

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
SALA DE DECISION

Santiago de Cali, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicación:	76001-23-33-000-2020-00153-00
Acción:	Electoral
Demandante:	GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA Y OTRO Pradoabogado23@hotmail.com
Demandados:	EMCALI EICE ESP notificaciones@emcali.com.co pmcardenas@emcali.com.co JAIME OSORIO MOLANO clara_molano@hotmail.com iosorio_molano@hotmail.com
Instancia:	Primera

AUTO RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS Y ANUNCIA SENTENCIA
ANTICIPADA

I. ANTECEDENTES.

Se pretende la nulidad del nombramiento del señor Jaime Osorio Molano como gerente del área tecnología de información en Emcali, contenido en la resolución No. 1000000152020 de 9 de enero del 2020.

La demanda fue admitida mediante el auto interlocutorio No. 44 de fecha 2 de marzo del 2020.

Mediante aviso publicado el 12 de marzo del 2020 se hizo saber a la comunidad la existencia de la demanda, de conformidad con el artículo 277.5 de la ley 1437 del 2011.

La notificación personal del auto admisorio a los demandados se ejecutó a través de mensaje de datos dirigido al correo electrónico de notificaciones judiciales de Emcali, donde se precisó que en aplicación del artículo 8 del decreto 806 de 2020 se tendría por surtida la notificación por ese canal digital tanto a la entidad como al funcionario.

Surtida la notificación de los demandados, contestaron la demanda de manera oportuna: EMCALI y el señor Jaime Osorio Molano (Constancia secretarial *sharepoint*).

La apoderada judicial de Emcali formuló la excepción de caducidad.

Argumentó que según el literal a) del artículo 164.2 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo de carácter electoral la demanda deberá ser presentada dentro del término máximo de 30 días contados a partir de su publicación. Dijo que el señor Jaime Osorio fue nombrado el 9 de enero del 2020, se comunicó a través del consecutivo No. 8310012132020 del 9 de enero de 2020 y tomó posesión del cargo el 10 de enero del 2020. Concluyó que la demanda presentada el 26 de febrero de 2020 es

extemporánea. Considera que la publicidad del acto no se podría surtir a través de una gaceta oficial porque no lo tiene por ser una empresa industrial y comercial del Estado.

También formulo excepciones de fondo: (i) inexistencia de la causal de nulidad, (ii) gerente de área es un cargo de empleado público, (iii) clasificación de empleos en Emcali EICE ESP a partir del acuerdo municipal 014 de 1996, (iv) legalidad del cargo de empleado público de gerente de área, (v) innominada. Su análisis debe hacerse en la sentencia.

A su turno, el señor Jaime Osorio, mediante apoderado judicial, formuló tres excepciones de fondo: (i) Inexistencia de causales de nulidad sobre el acto de nombramiento demandado, (ii) existencia de condiciones laborales propias del régimen del empleado público - primacía de la realidad sobre la forma, (iii) innominada o genérica. Su análisis debe hacerse en la sentencia.

Mediante providencia de 31 de agosto del 2020 se ordenó correr traslado de las excepciones por el término de tres (3) días, en la forma dispuesta en el artículo 9 del Decreto 806. Y en aras de garantizar publicidad, transparencia, debido proceso y derecho de contradicción, se concedió a las partes un término para alegar nulidades o irregularidades, so pena de saneamiento.

La notificación y el traslado se surtieron conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo 806 del 1 de septiembre de 2020 (constancia secretarial *SharePoint*) y no se allegó ningún pronunciamiento al canal de comunicación indicado para este proceso (achamorb@cendoj.ramajudicia.gov.co).

II. EXCEPCIONES PREVIAS.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y 102 del CGP, la excepción de caducidad en la jurisdicción contenciosa administrativa se resolverá por escrito antes de la audiencia inicial.

El literal a) del artículo 164.2 del CPACA dispone:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (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 1o del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación; (...) (subraya la Sala).

El Consejo de Estado ha precisado¹:

“De la norma transcrita se tiene que, actualmente, la caducidad de la acción electoral se caracteriza porque:

- 1. Tiene un término de treinta (30) días; y***
- 2. Dicho término se cuenta desde momentos distintos, dependiendo de los siguientes escenarios:***

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E) sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00(S).

3. Si la elección se declara en audiencia pública el término se cuenta a partir del día siguiente al de su declaratoria;
- 3.1. En los casos en que la elección o nombramiento requiera de confirmación, el término se cuenta a partir del día siguiente de la expedición de dicho acto; y
- 3.2. **En los demás casos de elección y nombramientos, es decir, por regla general, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación del acto, efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 del C.P.A.C.A., es decir, “(...) en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.”**

Nótese que el legislador, con ocasión de la nueva normativa contenciosa administrativa, logró solucionar la discrepancia de criterios entre la Corte Constitucional y esta Corporación derivada de la sentencia C-646 de 2000.

En efecto, al establecer la Ley 1437 de 2011 que “deberán publicarse... los actos de elección distintos a los de voto popular”² quedó claro que, en relación con los actos de elección que deben publicarse, “los demás casos de elección” a que se refiere el artículo 164 numeral 2 literal a, para efectos de la caducidad el término de treinta días para demandar se contará “a partir del día siguiente al de su publicación”.

Ahora bien, la misma **Ley 1437 del 2011**, en su parte general, aplicable a todas las autoridades y actuaciones administrativas, impone:

ARTÍCULO 3. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, **transparencia, publicidad**, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
(...)

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

Y en el artículo 37 insistió:

ARTÍCULO 37. DEBER DE COMUNICAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS A TERCEROS. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. **De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados.** De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.

Finalmente, en el artículo 65 dispuso:

ARTÍCULO 65. DEBER DE PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el **Diario Oficial** o en las gacetas territoriales, según el caso.

² Parágrafo del artículo 65.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, **la publicación en la página electrónica** o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el *Diario Oficial*, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

PARÁGRAFO. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular (Destaca la Sala).

Para la Sala de Decisión, las normas precitadas deben ser interpretadas a través de los métodos finalista y sistemático, para garantizar en la mayor medida los principios de transparencia y publicidad en la actuación administrativa de las autoridades públicas, entre las que se cuentan las empresas industriales y comerciales del Estado, los cuales se concretan en la publicación de los nombramientos que realizan.

Solo a partir de su publicación se exteriorizan y nace la oportunidad jurídica de demandarlos por cualquier persona. Por tanto, no es suficiente su comunicación al nombrado.

Entonces, si bien el precedente jurisprudencial que se trajo en cita parece indicar que la publicidad del acto de nombramiento solo se contará a partir de la inserción en una gaceta o diario oficial en aquellas entidades que cuentan con ese medio de publicidad, lo cierto es que tratándose de nombramientos, por transparencia y publicidad, su publicidad también puede hacerse a través de otros medios, como **la publicación en la página electrónica**.

Desde esa lógica, en auto de ponente que admitió la demanda se puso de presente que en despliegue oficioso se consultó la publicación del acto de nombramiento del demandado y solo se encontró que en la página oficial de la Alcaldía Municipal, el día 7 de enero del 2020, se publicó comunicado de prensa sobre el nombramiento del señor Jaime Osorio Molano como Gerente del área tecnología de información, el cual no podía tenerse como publicación porque es anterior al acto administrativo de nombramiento.

A lo anterior se suma que la comunicación por consecutivo No. 8310012132020 del 09 de enero de 2020 es un oficio expedido por el jefe del departamento de gestión talento humano y organizacional de la entidad dirigido al señor Jaime Osorio Molano, con la identificación del asunto "*comunicación de nombramiento*", cuyo fin era informarle que tenía el termino de diez días para aceptar o rechazar el nombramiento. El oficio tiene constancia de recibido por el interesado directo el 09/01/2020. Por tanto, no es un acto de publicidad.

Valga decir que la aceptación o rechazo del nombramiento no se asimila al requisito de confirmación que la ley impone a determinados cargos.

Por todo lo dicho, se concluye que el término de caducidad para demandar la legalidad del acto de elección o nombramiento del señor Osorio Molano fenecía al cabo de treinta días contados desde la fecha de su publicación, a través de un diario oficial, gaceta territorial o cualquier mecanismo de divulgación masiva tal como fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica, u otros medios que garantizaran su amplia divulgación.

Entonces, como en este caso no se dio esa publicación, la caducidad no puede contarse desde la comunicación al nombrado, como exige EMCALI y por ende la excepción de caducidad formulada no tiene vocación de prosperar.

3. FIJACION DEL LITIGIO.

La parte actora esgrime que desde el 1º de enero de 1997 la naturaleza jurídica de Emcali es empresa industrial y comercial del Estado, por lo cual todos los empleados que conforman su planta de personal se clasifican como trabajadores oficiales.

En ese contexto, el problema jurídico que plantea la demanda es:

¿Es nula la Resolución No. 1000000152020 de 9 de enero del 2020 por la cual se dispuso el nombramiento del señor Jaime Osorio Molano como gerente del área tecnología de información en Emcali porque se trata de un empleo de trabajador oficial cuya vinculación laboral debe emerger de un contrato de trabajo?

3. DECRETO DE PRUEBAS.

La parte actora aportó pruebas documentales y pidió solicitar a Emcali el acta de posesión del señor Jaime Osorio Molano.

Emcali aportó pruebas y no solicitó la práctica de ningún medio probatorio.

El apoderado del señor Jaime Osorio Molano aportó pruebas documentales y pidió su interrogatorio de parte con el propósito de probar la naturaleza de las funciones que ejerce el gerente de área tecnología de información.

Los documentos aportados se incorporan al proceso y obran en el expediente digital del aplicativo *SharePoint* de Microsoft 365 de la Rama Judicial, entre ellos la “*hoja de vida Jaime Osorio Molano*” con su acta de posesión del cargo de gerente de área. Igualmente se allegó el actual manual de funciones del cargo contenido en la resolución GG000800 del 2016. Su valor probatorio se determinará en la sentencia.

El interrogatorio de parte es inconducente e inútil porque no se puede provocar la propia confesión y el manual de funciones es la prueba documental idónea para constatar las funciones asignadas al cargo de Gerente de Área Tecnología de Información.

En tal sentido, para resolver el litigio no se requiere la práctica de pruebas.

4. SENTENCIA ANTICIPADA.

El Artículo 13 del Decreto Legislativo 806 dispone:

“Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito. [...]”.

En virtud de lo anterior se correrá traslado para alegar de conclusión por escrito por el término de diez (10) días, dentro del cual el Ministerio Público podrá rendir su concepto.

Se reitera a las partes y sus apoderados que para los efectos del artículo 2 del decreto 806, el canal oficial de comunicación e información del despacho **únicamente para esta acción pública** será el correo electrónico institucional del Despacho: achamorb@cendoj.ramajudicial.gov.co.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de caducidad del medio de control propuesta por Emcali EICE.

SEGUNDO: TENER como pruebas los documentos aportados con la demanda y sus contestaciones.

TERCERO: DENEGAR las pruebas solicitadas por la parte actora y el señor Jaime Osorio Molano, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: PRESCINDIR del periodo probatorio.

QUINTO: CORRER traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, por el término de diez (10) días. Dentro del mismo término, el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto.

SEXTO: REITAR a las partes y sus apoderados que para los efectos del artículo 2 del decreto 806, el canal oficial de comunicación e información del despacho únicamente para esta acción pública será el correo electrónico institucional del Despacho: achamorb@cendoj.ramajudicial.gov.co.

SÉPTIMO: ORDENAR a la secretaría del Tribunal que a través del técnico en sistemas publique todas las decisiones que se adopten en este proceso en la página web de la Rama Judicial y del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

La decisión adoptada en la presente providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta de que se entrega a la Secretaría de la Corporación por medios virtuales, atendiendo las circunstancias de salubridad públicas que se presenta en el país a raíz del COVID- 19.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada


ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada


VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado