 en materia de administradores de la Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios”.

A continuación relaciona la congruencia con la fijación del litigio que determina los linderos del pronunciamiento final, con cuyo propósito evoca en lo pertinente la audiencia del 29 de julio de 2016, que permite verificar que ninguno de los hechos y asuntos jurídicos anteriormente trascritos, hace parte del debate a dirimir en este proceso, como se pronunció recientemente la Sección Quinta en caso similar<sup>19</sup>.

Considera que los requisitos que se debe verificar que reúna el designado a la gerencia son establecidos en los estatutos porque el numeral 2.º del artículo 31 de ellos le asigna la función de estudiar y reformar los estatutos a la Asamblea General y con el voto unánime de los accionistas representados en la reunión.

Conforme con los estatutos se requiere ser profesional y tener al menos cinco (5) años de experiencia relacionada con servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, además de que pueden ser removidos libremente, lo que apareja la aplicación de la excepción de ilegalidad de que trata el artículo 148 del CPACA, también en los términos del Consejo de Estado<sup>20</sup>.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

**Según el artículo 150 del CPACA y el Acuerdo 58 de 1999, la Sección es competente para conocer de este proceso, en segunda instancia.**

### 2. Pretensiones y excepciones

Para atender la congruencia, como bien lo observa el Ministerio Público en su concepto, se debe tener presente lo deprecado en el libelo del actor:

*PRIMERA. Declarar nulo el Acto Administrativo contenido en el ACTA DE JUNTA DIRECTIVA DE LA EIS CUCUTA S.A. E.S.P. DEL 29 DE ENERO DE 2016 mediante la cual se nombró como Gerente de la Empresa al señor GUSTAVO CÁRDENAS YAÑEZ.*

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Rocío Araújo Oñate, sentencia del 29 de septiembre de 2016, expediente 05001-23-33-000-2016-00254-02.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente acumulado 11001-03-28-000-2014-00099-00.

*SEGUNDA. Que se dé cumplimiento a la condena en los términos legalmente previstos*

Por su parte, las excepciones previas de inepta demanda y carencia de competencia por falta de jurisdicción fueron resueltas oportunamente, no hubo impugnación contra la decisión del *a quo*, por lo que ahora resulta improcedente su estudio, máxime que todo cuanto se cuestiona es con los mismos argumentos expresados en la primera instancia, motivo para la Sala limitar su estudio a las excepciones de fondo o de mérito, junto con los argumentos de demanda y de defensa.

Tampoco se puede atender en esta providencia lo novedoso que se introdujo con posterioridad a la demanda sobre falsa motivación y los temas reseñados en la vista del Ministerio Público sobre falta de legitimación para retirar del cargo a la Dra. Gladys Yolanda Durán Bautista, la modificación del manual de funciones, la meritocracia para la elección del Gerente y el desconocimiento de la Ley 142 de 1994 en materia de administradores de la Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

Sobre el concepto de excepción de fondo, como una de las modalidades de defensa del demandado, es sabido que requiere la existencia de hechos nuevos llevados al proceso para enervar parcial o totalmente las pretensiones. Según lo expresado en las contestaciones de demanda contra las pretensiones contienen exclusivamente argumentos de defensa de la legalidad y no estrictamente excepciones, incluida la denominada excepción de ilegalidad.

Expresado lo anterior se asume por la Sala el estudio de las acusaciones contra la legalidad del nombramiento del demandado Gustavo Cárdenas Yañez como gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P.

### **3. Pruebas relevantes allegadas**

Revisado el expediente se encuentran como documentos arrimados oportunamente y pertinentes para resolver el caso, los que se enlistan a continuación:

- a) Certificado de la Cámara de Comercio expedido el 22 de abril de 2016<sup>21</sup> en donde aparece como gerente Gustavo Cárdenas Yañez por haber sido nombrado el 29 de enero de 2016, que *“EL GERENTE Y SU SUPLENTE DEBERÁN SER PROFESIONALES Y PODRÁN SER REMOVIDOS POR LA JUNTA DIRECTIVA EN CUALQUIER MOMENTO, SERÁN DESIGNADOS PARA UN PERIODO DE CINCO (5) AÑOS, PUDIENDO SER REELEGIDOS INDEFINIDAMENTE.”*
- b) Escritura pública 4260 de 19 de diciembre de 2006 que contiene los

---

<sup>21</sup> Folios 155 a 159 del cuaderno 1.

estatutos iniciales de la empresa que entre los órganos sociales señala la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva, el gerente y el revisor fiscal, fijando en el artículo 31<sup>22</sup> como competencia de la Asamblea General la de *“(e)studiar y aprobar las reformas estatutarias, con el voto unánime de las acciones representadas en la reunión”* y en el artículo 55<sup>23</sup> que *“El Gerente y su Suplente deberán ser profesionales y deberán tener al menos CINCO (5) años de experiencia en asuntos relacionados con servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y podrán ser removidos libremente por la Junta Directiva en cualquier momento. Serán designados para un período de DOS (2) años.”*

- c) Escritura pública 344 del 8 de febrero de 2007 por el cual la Asamblea de Accionistas de la sociedad aprobó por unanimidad unas modificaciones de los estatutos, incluido el artículo 55, que en lo pertinente a este proceso señala: *“El Gobierno y la Administración de la Sociedad estará a cargo de un Gerente, nombrado por la Junta Directiva, quien continuará en el ejercicio de sus funciones mientras la Junta Directiva no haga nuevo nombramiento. El Gerente tendrá un Suplente quien lo reemplazará provisionalmente en caso de ausencia permanente o temporal. ... El Gerente y su Suplente deberán ser profesionales y podrán ser removidos por la Junta Directiva en cualquier momento. Serán designados por un periodo de CINCO (5) años, pudiendo ser reelegidos indefinidamente ...”*.
- d) Escritura pública 4137 de 26 de diciembre de 2007.<sup>24</sup>
- e) Escritura pública 748 de 26 de diciembre de 2012<sup>25</sup>.
- f) Escritura pública 7894 de 27 de noviembre de 2014.<sup>26</sup>
- g) Certificado de la Cámara de Comercio expedido el 23 de julio de 2014<sup>27</sup> en donde aparece como gerente Juan Antonio Nieto Escalante por haber sido nombrado el 15 de mayo de 2012, donde se lee: *“EL GERENTE Y SU SUPLENTE DEBERÁN SER PROFESIONALES Y PODRÁN SER REMOVIDOS POR LA JUNTA DIRECTIVA EN CUALQUIER MOMENTO. SERÁN DESIGNADOS PARA UN PERIODO DE CINCO (5) AÑOS, PUDIENDO SER REELEGIDOS INDEFINIDAMENTE.”*
- h) Diploma de ingeniero civil expedido por la Universidad Francisco de Paula Santander a Gustavo Cárdenas Yañez el 25 de junio de 1981.<sup>28</sup>
- i) Título de Especialista en Administración de la Construcción expedido por la Universidad Francisco de Paula Santander, de 22 de noviembre de 1996.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> Folio 168 vuelto, cuaderno 1.

<sup>23</sup> Folios 173 vuelto y 174 cuaderno 1.

<sup>24</sup> Folio 185 del cuaderno 1.

<sup>25</sup> Folios 186 y 187 del cuaderno 1.

<sup>26</sup> Folios 188, 197 y 198 del cuaderno 1.

<sup>27</sup> Folios 189 a 191 del cuaderno 1.

<sup>28</sup> Folio 206 cuaderno 1.

<sup>29</sup> Folio 208 cuaderno 1.

- j) Título de Magister en Administración, de la Universidad de Medellín, de 24 de octubre de 2014.<sup>30</sup>
- k) Certificados sobre desempeño de Gustavo Cárdenas Yañez como gerente de proyecto de una obra de construcción<sup>31</sup>, de director de obra de pavimentación<sup>32</sup> y de mejoramiento y mantenimiento de la malla vial<sup>33</sup>, de contratista para placas huellas<sup>34</sup> y para construcción de un puente<sup>35</sup>, nombramiento y posesión como Director de Planeación Municipal<sup>36</sup> y de Secretario de Desarrollo Comunitario<sup>37</sup>, de Gerente de la Central de Transporte<sup>38</sup>, de Jefe de la Sección Técnica del Fondo Nacional de Caminos Vecinales<sup>39</sup> para la conservación y construcción de carreteras<sup>40</sup>, de Director del Departamento Interventoría, Estudios y Proyectos del municipio de Cúcuta<sup>41</sup> y de este intervino entre otras obras en instalación de redes de alcantarillado y de acueducto y obras complementarias<sup>42</sup>.

#### 4. El problema jurídico

La Sala, con fundamento en la sustentación del recurso de apelación y teniendo en cuenta el litigio fijado, resolverá el problema jurídico consistente en establecer si, de conformidad con las normas correspondientes, el señor Gustavo Cárdenas Yañez cumple con los requisitos para desempeñar el cargo de gerente de la E.I.S. Cúcuta S.A. E.S.P.

Precisado lo anterior, es indispensable definir primero cuáles eran los requisitos vigentes para la fecha de la posesión, aspecto para lo que se hace necesario concretar en estricto derecho ese fundamento jurídico que permitirá dirimir este litigio.

---

<sup>30</sup> Folio 209 cuaderno 1.

<sup>31</sup> Folio 220 cuaderno 1.

<sup>32</sup> Folio 221 cuaderno 1.

<sup>33</sup> Folio 222 cuaderno 1.

<sup>34</sup> Folios 223 y 224 cuaderno 1.

<sup>35</sup> Folios 234 cuaderno 1.

<sup>36</sup> Folio 225 y 226 cuaderno 1.

<sup>37</sup> Folios 227 y 228 cuaderno 1.

<sup>38</sup> Folios 230 y 231 cuaderno 1.

<sup>39</sup> Folio 235 cuaderno 1.

<sup>40</sup> Folio 236 a 238 cuaderno 1.

<sup>41</sup> Folio 241 cuaderno 1.

<sup>42</sup> Folio 244, 242 y 243 cuaderno 1.

Como metodología se realizará el estudio de las normas mercantiles aplicables en cuanto al (i) registro mercantil, su prueba y la consecuencia de la omisión de ese deber mercantil en el caso de las reformas a los estatutos, (ii) la reforma de los estatutos en las sociedades, (iii) los órganos de administración de las sociedades, (iv) otras reglas propias de las sociedad anónimas, y (v) algunas reglas estatutarias de la E.I.S. Cúcuta S. A. E.S.P.

Con fundamento en lo anterior se dará solución al caso concreto.

## 5. Reglas mercantiles

En derecho mercantil cada clase de persona jurídica tiene sus normas especiales que le son aplicables, motivo para que la Sala advierta que procederá a citar las necesarias y relacionadas con la sociedad anónima por acciones, que en el presente caso concurren con otras de derecho público, con zonas grises que hacen difícil establecer algunos linderos.

Para este caso, es preciso acudir a la regulación sobre aspectos como son el registro mercantil y la competencia de los órganos sociales, las que se encuentran previstas tanto en la ley como en los estatutos de la sociedad y en similar.

### 5.1. El registro mercantil

En primer lugar se precisa, conforme con lo dispuesto por el código propio de los comerciantes y los actos mercantiles, el C. Co., que las **estipulaciones de los contratos se prefieren** a las normas legales supletivas<sup>43</sup>, además de estar prevista su integración por la analogía de sus normas<sup>44</sup> y la legislación civil<sup>45</sup>.

El registro mercantil, bajo la responsabilidad de las cámaras de comercio, tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los **actos**, libros y documentos **respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad**<sup>46</sup>, entre los cuales se encuentran<sup>47</sup> los actos de definición de la administración, designación de representantes legales, así como las actas de asambleas y juntas de socios y directivas de las sociedades mercantiles, lo mismo que las adiciones o **reformas estatutarias**.

---

<sup>43</sup> Artículo 4 C. Co.

<sup>44</sup> Art. 1 *ejusdem*.

<sup>45</sup> Art. 2 *ib.*

<sup>46</sup> Art. 26 C. Co.

<sup>47</sup> Art. 28 *ejusdem*.

En el artículo 117 del C. Co. se regula de manera especial el registro mercantil de la constitución, las cláusulas de ese contrato y la representación, así como se itera la manera de probarlos.

Ese deber de publicidad mediante el registro mercantil se relaciona con la eficacia frente a terceros, conforme con el artículo 29 C. Co., porque aunque podrá solicitarse el registro en cualquier tiempo, si la ley no fija un término especial para ello, *“los actos y documentos sujetos a registro **no producirán efectos** respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción”* y su prueba, conforme con el artículo 30 *ejusdem* es reglada, *“se probará con certificado expedido por la respectiva cámara de comercio o mediante inspección judicial practicada en el registro mercantil.”*

En las decisiones de los órganos colegiados sus integrantes son las partes mismas, es decir, ellos son quienes no pueden alegar una condición de terceros, mientras todas las demás personas sí lo son.

## 5.2. Reformas del contrato social

Toda reforma del contrato social debe reducirse a escritura pública, registrarse<sup>48</sup> y probarse igual que el contrato de constitución<sup>49</sup>, que para las sociedades por acciones *“podrán adoptarse con el voto favorable de un número plural de socios con no menos del setenta por ciento de las acciones representadas, salvo que en los estatutos se exija un número mayor de votos.”*<sup>50</sup>, sin que la designación o revocación de los administradores, por el quórum legal o estatutario, sea una reforma y debe ser registrada la copia del acta o acuerdo en que conste aquella o esta.<sup>51</sup>

## 5.3. Órganos de administración en la sociedad anónima

El mismo estatuto mercantil establece como función de la asamblea de socios estudiar y aprobar las reformas de los estatutos, que requiere ordinariamente del *quorum* que *“los estatutos exijan”*.

Por su parte el artículo 187 del C. Co. le establece a la Asamblea de Socios la función de *“(e)studiar y aprobar las reformas de los estatutos”*, junto a *“Las demás que les señalen los estatutos o las leyes”*, en reuniones ordinarias o extraordinarias *“si en el contrato social o en las leyes no se previene otra cosa”*.

---

<sup>48</sup> Art. 158 C. Co.

<sup>49</sup> Art. 166 ib.

<sup>50</sup> Art. 161 C. Co.

<sup>51</sup> Art. 163 *ejusdem*.

La propia ley mercantil que se viene citando señala en su artículo 198 que los administradores los designa “*la asamblea o la junta de socios, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en el contrato social*”.

#### **5.4. Otras reglas propias de la sociedad anónima**

El código mercantil define la asamblea general como la reunión de los accionistas con el quórum y en las condiciones previstas en los estatutos (art. 419 C. Co.), el mismo que para la reforma de estatutos, por norma legal supletiva (art. 421 *ejusdem*) establece que corresponde al “*voto favorable de un número plural de accionistas que represente cuando menos el setenta por ciento de las acciones representadas en la reunión*” y como regla general la “*mayoría de los votos presentes*”.<sup>52</sup>

Conforme con el artículo 434 del C. Co. **las atribuciones de la junta directiva** se expresarán en los estatutos y en lo que corresponde a la empresa vinculada a este proceso, no aparece que ella esté facultada para modificar los estatutos, incluido lo relacionado con los requisitos para ser gerente y ser suplente de este.

#### **5.5. Reglas estatutarias de a E.I.S. CÚCUTA S.A. E.S.P.**

En los estatutos se establece todo aquello que por acuerdo de los accionistas consideren adecuado, siendo la primera fuente normativa, a menos que normas legales imperativas establezcan algo diferente y en lo no regulado por ellos se acogen las normas legales supletivas y la analogía.

En este caso la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P., cuya sigla es EIS CÚCUTA S.A. E.S.P.<sup>53</sup>, se transformó el 19 de diciembre de 2006 en sociedad por acciones, con la escritura pública 4260 del 19 de diciembre de ese año, previendo en el artículo 31 como función de la Asamblea General de Accionistas la de “*estudiar y aprobar las reformas estatutarias, con el voto unánime de las acciones representadas en la reunión*” y de la Junta Directiva la de elegir y remover libremente a su gerente.

Sobre los requisitos para ser gerente o su suplente, señaló su artículo 55 que “*deberán ser profesionales y deberán tener al menos CINCO (5) años de experiencia en asuntos relacionados con servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado*”, además de prever su libre remoción pese a que se designa “*para un periodo de DOS (2) años*”.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Art. 427 C. Co.

<sup>53</sup> Folio 155 cuaderno 2.

<sup>54</sup> Folio 173 cuaderno 2.



Con el certificado de la Cámara de Comercio, expedido el “2016/04/22”<sup>55</sup> se acredita que se registró, una parte de lo decidido en la reunión de la Junta Directiva del 29 de enero, lo correspondiente con los nombramientos del nuevo gerente y de su suplente, pero no otras decisiones como el pretendido cambio de los anteriores requisitos para desempeñar esos cargos de gerente y su suplencia.

El certificado en análisis que, legalmente constituye el instrumento probatorio idóneo, está actualizado y señala en lo pertinente: “EL GERENTE Y SU SUPLENTE DEBERÁN SER PROFESIONALES Y PODRÁN SER REMOVIDOS POR LA JUNTA DIRETIVA EN CUALQUIER MOMENTO, SERÁN DESIGNADOS PARA UN PERIODO DE CINCO (5) AÑOS, PUDIENDO SER REELEGIDOS INDEFINIDAMENTE.”<sup>56</sup>

El anterior texto corresponde literalmente a la reforma hecha al artículo 55 de los Estatutos por la Asamblea de Socios de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S. A. E.S.P., según la escritura 344 de 8 de febrero de 2007, con la cual se protocolizó el acta 002 de la sesión del 29 de diciembre de 2006, dice allí “*por unanimidad de los votos presentes en la reunión*” se aprobó una reforma de estatutos.<sup>57</sup>

En este proceso no se acreditó con la prueba de ley, que es el certificado de la Cámara de Comercio, otra(s) reforma(s) estatutaria(s) diferente(s) a la anterior, con el requisito de solemnidad mediante protocolización en escritura pública de las “reformas”, como son las pretendidas con los Acuerdos 012/15 y 014/16 de la Junta Directiva, y tampoco se demostró el registro mercantil de esos actos (Arts. 158 y 166 del C. Co.), de donde se deriva la consecuencia jurídica de ineficacia, es decir, su falta de efectos legales (Arts. 29 y 30 *ejusdem*) o inaplicabilidad.

## **6. Análisis de los cargos**

Según está expresado como problema jurídico que la Sala estableció de la demanda, la contestación a ella demanda y la fijación del litigio, corresponde definir si es cierto, o no lo es, que el señor Cárdenas Yañez reúne los requisitos para ser gerente de la empresa EIS CÚCUTA S.A. E.S.P.

Se itera que el demandante afirmó que con la designación de 29 de enero de 2016 del demandado como gerente se violó el manual de funciones, sobre calidades y requisitos previstos en el Acuerdo 012 de 2015 de la Junta Directiva de la EIS CÚCUTA S.A. E.S.P., incurriendo en la causal 5.<sup>a</sup> de nulidad, prevista en el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

---

<sup>55</sup> Folios 155 a 159 del cuaderno 1.

<sup>56</sup> Folio 157 vuelto del cuaderno 1.

<sup>57</sup> Folio 183 vuelto del cuaderno 1.

Contencioso Administrativo (CPACA), en su criterio, en perjuicio de la legalidad del nombramiento del gerente.

Según se ha establecido anteriormente por la Sala, ciertos actos de los comerciantes y puntualmente de las sociedades anónimas, incluidas las que tienen por objeto los servicios públicos domiciliarios, conforme disponen las normas imperativas del Código de Comercio, se acreditan mediante el certificado de la Cámara de Comercio, lo que impone el cumplimiento previo del deber de su inscripción ante ellas, so pena de ineficacia.

También se probó, con el respectivo certificado expedido por la Cámara de Comercio el 22 de abril de 2016, que para ser gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P., conforme con los estatutos vigentes, es necesario ser profesional, nada más.

En el referido documento se consolidan tanto los estatutos iniciales (E. P. 4260 de 2006) como sus reformas, incluida la citada que se hizo al artículo 55, sobre requisitos para ser gerente (E. P. 344 de 2007), hecha esa sí por decisión aprobada por unanimidad de los socios, en la Asamblea de Accionistas de esa compañía.

Exactamente lo anterior es lo certificado por la Cámara de Comercio el 23 de julio de 2014<sup>58</sup> en cuanto a que el gerente deberá ser profesional y la condición de ingeniero civil, probada y no discutida, corresponde a esa modalidad de título universitario.

Las anteriores pruebas permiten concluir que se encuentra suficientemente demostrado que para ser gerente y suplente del gerente en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E. S. P., únicamente se exige ser *profesional* y ese requisito lo satisfizo el señor Gustavo Cárdenas Yañez con el diploma de ingeniero civil expedido por la Universidad Francisco de Paula Santander el 25 de junio de 1981.

Cualquiera otra determinación, exigencia o requisito, requiere modificación de los estatutos sociales, elevado a escritura pública y debe ser inscrita en el registro mercantil para que se pruebe con el certificado de la Cámara de Comercio, conforme ordena el C. Co.

Entonces, como no se acogió la tesis de vigencia de los requisitos de los Acuerdos 012 de 2015 y 014 de 2016, no es necesario analizar otros aspectos como lo concerniente con la experiencia del demandado ingeniero Gustavo Cárdenas Yañez en asuntos relacionados con servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Adicionalmente, a lo expresado anteriormente, se tiene presente que en la demanda se acusa de incumplimiento de los requisitos del Acuerdo 012 de 2015, en ella no se hace mención a reforma de estatutos con el Acuerdo 014 de 2016.

---

<sup>58</sup> Folios 189 a 191 del cuaderno 1.

Tampoco es necesario, para la Sala, extenderse en la explicación sobre la condición de la Asamblea de Socios como máximo órgano de la sociedad anónima y, por lo mismo, no puede la Junta Directiva, so pretexto de expedir un manual de funciones, cambiar decisiones de competencia de aquella como son los estatutos que solo ella puede modificar, y resulta impertinente explicar, por la inutilidad para resolver la fijación del litigio, la naturaleza del cargo en cuanto a la condición de empleado o trabajador oficial.

En ese ejercicio como de pirotecnia jurídica, otros argumentos meramente enunciados como son los fines políticos, los que se insiste, solo se mencionan pero no se prueban y el supuesto desmejoramiento del servicio que no tiene la más mínima explicación ni apoyo probatorio, como los anteriores, además no fueron incluidos en la demanda y por ello mismo tampoco en el objeto del litigio, determinado en la audiencia inicial.

Finalmente, en cuanto a lo relacionado con la aplicación del artículo 148 del CPACA sobre la excepción de ilegalidad la Sala no accede a ello porque la inscripción es el acto de publicidad, declarativo por excelencia, que condiciona la producción de efectos legales de los actos susceptibles de registro mercantil, con lo que deviene en inocuo por ineficaz<sup>59</sup> lo sucedido pero no probado con un certificado de la Cámara de Comercio.

Entonces, si no se le puede reconocer eficacia a los mencionados acuerdos de la Junta Directiva, de 2015 y 2016, mientras no se haga su inscripción mercantil, que en todo caso se somete a un control previo de legalidad por la misma entidad gremial, en el entre tanto tampoco se puede juzgar su legalidad porque con ello se le estarían reconociendo efectos, lo que resulta contrario al mandato legal anteriormente referido.

La Sala no difiere del análisis sobre la falta de competencia de la Junta Directiva, pero sí sobre la manera de definirlo, porque solicita el Ministerio Público la inaplicación de las reformas efectuadas con Acuerdos de la Junta Directiva, solución jurídica prevista en el artículo 148 del CPACA, y esto obedece a que antes de llegar a ese examen de legalidad es menester establecer que los actos administrativos estén produciendo legalmente efectos, por lo que, ante la ineficacia explicada renglones arriba, respecto de esos actos administrativos no cabe pronunciamiento de ninguna clase.

Así las cosas, la presunción de legalidad de que goza el acto de nombramiento del demandado señor Cárdenas Yañez, como Gerente de la E.I.S. Cúcuta S. A. E. S. P. no fue desvirtuada, y entonces la sentencia de primera instancia, denegatoria de la totalidad de las pretensiones de la demanda, habrá de ser confirmada, pero por las razones expresadas anteriormente.

---

<sup>59</sup> Artículos 110 y 158 C. Co.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 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 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que denegó las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**TERCERO:** En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente

**ROCÍO ARÁUJO OÑATE**  
Consejera de Estado

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera de Estado