

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008)

Proceso No. 11001032800020050002401

Acumulado No. 15001233100020040287001

Radicado Interno No. 3889

Acumulado No. 3898

Demandantes: Germán Guevara Ochoa y Germán Escobar Rodríguez

Demandado: Luis Gonzalo Olarte Cely

Electoral- Única Instancia.

Procede la Sala a proferir sentencia dentro de este proceso acumulado que adelantan Germán Guevara Ochoa y Germán Escobar Rodríguez, en ejercicio de la acción de nulidad de carácter electoral contra la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC - y Luís Gonzalo Olarte Cely.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Las pretensiones

Pretenden los accionantes, a través de la acción electoral, lo siguiente:

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0793 del 13 de febrero de 2004, expedida por el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia –UPTC-, por medio de la cual se nombró al señor Luis Gonzalo Olarte Cely como docente de tiempo completo en la modalidad de primer nombramiento para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha

Universidad, por haber ganado ilegalmente el concurso de profesores según convocatoria pública No. 002 de 2003 para proveer cargos docentes, dado que fue expedida en forma irregular, mediante falsa motivación y con desviación de sus atribuciones.

- Que, como consecuencia, se declare desierto el concurso convocado para el área de Derecho Público con destino a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC, mediante Resolución 3379 de 2003 , modificada por la No. 3388 del mismo año.

1.2. Los Hechos

Las anteriores pretensiones las sustentan los accionantes en los hechos que a continuación se resumen:

1- Mediante Resolución No. 3379 de 2003 la U. P. T. C., realizó una convocatoria pública para proveer cargos docentes de planta, correspondiéndole a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales dos (2) abogados de tiempo completo, con especialización en Derecho Administrativo, preferiblemente con maestría o doctorado en cualquier área del derecho, con experiencia docente universitaria y/o profesional de un (1) año en el área del concurso y preferiblemente con manejo de una segunda lengua; resultando que el Dr. Luis Gonzalo Olarte Cely, quien participó en la convocatoria, en el área convocada, no anexó copia de los trabajos de investigación que dijo haber elaborado y tampoco maneja una segunda lengua.

2- No hay Acto Administrativo por medio del cual se haya designado el jurado evaluador de la prueba académica, ni se haya hecho el nombramiento de Margarita Santafé, Julieta Alarcón y Agustín Reyes como asesores para la Oposición, en psicología, idiomas e informática; además participaron en la evaluación cinco (5) jurados, cuando la norma ordenaba cuatro (4), y varios de ellos, como Luis Carlos Peña (economista) y María Stella García (civilista), no eran especialistas en el área del concurso, desconociendo con todo ello lo previsto en el artículo 13 de la Resolución 55 de 2002 y en su párrafo.

3- No existe acta que certifique la reunión de los jurados evaluadores antes de la prueba académica para unificar los criterios con los que debían evaluar dicha prueba y para conocer y evaluar el proyecto de investigación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 de la Resolución 55 de 2002; ni constancia de la actuación como asesor del representante del Consejo de Facultad ante el Comité de Personal Docente y de Asignación de Puntaje, respecto de la selección y estudio de las hojas de vida de los aspirantes a profesores en el área de Derecho Público, según convocatoria 02 de 2003.

4- No obstante que para la valoración y asignación de puntajes a las hojas de vida se requería ser Abogado Administrativista y que toda valoración debe ser justificada, quienes lo hicieron no lo eran, esto es, Luis Carlos Peña Farieta y Martha Yolanda Cortés, quienes, en su orden, eran economista y conciliadora; y no obran en los documentos concursales criterios de motivación, ni razón explicativa de las calificaciones emitidas por los cinco jurados en la prueba académica y actitud (sic) docente.

5- En relación con el aspecto Productividad, y en particular respecto de los dos trabajos de investigación reseñados por el concursante Luis Gonzalo Olarte Cely en la hoja de vida, se tiene que éstos, no son trabajos de investigación sino tesis de grado para optar el título en los postgrados en Derecho Penal y en Instituciones Jurídico-Familiares, áreas o temas totalmente distantes del Derecho Administrativo, sin tratarse de tesis laureadas o meritorias; lo que significa que pierde los 8 puntos asignados, quedando en definitiva con 65.2 puntos, muy por debajo de los exigidos por la Resolución 55 de 2002, o sea de los 70 puntos en ella previstos; máxime cuando se demuestra que no fueron presentados en eventos internacionales o nacionales organizados por instituciones académicas, científicas, o gremios profesionales, violándose con ello el Acuerdo 21 de 1993 en su artículo 15 numeral 6.

1.3 Las Normas Violadas y el Concepto de Violación.

Las señala el accionante Germán Guevara Ochoa, al corregir la demanda, así:

Primero: Se violó el artículo 13 de la Resolución 55 de 2002 en tanto:

- Participaron cinco (5) jurados cuando la norma ordenaba cuatro (4).

- Varios de los jurados no eran especialistas en el tema del concurso, esto es, Luis Carlos Peña (economista) y María Stella García (civilista).

- No existe acto administrativo que refleje el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo del artículo 13 de la citada Resolución, esto es, del nombramiento de Margarita Santafé, Julieta Alarcón y Agustín Reyes como asesores en psicología, idiomas e informática para la prueba de Oposición.

Segundo: se violó el artículo 14 de la misma Resolución, pues no existe Acta que certifique la reunión de los jurados evaluadores antes de la realización de la prueba académica a fin de unificar criterios para la evaluación de dicha prueba y para conocer y evaluar el proyecto de investigación en el marco de la citada disposición.

Tercero: Se vulneró el artículo 19 ibidem, en tanto no existe constancia de la actuación del asesor del Consejo de Facultad ante el Comité de Personal Docente y de Asignación de Puntaje, respecto de la selección y estudio de las hojas de vida de los aspirantes a profesores de la UPTC, en el área de Derecho Público, según convocatoria 02 de 2003.

Cuarto: Se violó el artículo 10 de la susodicha resolución en su numeral 2, en tanto los trabajos reseñados por el concursante en su hoja de vida, no son trabajos de investigación sino tesis de grado para optar el título de los postgrados de Derecho Penal y de Instituciones Jurídico-Familiares, temas totalmente diversos del Derecho Administrativo, sin que se trate de tesis laureadas o meritorias; por lo que pierde los 8 puntos asignados, quedando en definitiva con sólo 65.2 puntos, muy por debajo de los 70 puntos exigidos en el numeral 6 del artículo 15 del acuerdo 021 de 1993 y en el párrafo del artículo 3 de la Resolución 55 de 2002, del Consejo Académico, resultando, por ende, violadas estas normas.

Quinto: Se violó igualmente la Resolución 55 de 2002, por cuanto no existen en los documentos concursales criterios o razones de motivación de las calificaciones emitidas por los cinco (5) jurados en la prueba académica y porque para la valoración y asignación de porcentajes a la hoja de vida se requería ser jurista, y quienes lo hicieron no tenían esa calidad, pues Luis Carlos Peña Farieta es economista y Martha Yolanda Cortés, conciliadora.

2. Contestación de la Demanda

El afectado Luis Gonzalo Olarte Cely, contesta la demanda en el acumulado No. 3898, a través de apoderado, para oponerse a las pretensiones, con los argumentos que seguidamente se resumen:

1. Que el manejo de la segunda lengua no lo exigió la Resolución de convocatoria, como tampoco anexar copia de los trabajos de investigación. Pero sí se cumplió con la designación del jurado en la forma que lo determina el artículo 13 de la Resolución 55 de 2002 para su conformación; y si se sobrepasó el número fue con el ánimo de asegurar la transparencia del concurso con más profesores en el área del Derecho Público. Además, en lo que respecta al doctor Luis Carlos Peña Farieta si bien es economista, ha ejercido la cátedra de Hacienda Pública, asignatura que corresponde al área del Derecho Público.

2. Que el Parágrafo del artículo 13 de la Resolución 55 de 2002, no exige para su cumplimiento la expedición de un acto administrativo; pero se observó su contenido en el desarrollo del concurso, puesto que actuaron los citados profesionales y así lo reconoce el accionante; tampoco el artículo 14 ibidem, exige actos o constancias de la intervención del asesor del Consejo de Facultad ante el Comité de Personal Docente y de Asignación de Puntaje en el estudio y selección de hojas de vida; ni la Resolución citada obliga a motivar o a dar las razones de las calificaciones emitidas por los jurados, pues ésta es autónoma y libre respecto de cada uno de los componentes de la prueba

académica que aparece en los formatos diseñados para tal fin, tal como lo prevé el artículo 12 ibidem.

3. Que para valorar las hojas de vida no se requiere ser jurista, pues la norma no lo exige, es una apreciación subjetiva del accionante.

4. Que en cuanto al aspecto productividad, la Resolución 55 de 2002, no exigía que los trabajos de investigación fueran exclusivamente en Derecho Administrativo; que el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Dr. Álvaro Echeverri Uruburo certificó que las especializaciones en Derecho Penal y Administrativo no requieren monografía y que respecto a las demás investigaciones, se encuentra acreditado con las constancias expedidas por las respectivas Universidades las que dan cuenta que los trabajos investigativos hacen referencia al tema de los derechos fundamentales, asuntos relacionados íntimamente con el Derecho Público. El Dr. Olarte Cely, agrega, además de la especialización en Derecho Administrativo, posee una especialidad en Derecho Penal y otra más en instituciones Jurídico-Familiares.

Señala finalmente la dificultad que presentaba en la aplicación, el numeral 2 del artículo 10 de la Resolución 55 de 2002, al punto que se eliminó este requisito para posteriores concursos, tal como se señala en el artículo 11 de la Resolución 77 de 2004 que hoy regula este tipo de convocatorias. Pero que en este caso sólo fue tomada en cuenta y valorada la especialización en Derecho Administrativo por corresponder al área del concurso, debiéndose recordar además, que los trabajos desarrollados en materia de especializaciones, son trabajos de investigación, tal como lo prevé la Ley de educación y los reglamentos de las Universidades que ofrecen estos programas.

Excepciones

El demandado Luis Gonzalo Olarte Cely, en el expediente 3898, a través de su apoderado, propuso las siguientes:

A). Improcedencia de la Acción:

Sustenta la excepción en el hecho de que su nombramiento devino como resultado de haber ocupado el segundo puesto en un concurso público de méritos en el cual se surtieron unos pasos previamente determinados, en los que el jurado evaluador otorgó unos puntajes sin que existiera votación alguna en pro o en contra de los participantes; es decir, que ganó el cargo por méritos propios y no por que el nombramiento fuera el resultado de un proceso electoral. Fue un proceso de méritos por concurso y no una elección por votación, de tal manera, que no fue elegido por voto popular ni nombrado por corporación electoral, junta o consejo alguno, no hubo escrutinio, ni fue declarado electo en contienda electoral; y siendo que las pretensiones se dirigen a obtener la nulidad del acto por el cual se concluyó el concurso de méritos en el cual salí favorecido, éste no es objeto de acción electoral.

B). Caducidad de la Acción

Indica el excepcionante que el acto demandado es un acto particular y concreto que crea un derecho personalísimo a su favor derivado del concurso público de méritos y desde su estructuración y consolidación ha transcurrido más de un año; por lo que se han superado los veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquel en el que se notificó legalmente el acto, habida cuenta que el 12 de febrero de 2004 se le comunicó que ocupó el segundo lugar en el concurso y que requiere su disponibilidad de vinculación, la que se otorgó el 13 ibidem, tomando posesión el 23 de los mismos mes y año. Por lo anterior, dice, ha operado la caducidad en los términos del numeral 12 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

C.) Ausencia de Causa

La sustenta en el hecho de que el concurso regulado en la Resolución 55 de 2002 cumplió sus etapas en forma transparente y no se omitió requisito alguno que lo afecte, principalmente el nombramiento de Luis Gonzalo Olarte Cely, tal como se demuestra con las pruebas y evaluaciones respectivas.

D.) Firmeza del Acto Administrativo Accionado

Alega la excepción al amparo del contenido del artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y su párrafo, conforme al cual sólo los actos de carácter general deben publicarse para efectos de vigencia y oponibilidad, pues dentro del listado que éste contiene no se hallan los actos de carácter particular y concreto; y con sustento en la sentencia C- 646 de 2000 en la que la Corte Constitucional encontró ajustado a la Carta Política, el prenombrado artículo 119 de la Ley 489 de 1998, lo mismo que en la sentencia C-957 que declaró exequibles, entre otros, dicho artículo 119 ibidem.

De esta manera, indica, siendo el acto de nombramiento de mi persona, de naturaleza particular y concreta, no requería de publicación y, por consiguiente, adquirió plena firmeza con la notificación del mismo.

3. Alegatos de Conclusión

Los accionantes, en un mismo escrito, dentro del término de traslado, presentaron alegato de conclusión para ratificar, palabras más palabras menos, los mismos argumentos esgrimidos en las demandas, y para oponerse a las excepciones propuestas por el demandando, a través de su apoderado, en los siguientes términos:

1) “Procedencia de la Acción. Es claro que el Consejo de Estado, Sección Quinta en numerosas sentencias ha ordenado la nulidad de actos administrativos de nombramiento por vía de la acción de nulidad electoral. La acción no ha caducado pues el acto al ser de carácter electoral debió ser publicado en el Diario Oficial como lo dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-646 de 2000”.

2). “No hay Ausencia de Causa, por el contrario, se colige de bulto el fraude efectuado para colocarle a Olarte Cely más puntos de los debidos en su concurso, pues en sana lógica no llegaba a los 70 puntos, “hundiéndose” “.

3). “Firmeza del Acto Administrativo Accionado. Es evidente que la tiene hasta tanto no se pronuncie en contra la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Es verdad de Perogrullo que para nada afecta la acción”.

Respecto de la acción de nulidad electoral, agregan, que los cargos no han sido desvirtuados por cuanto:

- Olarte Cely no demostró tener maestría o doctorado, así como tampoco el manejo de la segunda lengua.

- No se desvirtuó el requerimiento de un acto administrativo que designara el jurado evaluador de la prueba académica.

- La defensa acepta que participaron cinco (5) jurados, cuando la norma ordenaba cuatro (4).

- No se desmiente la inidoneidad del economista Luis Carlos Peña, ni que la Dra. María Stella García fuera abogada civilista, ámbito muy lejano al área del concurso. Tampoco se desmiente la inexistencia de acto administrativo por medio del cual se nombró a Margarita Santafé, Julieta Alarcón y Agustín Reyes ni la inexistencia de acta que demuestre la reunión de los jurados evaluadores antes de la prueba académica con los fines indicados en la resolución 55 de 2002.

- No se desmiente la inexistencia de constancia acerca de la actuación del asesor del Consejo de Facultad en el Comité de Personal Docente y de Asignación de Puntaje, en la selección y estudio de las hojas de vida de los aspirantes a profesores de Derecho Público, ni la inidoneidad de los evaluadores de dichas hojas de vida, que requerían conocimiento en las áreas del derecho.

- No se desvirtúa la falta de motivación del acto de evaluación, pues es evidente que todo acto administrativo, así sea de trámite, debe ser motivado.
- Las presunciones de Olarte Cely sobre la productividad en razón de los trabajos de investigación por él presentados, quedaron desvirtuadas.

4. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicita que se declare la nulidad del acto acusado, o sea, de la Resolución No. 793 del 13 de febrero de 2004, por la cual el Rector de la UPTC, nombró al Dr. Luis Gonzalo Olarte Cely, como profesor de la planta académica, con fundamento en los argumentos que seguidamente se resumen:

1. De la excepciones formuladas

a. Improcedencia de la Acción.

La excepción no está llamada a prosperar porque la nulidad del acto de designación se somete al procedimiento especial del proceso electoral, toda vez que por esta vía se juzgan no sólo los actos de elección propiamente tales, sino los actos por medio de los cuales se efectúan nombramientos, tal como se desprende de lo preceptuado en el artículo 136 numeral 12 del C.C.A. modificado por el 44 de la Ley 446 de 1998.

b. Caducidad de la Acción.

Tampoco está llamada a prosperar esta excepción, por cuanto, no obstante que la pretensión anulatoria recae sobre un acto de nombramiento de carácter particular y concreto, no por ello el término de caducidad de la acción corre desde el momento mismo de su expedición, como si no requiriera de su respectiva publicación, formalidad que permite a los ciudadanos conocer el contenido del acto y ejercer el control de legalidad; por el contrario, el acto de nombramiento de contenido particular y concreto ha de ser publicado, y sólo a

partir del agotamiento de este procedimiento, es que se inicia el cómputo del término de caducidad, tal como lo señala el Consejo de Estado en sentencia de esta Sección, del 24 de octubre del 2002, dentro del radicado interno No. 2833, con ponencia del consejero Dr. Roberto Medina López.

Así las cosas, la prosperidad de la excepción le impone al excepcionante la carga de la demostración de la fecha de publicación del acto, y como en este asunto esto no ha ocurrido, ni existe en el plenario prueba que corrobore la existencia de publicación del acto acusado, la caducidad no se ha operado.

c. Ausencia de Causa

Este hecho no es constitutivo de una excepción propiamente dicha, pues no es un hecho nuevo capaz de enervar la pretensión incoada, siendo un asunto de decisión en la sentencia.

d. Firmeza del Acto Accionado

Tampoco este argumento constituye una excepción. Su presentación es un tanto confusa, pues su explicación no permite concluir cuál la razón para que el hecho de que se trate de un acto en firme, no pueda ser accionado por vía de la acción de nulidad electoral, mecanismo señalado por el legislador para ejercer el control de legalidad en sede judicial de los actos administrativos que precisamente deben encontrarse en firme, para que sean objeto de demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Del Fondo del Asunto

De conformidad con el escrito de demanda, que no es claro, según el Procurador, toda vez que no precisa en acápite especial lo relacionado con las normas violadas y el concepto de violación, los cargos fundantes de la petición de nulidad, son entre otros, la violación del artículo 13 de la Resolución número 55 de 2002 por inexistencia del acto administrativo que designa el jurado evaluador.

Este cargo, en los términos que lo formuló el demandante, no está llamado a prosperar, pues la norma no exige el requisito a que alude la demanda, o sea, la existencia de un acto administrativo que designe a los jurados.

La disposición indicó los miembros que deben integrar el jurado sin imponer como condición que la designación de jurados distintos a los que precisa la norma deba contenerse en acto administrativo.

“No obstante lo anterior, lo que sí constituye una exigencia reglamentaria y por lo mismo obligatoria en el proceso de selección de docentes por el sistema de méritos, es que el jurado estuviere integrado por las personas a que se refiere el artículo 13 y que además fueran designadas por las autoridades académicas a que alude el reglamento”.

En el asunto en examen, el miembro del jurado del numeral 1 del artículo 13 de la Resolución 55 de 2002, no fue designado en la forma indicada, esto es, por el Vicerrector Académico y conforme lo indica el Estatuto; y el jurado del numeral 4 ibidem, o sea, el profesor en el área del concurso no fue designado por el Consejo de la Facultad, lo que implica que la pretensión de nulidad está llamada a prosperar, toda vez que el acto administrativo se expidió sin sujeción a las normas que regulan su expedición, particularmente por la indebida conformación del jurado evaluador de la prueba académica.

II. CONSIDERACIONES

1. De la Competencia.

La Sala es competente para conocer del presente proceso en única instancia, conforme a lo establecido en los artículos 128 y 231 del Código Contencioso Administrativo.

2. Cuestión Previa

Antes de abordar el estudio del presente proceso acumulado conviene hacer claridad en el sentido de que no se efectúa un análisis por separado de los dos

que lo conforman, en sus distintos aspectos, en tanto la demanda interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Boyacá por el señor Germán Escobar Rodríguez el 4 de noviembre de 2004 que corresponde al expediente No.3898, como la presentada ante la Sección Quinta del Consejo de Estado por el ciudadano Germán Guevara Ochoa el 10 de octubre del 2005 que da origen al expediente No. 3889, al cual se acumula el anterior, se fundamentan exactamente en los mismos hechos y en los mismos supuestos de derecho, concuerdan en el elemento de prueba con ellas presentado por los accionantes, y tanto las normas violadas como las razones de la violación son idénticas; lo que apunta a que una y otra participen de los mismos argumentos y sustentación del fallo respectivo, haciéndolo más comprensivo en su contenido y más claro en su apreciación.

Por tanto la Sala analizará en conjunto el contenido de las dos demandas objeto de la acumulación para proferir la decisión que en derecho corresponda.

3. Del Acto Electoral demandado

Los accionantes, pretenden a través de este proceso, que se declare la nulidad de la Resolución 0793 del 13 de febrero de 2004, expedida por el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, mediante la cual se nombró como docente de tiempo completo en la modalidad de primer nombramiento, para la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha Universidad, al especialista Luis Gonzalo Olarte Cely y, como consecuencia, se declare desierto el concurso para el área de Derecho Público convocado, entre otras, para la Facultad de Derecho de la UPTC, mediante Resoluciones 3379 y 3388 de 2003.

Así mismo, solicitan que se declare la nulidad del acto previo elaborado por Luis Carlos Peña y Martha Yolanda Cortés, de ponderación de hojas de vida que le colocó 8 puntos por productividad académica al señor Gonzalo Olarte Cely por trabajos investigativos, cuando no los acreditó, pues los presentados correspondían a tesis de grado de dos especializaciones que nada tenían que ver con el área del concurso.

Y además, la nulidad de todos los actos administrativos derivados de esos actos ilegales e irreglamentarios (posesión etc.) y exigir el reintegro de las sumas pagadas por la UPTC ilegalmente a Olarte Cely.

Como quiera que la parte demandada ha propuesto excepciones, en primer lugar, la Sala se ocupará del estudio de las mismas.

4. De las Excepciones

4.1. De la Improcedencia de la Acción

Sostiene el demandado que las pretensiones se dirigen a obtener la nulidad del acto por medio del cual se concluyó el concurso de méritos, el cual no es objeto de la acción electoral, en tanto no se trata de una elección por votación sino de un nombramiento originado en un proceso de selección por concurso de méritos en el cual él fue favorecido; de modo que no fue elegido ni nombrado por corporación electoral, ni por junta o consejo directivo alguno; no hubo escrutinios, ni fue declarada su elección, sino que su nombramiento fue por méritos.

Sobre este aspecto, esta misma Sala en reciente oportunidad, al resolver un caso semejante, dijo:

“Al respecto precisa la Sala que de acuerdo con el contenido normativo de los artículos 128, 132.8, 136.12 y 227 del C.C.A., a través de la acción pública de nulidad electoral puede controvertirse la validez no sólo de los actos administrativos por los cuales se declara una elección sino también aquellos mediante los cuales se efectúa un nombramiento.

Lo anterior, en el entendido de que “son actos de elección aquellos mediante los cuales se designa por votos a alguien para algún cargo; y las elecciones se hacen por voto ciudadano o por corporaciones públicas – congreso, asambleas, concejos – o juntas, consejos o en general entidades colegiadas”. Y “son actos de nombramiento aquellos mediante los cuales se designa a alguien para un cargo por un nominador simple como el nombramiento de Ministros y Directores de Departamentos

Administrativos, que compete al Presidente de la República, según lo dispuesto en el artículo 189 de la Constitución, entre otros”.^[1]

Como puede observarse, las normas en comento se refieren al nombramiento simplemente como objeto de la acción electoral sin importar el procedimiento o sistema en el que se haya originado; por manera que también cubre al nombramiento precedido de un proceso de concurso de méritos o de cualquier otro proceso de selección, y por lo tanto su validez debe controvertirse a través de la acción electoral.

De esta manera, resulta que el proceso de selección o el sistema empleado para la obtención del nombramiento de docente universitario no tiene la virtualidad de cambiarle la naturaleza a la figura del nombramiento o designación del docente, en cuanto solamente representa un requisito previo de exigencia legal para llegar a obtener el aspirante su designación. Se trata entonces, de un requisito, *sine qua non*, para el nombramiento en el cargo de profesor universitario por parte de un nominador simple como lo es el Rector de la Universidad y no de la elección por un nominador colegiado o múltiple. Lo anterior significa que la escogencia de la acción electoral para controvertir la validez del acto de nombramiento del señor Leonel Antonio Vega Pérez como docente la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC, fue el adecuado y, en consecuencia, la excepción propuesta no esta llamada a prosperar”.^[2]

Por lo anterior, la Sala precisa que en el sub-lite la excepción propuesta por el demandado, no está llamada a prosperar, pues el procedimiento adoptado para el nombramiento del Dr. Olarte Cely, fue el adecuado y la controversia sobre su legalidad debía hacerse a través de la acción de nulidad de carácter electoral.

4.2. De la Caducidad de la Acción

El demandado alegó que en el *sub lite*, había operado el fenómeno de la caducidad de la acción de nulidad electoral, por cuanto el acto demandado era un acto carácter particular y concreto, creador de un derecho personalísimo derivado del concurso público de méritos y desde su estructuración y consolidación (febrero 13 de 2004), había transcurrido más de un año, término que superaba el de los veinte (20) días aludido en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

^[1] C.E. Sección Quinta, sentencia de octubre 24 de 2002, expediente 2819 M.P. Dr. Mario Alario Méndez.

^[2] C.E. Sección Quinta, Sentencia de junio 1 de 2006, expediente 3805, M.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa.

Pues bien, respecto de la caducidad de la acción de nulidad de carácter electoral cuando se demanda un nombramiento, el Código Contencioso Administrativo contiene norma especial, a saber:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones. (Subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998).

[...]

“12. La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del día 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**. Frente a los actos de confirmación, el término de caducidad de la acción se contará a partir del día siguiente a la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento.

(Negrilla fuera del texto).

De manera que el término hábil para impugnar, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, un acto administrativo a través del cual se hace un nombramiento, empieza a correr desde el día siguiente al de su expedición, es decir, desde el día siguiente a la fecha en que se pronuncia^[3], y se extiende por 20.

Así fue establecido desde el Decreto Ley 01 de 1984 cuyo artículo 136, establecía:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones. La de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.

[...]

“La acción electoral caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en el que se verifique el acto por medio del cual se declara la elección **o se expida el nombramiento**.

(Negrilla fuera del texto).

En los expedientes 3889 y 3898 se demandó, en ejercicio de la acción de simple nulidad y de nulidad electoral, respectivamente, la anulación de la Resolución 0793 de 13 de febrero de 2004 por la cual, en virtud de un concurso público y abierto de méritos, se designó como docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de

[3] Real Academia Española; Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición, 1992, página 662. “Expedir. [...] 2. pronunciar un auto o decreto...”.

Colombia (UPTC) al señor Luís Gonzalo Olarte Cely; las demandas fueron admitidas y tramitadas como de nulidad electoral habida cuenta del contenido de la decisión que se impugnaba.

El término de 20 días, hábil para accionar en ejercicio de la acción de nulidad electoral, como se dijo en precedencia, empezó a correr desde el 16 de febrero de 2004 y se extendió hasta el 12 de marzo de ese año, las demandas en los expedientes 3889 y 3898 fueron radicadas ante la Secretaría de la Sección Quinta de esta Corporación el 10 de octubre de 2004^[4] y ante la Oficina Judicial del municipio de Tunja (Boyacá) el 14 de noviembre de 2004^[5], respectivamente, es decir, por fuera del término para el efecto por lo que operó el fenómeno de la caducidad de la acción.

Ahora bien, es cierto que a través del artículo 95 del Decreto 2150 de 1995, se dispuso:

“Artículo 95°.- Publicaciones en el Diario Oficial. A partir de la vigencia del presente Decreto, sólo se publicarán en el Diario Oficial, los siguientes documentos públicos:

“a) Los actos legislativos y los proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

“b) Las leyes y los proyectos de Ley objetados por el Gobierno;

“c) Los Decretos y resoluciones ejecutivas expedidos por el Gobierno Nacional, cuya vigencia se determinará en el mismo acto de su expedición, y los demás actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos del orden Nacional, cualquiera que sean las ramas u organizaciones a las que pertenezcan;

“d) Los actos de disposición, enajenación, uso o concesión de bienes Nacionales;

“e) La parte resolutive de los actos administrativos que afecten de forma directa o inmediata, a terceros que no hayan intervenido en una actuación administrativa, a menos que se disponga su publicación en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones;

“f) Las decisiones de los organismos Internacionales a los cuáles pertenezca la República de Colombia y que conforme a las normas de los correspondientes tratados o convenios constitutivos, deban ser publicados en el Diario Oficial.

“Parágrafo.- Los actos administrativos de carácter particular y concreto surtirán sus efectos a partir de su notificación y no será necesaria su publicación. (Negrillas fuera de texto).

Que luego mediante el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, se estableció:

^[4] Folio 97 vuelto, expediente 3889

^[5] Folio 60 vuelto, expediente 3898

“Artículo 119°.- Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente Ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

“a. Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

“b. Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;

“c. Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

“Parágrafo.- Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.

Y que después, por razón de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 95 del Decreto 2150 de 1995 y 119 de la Ley 489 de 1998, la H. Corte Constitucional profirió la sentencia C-646/00, en la que decidió:

“...”

“RESUELVE:

“DECLARAR EXEQUIBLE la expresión “...y no será necesaria su publicación” del parágrafo del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, en el entendido de que los actos administrativos de carácter subjetivo de las autoridades del orden nacional, y especialmente aquellos a los que se refiere el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, cuya acción de nulidad tiene caducidad, se publicarán debidamente en el Diario Oficial o en otro medio oficial destinado para el efecto; y únicamente por el cargo de inconstitucionalidad por omisión que contra el mismo presentó el demandante, declarar constitucional el artículo 119 de la Ley 489 de 1998.”.

En la mencionada sentencia la H. Corte Constitucional no examinó el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., en la cual está regulada la caducidad de la acción de Nulidad Electoral.

La decisión de la H. Corte Constitucional no tuvo la idoneidad para modificar los términos de caducidad establecidos en el Código Contencioso Administrativo; únicamente estableció la necesidad de que, a partir de la fecha de su notificación y ejecutoria, se adelantara el proceso de publicación de los actos administrativos de carácter subjetivo en cuanto fueran pasibles de demanda en ejercicio de acciones públicas sometidas a término de caducidad.

En otras palabras, la H. Corte Constitucional, por vía de una sentencia modulativa (condicionada – interpretativa), estableció una excepción a la regla según la cual los actos administrativos de carácter particular y concreto, en

cuanto a su publicidad, sólo requieren ser comunicados o notificados, según el caso, en el sentido de establecer que aquellos cuyo control de legalidad se adelanta a través de acciones públicas sometidas a término de caducidad, además, deben ser publicados, pues sólo de esa manera se permite que en ejercicio del derecho de participación y control del poder político, cualquier ciudadano pueda cuestionarlos.

En efecto la H. Corte consideró que “[E]l principio de publicidad, ha dicho la Corte, ‘...se funda en la importancia del control del ejercicio del poder público (C.P. art. 40)’ [...], lo que conduce a posibilitar su práctica desde el momento mismo en que se produce el acto, posibilidad que no encuentra obstáculo en la disposición demandada, la cual, de una parte impone la obligación de publicar los actos de carácter general, esto es, los de contenido abstracto, y los actos de carácter subjetivo, cuya acción de nulidad tenga caducidad, y de otra no impide que el contenido de los actos administrativos de carácter particular y concreto pueda ser impugnado, no sólo por las personas directamente afectadas por su contenido, sino por cualquier ciudadano, el cual dispone de acciones concretas como la de nulidad.”.

Ello es así porque cuando la Corte Constitucional modula los efectos de sus decisiones, por ejemplo, cuando dictando fallos de constitucionalidad condicionada precisando cuál de las posibles interpretaciones que admite un texto legal se aviene a las normas, principios y valores constitucionales, actúa como legislador positivo de manera que dependiendo de la disposición legal que revisa y en consideración a la forma en que fue proferida, es decir, ordinaria, o lo que es lo mismo por parte del Congreso como hacedor de leyes, o extraordinaria, o sea por parte del Presidente de la República en ejercicio de la delegación legislativa aludida en el numeral 10 del artículo 150, asume las veces de ese legislador.

De manera que como en el juicio en el que se profirió la sentencia C-646/00 se adelantó la revisión de constitucionalidad del Decreto 2150 de 1995, que correspondía a un Decreto con fuerza de Ley en cuanto fue proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 83 de la Ley 190 de 1995, el condicionamiento incluido por la H. Corte haría parte de ese Decreto, y a pesar de que éste tuviera la misma fuerza normativa de una Ley de la República no tuvo la

suficiencia para modificar el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que a partir de la referida modulación el término de caducidad de la acción electoral, cuando se impugna un nombramiento efectuado por una autoridad del orden nacional, se computa desde la fecha de la publicación del correspondiente acto porque a través de decretos leyes o de normas proferidas en virtud de la delegación legislativa, no es posible que se expidan, ni que se modifiquen Códigos, tal como se infiere del contenido normativo del inciso 3º del numeral 10 del artículo 150 Superior en cuanto prevé: “Estas facultades [se refiere a la extraordinarias o *pro tempore*] no se podrán conferir para expedir Códigos,…”.

Aceptar una interpretación diferente implicaría la contradicción insalvable de que la H. Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía de la Constitución, en cumplimiento de sus funciones, se halla facultada para violar la propia Carta.

Si en gracia de discusión se considerara que la sentencia modulativa C-646/00, modificó el contenido normativo del numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, al proveer sobre la excepción de caducidad debería tomarse en consideración el hecho de que la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC) es un ente autónomo y en ejercicio de su autonomía tiene la facultad de determinar la forma de publicación de los actos expedidos por sus autoridades en el marco de las competencias que le ha asignado la Constitución, la Ley y el reglamento.

En efecto, la Constitución Política, en su artículo 69, prevé:

“Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

“La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

“El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

“El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.”.

En desarrollo de este precepto constitucional se expidió la Ley 30 de 1992, que en tratándose de la autonomía universitaria, en el artículo 28 dispuso:

“Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos y culturales, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

Y en torno a la administración de las Universidades, en los artículos 57 y 61 estableció:

“Artículo 57.

[...]

“El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley.”

“Artículo 61. Las disposiciones de la presente Ley relativas a las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior, constituyen el estatuto básico u orgánico y las normas que deben aplicarse para su creación, reorganización y funcionamiento. A ellas deberán ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos que debe expedir cada institución.

“Aquellos establecerán cuáles de sus actos son administrativos y señalarán los recursos que proceden contra los mismos.”

De acuerdo con la normatividad transcrita, los entes universitarios autónomos gozan de un régimen especial constitucional que les otorga autonomía para administrar sus asuntos de manera que pueden establecer un órgano a través del cual publicar sus actos y en tal virtud ese medio de divulgación será el que la H. Corte Constitucional califica como “[o]tro medio oficial para el efecto;...” luego sería irrelevante el hecho de que el nombramiento efectuado al demandante no se hubiera publicado en el Diario Oficial.

Al margen de lo anterior, también debe considerarse que la decisión impugnada incumbía a la comunidad universitaria; que fue proferida en virtud de un proceso **público y abierto** de méritos y que se ejecutó desde el momento en que el demandado se posesionó en el cargo docente, por manera

que resulta razonable considerar que quienes tuvieron reparos sobre el particular contaron con todas las posibilidades de ejercitar, en la oportunidad legal, las acciones legales.

Finalmente, la Sala estima necesario precisar que si bien a través de auto de 7 de diciembre de 2005, proferido en el expediente 3898, con ocasión del estudio de la medida de suspensión provisional formulada en la demanda génesis del citado proceso se consideró que por razón de la decisión modulativa contenida en la sentencia C-646/00, el término de caducidad de la acción debía contabilizarse desde la fecha en que se publicó en el Diario Oficial el acto administrativo contentivo del nombramiento demandado, de manera que como en el expediente existía una comunicación suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Imprenta Nacional de Colombia que daba cuenta que en ese Diario no se había publicado la Resolución 0793 de 2004, no se había presentado el fenómeno de la caducidad, tal decisión no implica que no pueda subsanarse un error que surge de la interpretación del pronunciamiento de la Corte Constitucional, pues el carácter de orden público que tiene la caducidad de la acción prevalece sobre las actuaciones que se hayan seguido en el curso del proceso.

En las condiciones analizadas, ante la evidencia que en el *sub exámine* el ejercicio de la acción electoral se verificó cuando ya había vencido el término hábil para el efecto, la excepción de caducidad propuesta está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

III. LA DECISIÓN

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;

FALLA:

PRIMERO: Declárase no probada la excepción de “[i]mprocedencia de la acción” formulada por la parte demandada.

SEGUNDO: Declárase probada la excepción de caducidad de la acción de nulidad electoral, formulada por la parte demandada.

TERCERO: Declárase inhibida la Sala para proveer sobre el fondo de las pretensiones.

CUARTO: En firme este fallo y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN
ARDILA

Salva Voto

VÍCTOR ALVARADO

(Conjuez)

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO
Salva Voto

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario
