

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA  
SALA DE ORALIDAD

Auto Interlocutorio \_\_\_\_\_

|                     |   |
|---------------------|---|
| Radicación:         | 76001-23-33-000-2020-00152-00   |
| Medio de control:   | NULIDAD ELECTORAL   |
| Demandantes:        | GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA Y OTRO<br><a href="mailto:pradoabogado23@hotmail.com">pradoabogado23@hotmail.com</a>   |
| Demandados:         | CAROLINA SERNA CAICEDO<br><a href="mailto:andresfelipesalgado01@hotmail.com">andresfelipesalgado01@hotmail.com</a><br>EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI<br><a href="mailto:notificaciones@emcali.com.co">notificaciones@emcali.com.co</a> |
| Ministerio Público: | PROCURADURÍA 166 JUDICIAL II<br><a href="mailto:procjudadm166@procuraduria.gov.co">procjudadm166@procuraduria.gov.co</a>  |

**MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA FEUILLET PALOMARES**

Santiago de Cali, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020)

1. La Sala adopta las decisiones pertinentes para continuar con el trámite del medio de control de nulidad electoral promovido por Gustavo Adolfo Prado Cardona y Félix Noel Chaverra Cuesta.

**ANTECEDENTES**

**1. Demanda**

2. En ejercicio del medio de control de nulidad electoral, los señores Gustavo Adolfo Prado Cardona y Félix Noel Chaverra Cuesta presentaron demanda en la que pidieron la nulidad de la Resolución nro. 1000000172020 del 9 de enero de 2020, mediante la cual el gerente general de Emcali nombró a la señora Carolina Serna Caicedo como gerente del área financiera.

3. Como fundamento de esas pretensiones, la parte demandante afirmó que el acto de nombramiento de la señora Serna Caicedo desconocía el artículo 125 de la Constitución Política; el artículo 4 del Decreto 2127 de 1945; el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968; el artículo 1º del Decreto 1848 de 1969; los artículos 2, 3 4 y 5 del Decreto 1950 de 1973, y el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986.

4. Al explicar el concepto de la violación, sostuvo: i) que, por tratarse de una empresa industrial y comercial del Estado, los servidores de Emcali tienen la condición de trabajadores oficiales, salvo aquellos que ocupen cargos que la junta directiva defina como de dirección o confianza, que serán empleados públicos, y ii) que, a la fecha,

la Junta Directiva de Emcali no ha definido cuáles son los cargos de dirección y confianza de la entidad y, por ende, debe entenderse que no hay empleados públicos y que todos son trabajadores oficiales.

## **2. Contestaciones de demanda**

### **2.1. Carolina Serna Caicedo**

5. El apoderado judicial de la demandada se opuso a las pretensiones. Básicamente, explicó que los estatutos de Emcali están contenidos en la Resolución GG-00820 del 20 de mayo de 2004, expedida por quien entonces fungía como agente especial de Emcali, toda vez que la junta directiva de la entidad no los ha modificado. Manifestó que esos estatutos establecen de manera expresa que las personas que ocupen cargos de gerente de área corresponden a empleados públicos, en tanto que tienen funciones de dirección y de confianza. Agregó que el Consejo de Estado ha explicado que el agente especial de Emcali sí tenía potestad para expedir los estatutos de la entidad y para definir los empleos de dirección y de confianza, pues, al no haber junta directiva durante el periodo de intervención, las funciones que de ordinario correspondían a ese cuerpo colegiado estaban atribuidas al agente especial. Adujo que, de acuerdo con el Manual de Funciones y Competencias Laborales de la entidad, las funciones asignadas a la señora Serna Caicedo dan cuenta de que se trata de un cargo de dirección y de confianza, por lo que la persona que lo ocupa es empleada pública.

6. Propuso las excepciones de caducidad, presunción de legalidad y la genérica. En cuanto a la caducidad, alegó que, de acuerdo con sentencia del 28 de enero de 2010<sup>1</sup>, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en ausencia de publicación del acto administrativo, el término de caducidad empieza a correr a partir de la fecha de posesión del nombrado. Por ende, a su juicio, los 30 días de que trata el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 empezaron a correr el 13 de enero de 2020<sup>2</sup> y fenecieron el 21 de febrero de 2020, por lo que demanda, al ser presentada el 26 de febrero de 2020, resultaba extemporánea.

7. Aportó como pruebas: i) Resolución GG-000820 del 20 de mayo de 2004, expedida por el agente especial de Emcali; ii) Resolución GG-000800 del 9 de noviembre de 2016, expedida por la gerente general de Emcali, y iii) nombramiento y acta de posesión de Carolina Serna Caicedo.

### **2.2. Empresas Municipales de Cali**

8. El apoderado judicial de Emcali pidió que se desestimaran las pretensiones. En síntesis, refirió que el cargo de gerente de área financiera tiene asignadas funciones de dirección y de confianza y, por lo tanto, quien lo ocupa tiene la condición de empleado público, de conformidad con las normas legales que definen el régimen de personal de las empresas industriales y comerciales del Estado. Agregó que, de hecho, la señora Serna Caicedo no pudo negociar las condiciones en que iba a prestar los servicios, como sí lo hacen los trabajadores oficiales. Manifestó que, en todo caso, mediante la Resolución GG-00820 del 20 de mayo de 2004, el entonces agente

---

<sup>1</sup> Expediente 11001-03-28-000-2008-00025-00.

<sup>2</sup> Ello, por cuanto los días 10, 11 y 12 de enero eran de vacancia judicial.

especial de Emcali adoptó los estatutos internos de la entidad e incluyó a los gerentes de área como empleados públicos en razón al desempeño de funciones de dirección y de confianza.

9. Propuso las siguientes excepciones:

- Caducidad. Expuso que, de conformidad con el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, el término de 30 días se cuenta a partir del día siguiente al de la publicación del acto de nombramiento. Indicó que, en el caso concreto, por tratarse de un nombramiento interno de la entidad y ser un acto administrativo de carácter particular, la publicación se entiende surtida a través de la comunicación al designado, lo que se hizo mediante el Oficio 8310012082020 del 9 de enero de 2020. Añadió que, de todos modos, el nombramiento de la señora Carolina Serna Caicedo fue de conocimiento de la comunidad en general, porque se publicó al interior de la entidad mediante la plataforma Intranet y en medios de comunicación: El País, Noticiero 90 minutos y El Tiempo. Con base en esas premisas, señaló que el término de caducidad empezó a correr a partir del 10 de enero de 2020 y, por ende, para la fecha de presentación de la demanda ya habían transcurrido más de 30 días.
- Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones. Adujo que en las pretensiones de la demanda se pidió la nulidad de la Resolución 1000000162020 del 9 de enero de 2020, que no correspondía al nombramiento de la señora Carolina Serna Caicedo, falencia que persistió en los hechos al hacer mención al señor Arturo Fernando Barco Díaz. Además, aseguró que la demanda era inepta porque no se invocó la causal de nulidad del acto administrativo.
- Indebida interpretación del demandante frente a la clasificación de empleado público y trabajador oficial.
- Gerente en el área financiera de Emcali – cargo de empleado público.
- Frente a la clasificación de empleos en Emcali EICE ESP a partir del Acuerdo 014 de 1996.
- Legalidad del cargo público del actual gerente en el área financiera de Emcali.
- Inexistencia de causales de nulidad sobre la Resolución N° 1000000172020 del 09 de enero de 2020.
- Innominada.

10. Aportó las siguientes pruebas: i) Acuerdo Municipal 050 de 1961, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali; ii) Acuerdo Municipal 014 de 1996, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali; iii) Acuerdo Municipal 034 de 1999, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali; iv) resoluciones SSPD 2536 del 3 de abril de 2000, SSPD 141 del 3 de enero de 2003 y SSPD 0562 del 5 de marzo de 2003, expedidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; v) Resolución 000820 del 20 de mayo de 2004, expedida por el Agente Especial de Emcali; vi) sentencia del 15 de diciembre de 2011, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado; vii) Resolución GG-000800 del 9 de noviembre de 2016, expedida por la gerente general de Emcali; viii) antecedentes administrativos del acto de nombramiento; ix) Resolución nro. 1000000162020 del 9 de enero de 2020 (acto de nombramiento) y acta de posesión de la señora Carolina Serna Caicedo; x) publicaciones periodísticas de El País, El Tiempo y del área de

comunicaciones de Emcali, y xi) actas de los Comité de Gerencia del Área Financiera de Emcali.

11. Finalmente, pidió que se denegará la prueba pedida por la parte demandante, tendiente a que se oficiara a Emcali para que aportara copia del acto de posesión de la señora Serna Caicedo, por cuanto el demandante no acreditó haber ejercido el derecho de petición para obtener ese documento.

## CONSIDERACIONES

12. Como es sabido, el Decreto Legislativo 806 de 2020 introdujo algunas modificaciones procedimentales en materia de lo contencioso administrativo, que rigen a partir del 4 de junio de 2020 y cuya vigencia es de dos años (artículo 16).

13. Así, el artículo 12 dispone que la resolución de las excepciones previas y mixtas, cuando no requieran pruebas, deberá hacerse por la Sala respectiva<sup>3</sup> y antes de la audiencia inicial.

14. A su turno, el numeral 1º del artículo 13 prevé la posibilidad de dictar sentencia anticipada sin necesidad de celebrar audiencia inicial, cuando no haya pruebas que practicar, para lo cual deberá prescindirse de esa diligencia y conceder a las partes la oportunidad de alegar de conclusión.

15. En materia electoral, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha dado aplicación al Decreto 806 de 2020. Por ejemplo, en providencia del 30 de julio de 2020<sup>4</sup> procedió de la siguiente manera: i) advirtió que no había excepciones previas o mixtas por resolver, ii) incorporó las pruebas documentales aportadas por las partes, iii) denegó algunas pruebas pedidas por la parte demandante y iv) corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión.

16. De conformidad con lo anterior, la Sala resolverá las excepciones previas y mixtas formuladas por los demandados, definirá sobre el decreto de pruebas y ordenará correr traslado para que las partes aleguen de conclusión (pues, como se verá, no habrá pruebas pendientes por practicar).

### 1. Resolución de excepciones previas y mixtas

#### 1.1. Caducidad

17. De conformidad con el literal a del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral es de 30 días, que, en los casos de actos de nombramiento, se cuentan *«a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código»*.

18. En ese sentido, el artículo 65 del CPACA prevé:

---

<sup>3</sup> Salvo en los procesos de única instancia, en cuyo caso el auto que resuelve las excepciones es de ponente.

<sup>4</sup> Ver, entre otras, providencia del 30 de julio de 2020, expediente 11001-03-28-000-2019-00086-00.

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.

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.

19. Esa disposición normativa permite extraer, para lo que nos interesa, las siguientes reglas:

- Los actos administrativos de nombramiento y los actos de elección distintos a voto popular deben publicarse. Así se desprende del parágrafo del artículo.
- A las entidades descentralizadas de los entes territoriales también les asiste el deber de publicar los actos administrativos, incluidos los de nombramiento. Ello, por cuanto el inciso segundo las incluye expresamente y les establece las diversas formas en que puede llevarse a cabo esa publicación.
- La publicidad de los actos de nombramiento de las entidades descentralizadas de los entes territoriales implica garantizar la amplia divulgación del acto administrativo, ya sea mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la publicación en la página electrónica o por bando o la inserción en otros medios.

20. En el caso bajo estudio, no le asiste razón al apoderado de Emcali al sostener que la publicidad del acto se entiende surtida con la comunicación al nombrado, toda vez que la norma expresamente impone el deber de publicar ese tipo de actos, independiente de que puedan ser considerados actos de carácter particular.

21. Tampoco es admisible la tesis esgrimida por el apoderado de la señora Serna Caicedo en cuanto a que, en ausencia de publicación del acto administrativo, el término de caducidad deba empezar a contarse a partir de la fecha de posesión del nombrado. Y no lo es por dos razones: i) el literal a del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 no prevé esa regla y, por el contrario, de manera clara y precisa ata el inicio del término de caducidad a la publicación del acto, y ii) el pronunciamiento que invoca se hizo en un caso cuyas normas aplicables eran las del

Decreto 01 de 1984, que, en materia electoral, establecía una regla de caducidad completamente distinta a la prevista en la Ley 1437 de 2011<sup>5</sup>.

22. A juicio del Despacho, resultaría desacertado interpretar las normas que regulan la caducidad en un sentido que restrinjan el derecho de acceso a la administración de justicia.

23. Ahora, con las contestaciones de la demanda no se aportó documento que acredite la publicación de la Resolución nro. 1000000172020 del 9 de enero de 2020, que es al acto de nombramiento demandado. Si bien la parte demanda aportó unas notas de prensa y relacionó unos links con las que pretendía mostrar que la comunidad pudo tener conocimiento del nombramiento, lo cierto es que no resultaban suficientes para concluir que operó la caducidad del medio de control.

24. En ese sentido, se aportaron los siguientes documentos con sus respectivos links:

- Publicación denominada «*LO DESTACADO DE LA SEMANA*» que corresponde, al parecer, a un medio de información interno por Emcali (Intranet). No tiene fecha de publicación y lo único que lo acompaña es un correo electrónico de fecha 24 de enero de 2020, fecha que, en caso de tomarse como punto de partida de caducidad, permitía concluir la oportunidad del medio de control<sup>6</sup>.
- Publicación denominada «*Conformado el nuevo equipo directivo de Emcali*», de la página oficial del municipio de Santiago de Cali y con fecha de 7 de enero de 2020. Hay que destacar que la Resolución 1000000172020 (nombramiento) fue expedida el 9 de enero de 2020, de donde se colige que no puede tomarse como publicación del acto administrativo, pues este aún no había sido expedido.
- Publicación denominada «*Ospina designa a su Secretario de Gobierno como Gerente de Emcali*», del periódico El País de fecha 7 de enero de 2020. Procede la misma observación del punto anterior, no puede tenerse como publicación de un acto que aún no había sido expedido.
- Publicación denominada «*Este será el nuevo equipo de gerentes y directivos que tendrá Emcali*», del Noticiero 90 Minutos de fecha 8 de enero de 2020. Procede la misma observación de los puntos anteriores. No puede tenerse como publicación de un acto que aún no había sido expedido.
- Publicación denominada «*Emcali debe producir recursos para inversión en temas sociales*» del periódico El Tiempo de fecha 8 de enero de 2020. Procede la misma observación de los puntos anteriores. No puede tenerse como publicación de un acto que aún no había sido expedido.

25. De acuerdo con las razones expuestas, la Sala desestimaré la excepción de caducidad, porque no se acreditó el cumplimiento del deber de publicación del acto de nombramiento y ello tuvo como consecuencia, para estos efectos, que no empezara a correr el término de caducidad.

---

<sup>5</sup> En efecto, el numeral 12 del artículo 136 del Decreto 01 de 1984 disponía que «*la acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata*».

<sup>6</sup> Los 30 días habrían transcurrido entre el 27 de enero (25 y 26 de enero son días no hábiles) y el 6 de marzo de 2020.

## 1.2. Ineptitud de la demanda

26. El apoderado de Emcali alegó la falta de claridad de la demanda, porque en las pretensiones se hizo alusión a la Resolución 1000000162020 de 2020 (que no era el acto de nombramiento de la señora Carolina Serna Caicedo) y en los hechos se mencionó que el nombrado era el señor Arturo Fernando Barco Díaz.

27. La Sala precisa que, en efecto, esos errores sí se presentaron en el texto de la demanda. Sin embargo, ello se trató de un *lapsus calami* y no puede asumirse que ello produjo la falta de claridad de la demanda, en tanto que los demás apartes de la demanda y los anexos permiten inferir inequívocamente que se estaba demandando el nombramiento de la señora Carolina Serna Caicedo. En efecto, en los demás apartes de la demanda se mencionó a la señora Serna Caicedo y se hizo énfasis en el cargo en que ella fue nombrada (gerente del área financiera), aunado al hecho de que se adjuntó como acto demandado la Resolución 1000000172020 de 2020 (que efectivamente correspondía a Carolina Serna Caicedo).

28. Es más, tal era la claridad en cuanto a la persona demandada, que ni siquiera la señora Carolina Serna Caicedo alegó esa supuesta confusión. En esas condiciones, se desestimaré ese argumento de Emcali.

29. Por otra parte, se adujo que la demanda no invocó la causal de nulidad del acto administrativo. La Sala tampoco comparte ese cuestionamiento, porque, de la lectura integral de la demanda, se advierte que la causal de nulidad invocada es la de expedición con infracción de las normas en las que deberían fundarse (prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y aplicable para el medio de control de nulidad electoral<sup>7</sup>).

30. Fíjese que la demanda cita puntualmente normas violadas de orden constitucional, legal y reglamentario y luego explica por qué el acto de nombramiento demandado desconoció esas normas de superior jerarquía.

## 2. Decreto e incorporación de pruebas

### 2.1. Parte demandante

31. Téngase como pruebas los documentos aportados con la demanda, visibles de folios 22-122 del expediente físico (folios 24-205 del archivo PDF que contiene la primera parte del expediente principal). Si bien la parte demandante pidió que se oficiara a Emcali para que aportara el acta de posesión de la señora Carolina Serna Caicedo, lo cierto es que ese documento fue aportado con la contestación de Emcali, por lo que se denegará esa prueba.

### 2.2. Carolina Serna Caicedo

32. Téngase como pruebas los documentos relacionados en la contestación de la demanda de Carolina Serna Caicedo y efectivamente aportados, a saber: i)

---

<sup>7</sup> ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

Resolución 000820 del 20 de mayo de 2004, expedida por Emcali; ii) Resolución GG 000800 del 9 de noviembre de 2016, expedida por Emcali, y iii) nombramiento y acta de posesión de la señora Carolina Serna Caicedo.

33. Adicionalmente, se decretarán como pruebas las resoluciones GG-001396 del 6 de septiembre de 2010 y GG 000951 del 16 de mayo de 2011, ambas expedidas por Emcali, que, aunque no fueron relacionadas en la contestación de la demanda, sí fueron aportadas en el correo electrónico que contenía la contestación.

### **2.3. Emcali**

34. Téngase como pruebas los documentos relacionados en la contestación de la demanda de Emcali y efectivamente aportados, a saber: i) Acuerdo 050 de 1991, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali; ii) Acuerdo 014 de 1996, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali; iii) Acuerdo 034 de 1999, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali; iv) Resolución SSPD 2536 del 3 de abril de 2000, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; v) Resolución SSPD 141 del 3 de enero de 2003, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; vi) Resolución SSPD 0562 del 5 de marzo de 2003, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; vii) Resolución 000820 del 20 de mayo de 2004, expedida por Emcali; viii) sentencia del 15 de diciembre de 2011, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado; ix) Resolución GG 000800 del 9 de noviembre de 2016, expedida por Emcali; x) antecedentes administrativos de la Resolución 1000000172020 del 9 de enero de 2020 (acto de nombramiento demandado); xi) acto de nombramiento y acta de posesión de la señora Carolina Serna Caicedo; xii) impresiones de medios de comunicación sobre nombramiento de la señora Serna Caicedo, y xiii) actas de los Comité de Gerencia del Área Financiera de Emcali.

### **3. Traslado para alegar de conclusión**

35. En atención a lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 13 del Decreto 806 de 2020 y en vista de que, según lo decidido en esta providencia, no hay pruebas por practicar, la Sala dictará sentencia anticipada sin necesidad de evacuar audiencia inicial.

36. Para el efecto, se ordenará correr traslado común por un término de cinco (5) días, para que los sujetos procesales presenten los alegatos de conclusión (o el concepto en el caso del Ministerio Público), que deberán ser enviados a los siguientes canales:

- [rppmemorialestadmvcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:rppmemorialestadmvcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co)
- [pfeuillp@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:pfeuillp@cendoj.ramajudicial.gov.co)

37. Se advierte a las partes que el término concedido es de cinco (5) días, teniendo en cuenta que en los asuntos electorales los términos son más cortos que los concedidos para las actuaciones en los procesos ordinarios.



38. Para garantizar en debida forma el ejercicio del derecho de contradicción, el traslado de los alegatos de conclusión deberá incluir un link que permita visualizar el expediente en el aplicativo Sharepoint.

En mérito de lo expuesto, se

### RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR LAS EXCEPCIONES DE CADUCIDAD Y DE INEPTITUD DE LA DEMANDA** formuladas por la parte demandada, de conformidad con la parte considerativa.

**SEGUNDO: INCORPORAR** las pruebas documentales aportadas con la demanda y las contestaciones de la demanda y **NEGAR** las demás solicitudes probatorias, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

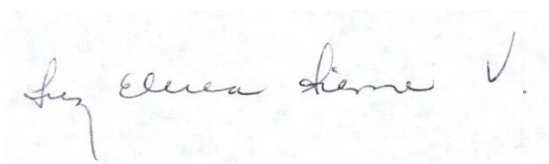
**TERCERO:** En firme las decisiones anteriores, **ORDENAR** a la Secretaría que corra traslado común de cinco (5) días para que los sujetos procesales presenten alegatos de conclusión (o concepto, en el caso del Ministerio Público). Para el efecto, deberá incluir un link que permita visualizar el expediente en el aplicativo Sharepoint.

**CUARTO: NOTIFICAR** la presente providencia a los sujetos procesales, de conformidad con la Ley 1437 de 2011.

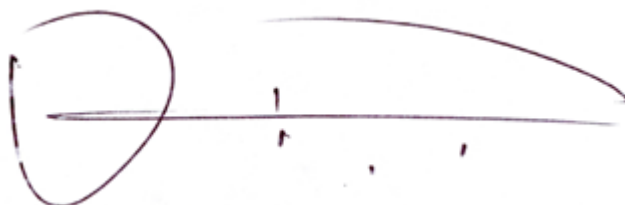
### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PATRICIA FEUILLET PALOMARES



LUZ ELENA SIERRA VALENCIA



OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT