

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación de rector encargado de la Universidad Surcolombiana / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Es taxativo / RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Aplicación en vinculaciones por encargo

Respecto de la aplicación del régimen de inhabilidades a servidores públicos que se encuentran desempeñando el cargo en la modalidad de encargo, esta Sala de Decisión ha diferenciado dos situaciones: La primera referida a ejercicio del encargo tratándose de gobernadores y alcaldes, caso en el cual la ley ha regulado expresamente estas situaciones. Sobre el particular la Sección Quinta explicó recientemente que los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, delimitaron cuáles inhabilidades se predicarían en los casos en que se efectúa un encargo o designación para cubrir una vacante temporal o absoluta, y a su vez, qué circunstancias contenidas en los mencionados artículos no constituyen inhabilidad para el encargo. Respecto de aquellos casos en que se controvierte la designación en encargo en cargos diferentes a los de voto popular, esta Sala de Decisión ha considerado que si la inhabilidad para el ejercicio del empleo no se encuentra prevista en la norma de forma taxativa para los servidores públicos encargados, no es dable aplicarle a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles. Así las cosas, se puede concluir que si el régimen de inhabilidades establece excepciones aplicables a los casos cuando se ejerce el empleo en la modalidad de encargo, serán éstas las directrices a tener en cuenta para determinar la configuración o no de la misma. Por el contrario, si el precepto normativo que contiene la limitante no establece de forma taxativa su aplicación para el desempeño del cargo en encargo, entiende la Sala que no se puede invocar la configuración de la inhabilidad aplicable al titular del empleo, por tratarse el encargo de una forma de vinculación de carácter temporal prevista a efectos de superar una dificultad coyuntural de la función pública.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto al régimen de inhabilidades, ver: Corte Constitucional, sentencia de 15 de mayo de 2002, exp. C-373, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En cuanto a la aplicación del régimen de inhabilidades a servidores públicos que se encuentran desempeñando el cargo en la modalidad de encargo, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 7 de febrero de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00627-00, C.P. Rocío Araújo Oñate.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 30 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 37

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación de rector encargado de la Universidad Surcolombiana / ENCARGO – Naturaleza / ENCARGO DE FUNCIONES – Diferencias con el encargo del empleo / NULIDAD ELECTORAL – La norma alegada del Estatuto General de la Universidad constituye una prohibición mas no una inhabilidad

[C]uando se trata de un encargo del cargo, dicho acto se asemeja a un nombramiento, mientras que, si es un encargo de funciones se constituye en una situación administrativa laboral que escapa del conocimiento del juez electoral. (...). Descendiendo al caso en particular se concluye que el acto mediante el cual se encargó al señor Pedro León Reyes Gaspar de la Rectoría de la Universidad Surcolombiana, constituye un acto de nombramiento, pues el cargo que ocupó de manera transitoria se encontraba vacante de forma definitiva por la culminación del período institucional, siendo por ello que se dispuso el encargo del cargo en cabeza del demandado y no simplemente el desempeño de algunas de las

funciones. (...). la norma invocada por el demandante no establece inhabilidad alguna para quien desempeñe el cargo en la modalidad de encargo, sino que fija la prohibición para quien lo va a desempeñar en titularidad, caso en el que no se circunscribe la situación del demandado. (...). Así las cosas y como el artículo 28 del Acuerdo No. 075 de 7 de diciembre de 1994, “Por el cual se expide el nuevo Estatuto General de la Universidad Surcolombiana”, modificado por el Acuerdo No 046 de 18 de noviembre 2013, fija una prohibición para quien va a desempeñar el cargo de rector en propiedad, se concluye que esta norma no establece inhabilidad alguna para quien ejerce el cargo de rector en encargo. Adicionalmente precisa la Sala que la interpretación extensiva que realiza del demandante, al pretender aplicar una inhabilidad predicable a quien ejerce el cargo en propiedad respecto de quien va a asumir este empleo en encargo, vulnera de manera flagrante el principio de taxatividad de las inhabilidades al que se ha hecho referencia precedentemente. En tal virtud, los argumentos expuestos por el demandante sobre el particular no tienen vocación de prosperidad.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a las diferencias existentes entre el encargo de funciones y el encargo del empleo, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia 18 de diciembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00044-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; postura que fue reiterada en: Consejo de Estado. Sección Quinta., auto de 30 de agosto de 2018, radicación 25000-23-41-000-2018-00165-01, C. P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre un caso similar al estudiado en el que se analizó la aplicación de una prohibición a quien desempeñó el cargo de rector universitario en la modalidad de encargo, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 28 de febrero de 2019, radicación 73001-23-33-000-000-2018-00383-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de designación de rector encargado de la Universidad Surcolombiana / PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 126 SUPERIOR – Alcance / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA – No es absoluta frente al régimen de inhabilidades aplicable a rectores / NULIDAD ELECTORAL – Se declara la nulidad del acto demandado al configurarse la prohibición de yo te elijo tú me eliges

Alega el demandante en su libelo introductorio que el Consejo Superior Universitario realizó la postulación, designación y nombramiento del demandado con vulneración de lo previsto en el inciso segundo del artículo 126 Constitucional. (...). [E]s necesario realizar algunas consideraciones en torno al inciso 2° del artículo 126 Superior, en aras de ilustrar que el mismo reprocha tanto (i) la actuación de la persona que resulta favorecida obteniendo el nombramiento en un cargo público como resultado del clientelismo, nepotismo y/o intercambio de favores, como (ii) la actuación del servidor público que se presta para tal favorecimiento contrario al ordenamiento jurídico. (...). [L]a designación o postulación de que trata el inciso 2° del artículo 126 de la Constitución Política, también incluye la posibilidad de posicionar a una persona que ya es servidora pública, en el trámite de nombramiento o contratación del que es parte como candidato, so pena de excluir de la prohibición constitucional una situación que abiertamente constituye un intercambio de favores al interior de la administración pública, que precisamente es lo que se quiere evitar con la norma analizada. En ese orden de ideas, puede apreciarse que la norma constitucional reprocha (i) la actuación del servidor público que hace uso de las facultades legalmente concedidas en materia de contratación y nombramientos, a fin de obtener con posterioridad para sí o sus familiares un beneficio posterior; como (ii) la actuación de aquel servidor público que se presta para devolver y/o conceder un trato

favorable a quien intervino para que ostentara una posición que le permitiera participar en las decisiones relativas a la contratación o nombramientos de servidores públicos. (...). Finalmente, del fallo antes señalado (que se encuentra en consonancia con la sentencia de importancia jurídica del 7 de septiembre de 2016), en el que como ocurre en esta oportunidad, se revisó la legalidad del acto de elección del rector de una universidad pública, por el desconocimiento del artículo 126 constitucional, vale la pena traer las consideraciones relativas a la imposibilidad de anteponer a la aplicación de la anterior norma el principio de la autonomía universitaria, pues este en manera alguna tiene el alcance de impedir el carácter vinculante de los demás postulados de la Constitución Política, y por consiguiente, su intención de combatir en todas las ramas y órganos del Estado las mencionadas conductas de clientelismo, nepotismo e intercambio de favores, que desde luego pueden afectar a las instituciones educativas y por ende, ir en detrimento de las mismas. (...). En suma, se evidencia el desconocimiento del numeral 2° del artículo 126 de la Constitución Política, por cuanto el señor Pedro León Reyes Gaspar – ostentando la calidad de rector titular para el periodo 19 de septiembre de 2014 a 18 de septiembre de 2018 participó e intervino en la designación del señor Mauricio Duarte como representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior Universitario. Posteriormente, el señor Duarte Toro siendo servidor público (dada su vinculación con la universidad) como miembro del Consejo Superior Universitario participó e intervino en la designación del señor Reyes Gaspar como rector encargado de la institución educativa para el periodo del 19 de septiembre al 3 de octubre de 2018 y en tal virtud es procedente declarar la nulidad de la elección del demandado.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto al alcance del artículo 126 de la Constitución Política, consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, radicación 11001-03-000-28-2013-00006-00, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. De igual modo, sobre el mismo tema, consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo de 27 de octubre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00038-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre un caso en el que un servidor público nombra en un cargo determinado a una persona o a sus familiares otorgándole la condición de servidor público, para que posteriormente el favor sea devuelto, permitiéndole obtener un contrato estatal o un nombramiento en un cargo público, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2013-00011-00, 11001-03-28-000-2013-00012-00 y 11001-03-28-000-2013-00008-00 (Acumulados), C.P. Rocío Araújo Oñate. Acerca de otro caso en el que se incurrió en la prohibición de yo te elijo, tú me eliges, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, radicación 11001-03-28-000-2013-00006-00 (acumulado 2013-0007), C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00111-00

Actor: DUVÁN ANDRÉS ARBOLEDA OBREGÓN

Demandado: PEDRO LEÓN REYES GASPAR – RECTOR ENCARGADO DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Designación de Rector (E) Universidad Surcolombiana

SENTENCIA DE UNICA INSTANCIA

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de nulidad electoral iniciado por el señor Duván Andrés Arboleda Obregón, contra la Resolución 014 del 2018, mediante el cual se designó al señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado de la Universidad Surcolombiana

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y sus pretensiones

El 2 de septiembre de 2018 el señor Duván Andrés Arboleda Obregón, presentó demanda¹ en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en contra del acto de designación del señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado de la Universidad Surcolombiana.

1.1.1 Pretensión

“... se Anule la Resolución 014 del 2018, debido a la causal contemplada en el numeral 5 del artículo 275 de la ley 1437 del 2011 que reza así “se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad” por lo que el Consejo Superior Universitario de la Universidad Surcolombiana mediante la resolución acusada postuló, designó y nombró al señor Pedro León Reyes Gaspar como rector y representante legal de la Universidad Surcolombiana quien tiene ausencia de los requisitos o calidades para el ejercicio del cargo del rector los cuales fueron desconocidos según lo contemplado o prohibido en el inciso 2 del artículo 126 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013 de la Universidad Surcolombiana.” (sic)

1.1.2. Los hechos

¹ Folios 1 a 6 del cuaderno No. 1

1.1.2.1 Basó el accionante su pretensión anulatoria en el hecho que mediante Resolución 017 de 19 de septiembre de 2014 el señor Pedro León Reyes Gaspar fue elegido como rector de la Universidad Surcolombiana para el período comprendido entre el 19 de septiembre de 2014 al 18 de septiembre de 2018.

1.1.2.2 Que mediante Acuerdo 015 de 19 de abril de 2018 el Consejo Superior Universitario aprobó el cronograma para el proceso de designación de un nuevo Rector de la Universidad Surcolombiana.

1.1.2.3 Dicho cronograma fue modificado en virtud de una orden judicial por el Acuerdo 032 de 5 de julio de 2018, disposición que estableció que la consulta estamentaria se realizaría el 27 de septiembre de 2018 y la designación y posesión del nuevo rector se llevaría a cabo el 4 de octubre de 2018.

1.1.2.4 En razón a que el período estamentario del rector finalizaría el 18 de septiembre de 2018 y la designación del nuevo rector se llevaría a cabo el 4 de octubre de ese mismo año, el Consejo Superior Universitario en sesión de 23 de agosto de 2018 decidió designar al señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado durante el lapso comprendido entre el 19 de septiembre y 3 de octubre de 2018, nombramiento que consta en la Resolución No. 014 de 2018, acto demandado en el presente medio de control de nulidad electoral.

1.1.3 Señalamiento de las normas violadas y concepto de violación

1.1.3.1 La parte demandante aseveró que con el acto enjuiciado se desconocieron los siguientes preceptos, a saber:

- Constitucionales:
Inciso 2 del artículo 126

- Legales:
Artículos 139 y 275.5 de la Ley 1437 de 2011
Artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013

1.1.3.2 Considera el accionante que el acto de nombramiento se encuentra viciado de nulidad por configurarse la causal prevista en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011, esto es por cuanto se eligió a un candidato que no reunía las calidades y requisitos constitucionales y legales de elegibilidad o se halle incurso en causal de inhabilidad.

1.1.3.3 Lo anterior por cuanto el artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013 dispone que: *“(...) No podrá ser rector quien ejerza empleos del nivel directivo o asesor de la Universidad Surcolombiana, o sea miembro del Consejo Académico durante los tres (3) meses anteriores a la Consulta”*. Por tal razón, el señor Pedro León Reyes Gaspar no podía ser elegido porque:

1.1.3.3.1 En su calidad de rector se desempeñó como miembro del Consejo Académico durante los tres (3) meses anteriores a la consulta estamentaria que hace parte del reciente proceso de elección del rector.

1.1.3.3.2 Ejerció un empleo de nivel directivo al ocupar el cargo de rector de la Universidad Surcolombiana durante los tres (3) meses anteriores a la referida consulta estamentaria.

1.1.3.4 Adicionalmente, consideró que se vulneró el inciso 2 del artículo 126 constitucional, norma que establece la prohibición de nombrar o postular como servidores públicos a quienes hubiesen intervenido en su postulación o designación. Funda su argumento en el hecho que el Consejo Superior Universitario era conocedor de esta prohibición y, a pesar de ello realizó la designación y nombramiento del señor Pedro León Reyes Gaspar a fin de garantizar que continuara ejerciendo de forma ininterrumpida el cargo de rector. Expone que con esta conducta los miembros del Consejo Superior incurrieron en la conducta disciplinable prevista en el artículo 35 de la Ley 734 de 2002, al postular a quien no reunía los requisitos legales para ello.

1.2 Actuaciones Procesales

1.2.1 Admisión de la demanda y decreto de medida cautelar

1.2.1.1 Previo a estudiar la admisión de la demanda, por auto de 6 de septiembre de 2018 se corrió traslado al demandado Pedro León Reyes Gaspar, a los miembros del Consejo Superior Universitario, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio Público y al Ministerio de Educación Nacional de la solicitud de suspensión provisional del acto mediante el cual se encargó al señor Pedro León Reyes Gaspar como Rector de la Universidad Surcolombiana.

1.2.1.2 Por auto del 31 de octubre de 2018² se admitió la demanda y se denegó la medida cautelar al considerar que la finalidad de la misma es lograr que la autoridad judicial disponga la suspensión de los efectos jurídicos del acto demandado de manera temporal, hasta que se decida definitivamente su legalidad. Por lo tanto, en razón a que la Resolución 014 de 2018 por la cual se encargó como rector de la Universidad Surcolombiana al señor Pedro León Reyes Gaspar tuvo una vigencia temporal circunscrita dentro del lapso del 19 de septiembre de 2018 hasta el 3 de octubre de ese mismo año, no era procedente suspender los efectos jurídicos de un acto que con anterioridad perdió su fuerza ejecutoria por fenecimiento de su vigencia.

1.2.3 Contestación de la demanda

1.2.3.1 Demandado

² Folios 94 al 100 del cuaderno No. 1

1.2.3.1.1 En escrito de 14 de febrero de 2019³, la parte demandada solicitó se nieguen las pretensiones al considerar que fue designado como rector encargado de la Universidad Surcolombiana cumpliendo con los requisitos para ocupar el cargo y sin que estuviera inmerso en algún tipo de inhabilidad, por ostentar el cargo de docente al momento de la designación como rector encargado.

1.2.3.1.2 Señaló que como consecuencia del vencimiento del período institucional para el que fue inicialmente nombrado rector por la Resolución No. 017 de 2014, es decir, desde el 19 de septiembre de 2014 al 18 de septiembre de 2018, la comisión de servicios que le fue otorgada como docente de la Universidad Surcolombiana finalizó y en tal virtud reingresó automáticamente al empleo de carrera que ostentaba.

1.2.3.1.3 Explicó que la figura del encargo debe recaer sobre un servidor público vinculado a institución universitaria, como es su caso, la cual es aplicable en caso de vacancia definitiva por vencimiento del período sin que por ello pueda entenderse que exista prórroga o reelección.

1.2.3.1.4 Concluye afirmando que no es dable establecer un alcance extensivo de la inhabilidad dispuesta en la ley y aplicable para quienes aspiran al cargo de rector en propiedad y hacerla oponible para quien es designado como rector a través de la figura del encargo, pues se trata de situaciones jurídicas distintas.

1.2.3.2 Ministerio de Educación Nacional

En escrito de 27 de noviembre de 2018⁴, la cartera ministerial contestó la demanda señalando que en las bases de datos no reposa el acto de nombramiento del señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado y en su lugar obra el acto de elección de la señora Nidia Guzmán Durán, persona frente a la cual la Subdirección de Inspección y Vigilancia de ese ministerio ejerce las funciones previstas en el Decreto 5012 de 2009.

1.3. Audiencia Inicial

1.3.1 En la audiencia inicial celebrada el 3 de abril de 2019 la Magistrada conductora del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalidare lo actuado, razón por la cual procedió a: i) decidir las excepciones ; ii) la fijación del litigio y iii) el decreto de pruebas.

1.3.2 En lo referente al litigio, éste se fijó en determinar:

“¿Si el acto de designación del señor Pedro León Reyes Gaspar, como Rector encargado de la Universidad Surcolombiana, para el período comprendido entre el 19 de septiembre al 3 de octubre de 2018 y que consta

³ Folios 293 a 302 del cuaderno No. 2.

⁴ Folio 182 del cuaderno No. 1.

en el acto electoral contenido en la Resolución No. 014 de 2018, expedida por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana es nulo por contrariar lo normado en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011 y adicionalmente por contrariar el inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política?

Lo anterior, por cuanto el demandado presuntamente se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013, al ostentar en su calidad de rector la condición de miembro del Consejo Académico y ejercer un empleo del nivel directivo al ocupar el cargo de rector de la Universidad Surcolombiana durante los 3 meses anteriores a la consulta estamentaria, la cual se realizó el 27 de septiembre de 2018.

Adicionalmente, se deberá constatar si con la designación en encargo del señor Pedro León Reyes Gaspar realizado por el Consejo Superior Universitario se configuró o no la prohibición, prevista en el inciso 2 del artículo 126 Constitucional. Ello implica definir por parte de la Sala de Decisión, si al rector encargado de la Universidad Surcolombiana le son aplicables el artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013 y la prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política.

1.3.3 En cuanto a las pruebas, se decretaron las documentales allegadas con el escrito de demanda y la contestación y adicionalmente, se negaron las documentales pedidas por las partes, por cuanto esos medios probatorios resultaban inútiles e impertinentes

1.3.4 Por otra parte en uso de la facultad prevista en los artículos 180.10 y 213 de la Ley 1437 de 2011 se decretaron de oficio las siguientes pruebas: copia íntegra del Acuerdo 076 de 1994 – Estatuto General de la Universidad Surcolombiana- y del Acuerdo 037 de 1993 – Estatuto de los profesores de la Universidad Surcolombiana-, con la respectiva constancia de vigencia de los mismos; copia del acta de posesión del señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado de la Universidad Surcolombiana, conforme a la designación hecha en la Resolución 014 de 23 de agosto de 2018; certificación donde conste si el señor Pedro León Reyes Gaspar se ha desempeñado como Rector de la Universidad Surcolombiana y en caso afirmativo indicando en qué períodos y funciones ha realizado y si se trata de una designación en encargo o por el período correspondiente; y se remita informe en el que se relacionen las personas que intervinieron en la elección de Edgar Machado como representantes de los exrectores, Raúl Castro Rayo como Representante del Sector Productivo, Luis Arturo Rojas Charry como Representante de los Docentes, Javier Felipe Méndez Alarcón como Representante de los egresados, Mauricio Duarte Toro como Representante del Consejo Académico y Juan Yamid Sanabria Triana como Representante de los estudiantes, entre otros documentos.

1.3.5 Para finalizar, la Magistrada Sustanciadora decidió prescindir de la audiencia de pruebas dado que las decretadas son de carácter documental, lo anterior de conformidad con los artículos 179 y 283 de la Ley 1437 de 2011. De la misma manera decidió que una vez sean allegadas al proceso en debida forma las pruebas, se corriera traslado por el término de tres días y en caso de que no se presentara objeción, se diera aplicación al último inciso del artículo 181 de la Ley

1437 de 2011, relacionado con la presentación de alegatos de conclusión por escrito, de manera que las partes y el Ministerio Público (frente al concepto correspondiente) dispusieron del término conjunto de 10 días para tal efecto.

1.3.6 La anterior decisión fue notificada en estrados, sin que las partes hicieran manifestación alguna, razón por la que aquella quedó en firme.

1.4. De la solicitud de pruebas del demandante

1.4.1 Durante el término de traslado de las pruebas decretadas en la audiencia inicial el demandante Duván Andrés Arboleda Obregón, mediante escrito de 22 de abril de 2019⁵, solicitó:

1.4.1.1 Ordenar a la Universidad Surcolombiana allegar las pruebas que solicitó en la demanda, esto es el Acta 027 de 2018 del Consejo Superior Universitario y el audio de la sesión del 23 de agosto de 2018.

1.4.1.2 Recomienda “*al despacho tener en cuenta las pruebas aportadas con el escrito de la demanda*” a fin de obtener la verdad procesal dentro del principio de justicia efectiva y material.

1.4.2 Esta petición fue resuelta en auto de 27 de mayo de 2019 en la que se consideró que las oportunidades procesales para aportar y solicitar pruebas dentro del proceso habían precluido y en tal virtud se declaró que la presentación de la solicitud en ese momento procesal fue abiertamente improcedente y extemporánea y en tal virtud se rechazó de plano.

1.5 Alegatos de conclusión

A folio 341 del expediente obra constancia secretarial donde se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes, durante el lapso comprendido entre el 23 de abril al 7 de mayo de 2019, sin que se hubiese hecho manifestación alguna.

1.6 Concepto del Ministerio Público

La Procuradora 7° Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda al considerar que se debe diferenciar la vinculación a un cargo en propiedad y a la designación mediante la figura del encargo, categorización que permite concluir que no es procedente aplicar el régimen de inhabilidades a quienes se desempeñan en encargo en virtud de que esa forma de nombramiento deviene de una situación transitoria. Concluye, afirmando que la inhabilidad prevista en el artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013 que invoca el actor se encuentra dirigida a aquellas personas que se van a desempeñar en la titularidad del cargo de rector, más no así para quien ejerce el empleo en la modalidad de encargo.

⁵ Folio 340 del cuaderno No. 2

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 149 del CPACA⁶ y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia.

2.2. Problema jurídico

2.2.1 El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar ¿si el acto de designación del señor **Pedro León Reyes Gaspar**, como Rector encargado de la Universidad Surcolombiana, para el período comprendido entre el 19 de septiembre al 3 de octubre de 2018 y que consta en el acto electoral contenido en la Resolución No. 014 de 2018, expedida por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana es nulo por contrariar lo normado en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011 y adicionalmente por violar el inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política?.

2.2.2 Lo anterior, por cuanto el demandado presuntamente se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013, al ostentar en su calidad de rector la condición de miembro del Consejo Académico y ejercer un empleo del nivel directivo al ocupar el cargo de rector de la Universidad Surcolombiana durante los 3 meses anteriores a la consulta estamentaria, la cual se realizó el 27 de septiembre de 2018.

2.2.3 Adicionalmente, se deberá constatar si con la designación en encargo del señor Pedro León Reyes Gaspar realizado por el Consejo Superior Universitario se configuró o no la prohibición, prevista en el inciso 2 del artículo 126 Constitucional. Ello implica definir por parte de la Sala de Decisión, si al rector encargado de la Universidad Surcolombiana le son aplicables el artículo 4 del Acuerdo 046 de 2013 y la prohibición prevista en el inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política.

2.3 Régimen de inhabilidades

2.3.1 Taxatividad

⁶ Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia: *“El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos (...) 3° De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”.*

2.3.1.1 La Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2002⁷, ha hecho las siguientes precisiones:

- *“La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la C.P.).*
- *Como no existen derechos absolutos, la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está sometida a límites que procuran la realización del interés general y de los principios de la función administrativa⁸.*
- *En ese marco, un régimen de inhabilidades no es más que la exigencia de especiales cualidades y condiciones en el aspirante a un cargo o función públicos con la finalidad de asegurar la primacía del interés general, para el que aquellos fueron establecidos, sobre el interés particular del aspirante⁹.*
- *Al establecer ese régimen, el legislador se encuentra habilitado para limitar el ejercicio de derechos fundamentales como los de igualdad, acceso al desempeño de cargo o función públicos, al trabajo y a la libertad de escogencia de profesión u oficio¹⁰.*
- *El legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo pero debe hacerlo de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Por lo tanto, sólo aquellas inhabilidades irrazonables y desproporcionadas a los fines constitucionales pretendidos serán inexecutable¹¹.*

⁷ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-509-94 y C-558-94.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-631-96. En el mismo sentido, Sentencia C-564-97.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-925-01.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencias C-194-95, C-329-95, C-373-95, C-151-97 y C-618-97. En este último pronunciamiento se dijo sobre el particular: *“Sin embargo, en la medida en que la propia Constitución atribuye a la ley la posibilidad de regular esta materia, se entiende que el Congreso “tiene la mayor discrecionalidad para prever dichas causales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política”, puesto que corresponde a ese órgano político “evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de incompatibilidad o inhabilidad así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas”. Así las cosas, a pesar de que una inhabilidad limita un derecho fundamental, como es el derecho ciudadano a ser elegido a un determinado cargo, en estos casos no procede efectuar un control estricto de constitucionalidad, por cuanto la propia Carta ha atribuido al Congreso la función de establecer esas causales, con el fin de proteger la moralidad e imparcialidad de la administración. Por ello, en principio sólo pueden ser declaradas inexecutable aquellas inhabilidades para ser alcalde que en forma desproporcionada, innecesaria o irrazonable limiten el derecho de las personas a ser elegidas para ese cargo, por cuanto se estaría violando el derecho de todos los ciudadanos a una igual participación política (CP arts 13 y 40) y la libertad de configuración del Legislador, que como se dijo, en esta materia goza de un amplio margen de discrecionalidad”.*

- *La inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante*¹².
- *Las inhabilidades intemporales tienen legitimidad constitucional pues muchas de ellas aparecen en el Texto Fundamental y el legislador bien puede, en ejercicio de su capacidad de configuración normativa, establecer otras teniendo en cuenta los propósitos buscados y manteniendo una relación de equilibrio entre ellos y la medida dispuesta para conseguirlos*¹³.

2.3.1.2 Adicionalmente, en sentencia C-325 de 2009¹⁴ dispuso: que “...por mandato de los artículos 6°, 123 y 150-23 de la Carta Política, salvo los casos expresamente regulados por el propio ordenamiento Superior, le corresponde a la ley determinar el régimen de inhabilidades de los servidores públicos” y que “la competencia otorgada al legislador para establecer las condiciones de acceso al servicio público, en particular, para fijar el régimen de inhabilidades, encuentra límites claros, tanto en lo dispuesto directamente en el texto constitucional y en el ámbito de regulación que éste haya dejado a la ley en cada caso, como en los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que se deben observar al expedir las medidas”.

2.3.1.3 Así las cosas, de los lineamientos fijados por la Corte Constitucional, es dable concluir que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo y

¹² Corte Constitucional. Sentencias C-111-98 y C-209-00. En el primero de estos pronunciamientos la Corte expuso: “...la Corte ha definido que la preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasmado en el artículo 28 de la Constitución -que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad-, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo. Bajo el mismo criterio, se aviene a la Constitución la exigencia de no haber sido sancionado disciplinariamente, ni suspendido o excluido del ejercicio profesional. Los preceptos de esa índole deben apreciarse desde la perspectiva del requisito que exige el cargo, en guarda de la inobjetabilidad del servidor público (especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad) y como estímulo al mérito, para que la sociedad sepa que quienes conducen los asuntos colectivos, o cumplen una actividad de manejo de intereses generales, no han quebrantado el orden jurídico, lo que permite suponer, al menos en principio, que no lo harán en el futuro”.

¹³ Esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de inhabilidades intemporales en las Sentencias C-037-96; C-111-98, C-209-00 y C-952-01. En este último fallo la Corte señaló, en relación con la naturaleza jurídica de las inhabilidades, que están concebidas no como penas sino como “una garantía a la sociedad de que el comportamiento anterior al ejercicio del cargo fue adecuado y no perturbará el desempeño del mismo, así como que el interés general se verá protegido y podrá haber tranquilidad ciudadana acerca de la idoneidad, moralidad y probidad de quien ejercerá en propiedad el referido cargo”. De esta posición de la Corte se apartaron los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynnet, para quienes las inhabilidades constituyen una sanción, son cobijadas por la proscripción de penas imprescriptibles dispuesta en el artículo 28 de la Carta y, por lo mismo, no pueden ser intemporales, salvo que con esa calidad hayan sido prevista por el constituyente.

¹⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

sólo el legislador se encuentra facultado para establecerlo, por lo cual una disposición de menor jerarquía no tiene la virtualidad de imponer límites que impidan el acceso al ejercicio de un cargo público.

2.3.2 Aplicación del régimen de inhabilidades en vinculaciones por encargo.

2.3.2.1 Respecto de la aplicación del régimen de inhabilidades a servidores públicos que se encuentran desempeñando el cargo en la modalidad de encargo, esta Sala de Decisión ha diferenciado dos situaciones:

2.3.2.2 La primera referida a ejercicio del encargo tratándose de gobernadores y alcaldes, caso en el cual la ley ha regulado expresamente estas situaciones. Sobre el particular la Sección Quinta¹⁵ explicó recientemente que los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, delimitaron cuáles inhabilidades se predicarían en los casos en que se efectúa un encargo o designación para cubrir una vacante temporal o absoluta, y a su vez, qué circunstancias contenidas en los mencionados artículos no constituyen inhabilidad para el encargo.

2.3.2.3 Respecto de aquellos casos en que se controvierte la designación en encargo en cargos diferentes a los de voto popular, esta Sala de Decisión ha considerado que si la inhabilidad para el ejercicio del empleo no se encuentra prevista en la norma de forma taxativa para los servidores públicos encargados,

¹⁵ Sobre el particular el Consejo de Estado explicó: **“3.2.2.1. En efecto, el párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, al regular lo atiente a la provisión de las vacantes de los gobernadores y alcaldes, precisó quiénes *no* podían ser encargados o designados para proveer aquéllas, limitando tal situación a las personas que se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 30 (en el caso de gobernadores) y 1º, 4º y 5º del artículo 37 (en el caso de alcaldes) de la Ley 617 de 2000.**

3.2.2.2. Nótese que el referido párrafo al citar los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, hizo referencia a las normas específicas que consagran las inhabilidades para ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador y alcalde respectivamente, pero frente a todas las situaciones previstas por dichos preceptos, delimitó cuáles se predicarían en los casos en que se efectúa un encargo o designación para cubrir una vacante temporal o absoluta, y a su vez, qué circunstancias contenidas en los mencionados artículos no constituyen inhabilidad para el encargo o designación antes señalado.

3.2.2.3. La anterior distinción se realiza a partir del tenor literal del párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, comoquiera que si el legislador hubiese querido que las mismas causales de inhabilidad que se predicán para los alcaldes y gobernadores elegidos popularmente, fueran aplicables a quienes son encargados o designados en dichos cargos ante vacantes temporales o absolutas, simplemente en la norma antes señalada habría hecho referencia a los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, sin distinguir qué numerales de tales preceptos deben tenerse en cuenta.

3.2.2.4. Así las cosas, en cuanto al encargo o designación de alcaldes ante faltas temporales o absolutas, de las 5 causales de inhabilidad que prevé el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, sólo se aplican las número 1º, 4º y 5º, por lo que se excluyeron las de los numerales 2º y 3º.” (Se resalta). Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 7 de febrero de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate. Rad 11001-03-28-000-2018-00627-00

no es dable aplicarle a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles¹⁶.

2.3.2.4 Así las cosas, se puede concluir que si el régimen de inhabilidades establece excepciones aplicables a los casos cuando se ejerce el empleo en la modalidad de encargo, serán éstas las directrices a tener en cuenta para determinar la configuración o no de la misma. Por el contrario, si el precepto normativo que contiene la limitante no establece de forma taxativa su aplicación para el desempeño del cargo en encargo, entiende la Sala que no se puede invocar la configuración de la inhabilidad aplicable al titular del empleo, por tratarse el encargo de una forma de vinculación de carácter temporal prevista a efectos de superar una dificultad coyuntural de la función pública.

2.3.3 Aplicación del régimen de inhabilidades al caso particular.

2.3.3.1 Respeto de la naturaleza del encargo

2.3.3.1.1 Con anterioridad la Sala Electoral señaló la diferencia entre el encargo de funciones y el encargo del empleo¹⁷, en los siguientes términos:

“El encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación¹⁸. Esta particularidad permite, en principio, parangonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, menester resulta indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

*En otros términos, **el encargo del cargo** implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del **encargo de funciones** éste continúa*

¹⁶ “En cuanto a la segunda transgresión sostenida en la demanda, del art. 272 inciso séptimo de la Constitución, con fundamento en que el demandado no podía ser Contralor Departamental porque desde el 12 de diciembre de 1991 era empleado público como Contralor Auxiliar, basta señalar que la inhabilidad consistente en haber ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal que consagra la norma en mención, constituye una imposibilidad para ser válidamente elegido en el cargo de Contralor Departamental, pero **tal inhabilidad para desempeñar el destino de origen electoral no está prevista por el Constituyente para otras situaciones, como sería el encargo de dicho empleo**, que como ya se dijo, en cuanto a sus modalidades se rige por lo dispuesto en la ley.” (Negritas fuera del texto primigenio) Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 23 de abril de 1993. M.P. Miguel Viana Patiño. Rad 0954. En este mismo sentido ver: Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 6 de septiembre de 1994, M.P Amado Gutiérrez Velásquez Rad 1132. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad: 73001-23-33-000-000-2018-00383-01

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 18 de diciembre de 2017. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad: 11001-03-28-000-2017-00044-00.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de agosto de 2009, M.P: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 2143-2007

ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.”

2.3.3.1.2 Lo anterior, permite concluir que cuando se trata de un encargo del cargo, dicho acto se asemeja a un nombramiento, mientras que, si es un encargo de funciones se constituye en una situación administrativa laboral que escapa del conocimiento del juez electoral.

2.3.3.1.3 Esta postura se reiteró cuando posteriormente se señaló¹⁹:

*“Para la Sección, **la vacancia definitiva del cargo de Director y la toma de posesión por parte del demandado de dicho empleo evidencian, sin lugar a duda, que a través del acto demandado sí se proveyó, aunque de manera temporal, el cargo de Director Regional del SENA, lo que lo erige como un verdadero acto nombramiento.***

*En efecto, a través del acto acusado el señor Pardo Jiménez tuvo acceso al cargo de director, pues este empleo se encontraba vacante, es decir, se entiende que el demandado reemplazó o sustituyó al director anterior, lo que erige a la resolución acusada en un **verdadero acto de nombramiento**, ya que, se insiste, a través del acto acusado se proveyó, solo que bajo la modalidad de encargo, un cargo de libre nombramiento y remoción - que se encontraba vacante²⁰.*

*En otras palabras, contrario a lo asegurado por el a quo, a través del acto acusado no se “encargaron al demandado unas funciones”, sino que **se aprovisionó de manera temporal un cargo que se encontraba vacante de forma definitiva**, lo que significa que se realizó un acto de nombramiento” (Negrillas fuera del texto primigenio)*

2.3.3.1.4 Descendiendo al caso en particular se concluye que el acto mediante el cual se encargó al señor Pedro León Reyes Gaspar de la Rectoría de la Universidad Surcolombiana, constituye un acto de nombramiento, pues el cargo que ocupó de manera transitoria se encontraba **vacante de forma definitiva** por la culminación del período institucional, siendo por ello que se dispuso **el encargo del cargo** en cabeza del demandado y no simplemente el desempeño de algunas de las funciones.

2.3.3.1.5 Así las cosas, la situación del demandado se analizará desde la perspectiva de un nombramiento efectuado para suplir la vacante definitiva que existía en el cargo de rector de la Universidad Surcolombiana y no como la situación jurídica del encargo de funciones como lo argumentó el señor Pedro León Reyes Gaspar en su escrito de contestación de la demanda, pues esta no

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 30 de agosto de 2018. M. P.: Alberto Yepes Barreiro. Rad: 25000-23-41-000-2018-00165-01.

²⁰ Sobre el punto el artículo 2.2.5.5.45x3 del Decreto 1083 de 2015 estipula: *“los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva **podrán ser provistos** a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.”*

fue la circunstancia ocurrida en el presente caso como se explicó precedentemente.

2.3.3.2 La inhabilidad para ejercer el cargo de rector invocada en la demanda.

2.3.3.2.1 El Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, profirió el Acuerdo No. 075 de 7 de diciembre de 1994, *“Por el cual se expide el nuevo Estatuto General de la Universidad Surcolombiana”*, norma que dispone en su artículo 28 las calidades y requisitos para ser Rector de este ente universitario, precepto que exige *“No estar incurso en inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley o en los estatutos de la Universidad Surcolombiana”*.

2.3.3.2.2 Este compendio normativo fue modificado por el Acuerdo No 046 de 18 de noviembre 2013 *“Por el cual se modifican los artículos 18, 22, 26, 27, 28 y 43 del Acuerdo 075 de 1994 -Estatuto General de la Universidad Surcolombiana-”* cuyo artículo 4 previó: *“Modificar el inciso segundo del artículo 27 del Estatuto General de la Universidad Surcolombiana modificado mediante el artículo 1° del Acuerdo No. 015 del 14 de abril de 2004, el cual quedará así: ‘El cargo de rector es incompatible con el ejercicio profesional y el desempeño de otro cargo público o privado, excepto el ejercicio de la docencia. **No podrá ser rector** quien ejerza empleos del nivel directivo o asesor de la Universidad Surcolombiana, o sea miembro del Consejo Académico durante los tres (3) meses anteriores a la Consulta’.” (Se destaca)*

2.3.3.2.3 En este punto se destaca que la norma invocada por el demandante no establece inhabilidad alguna para quien desempeñe el cargo en la modalidad de encargo, sino que fija la prohibición para quien lo va a desempeñar en titularidad, caso en el que no se circunscribe la situación del demandado.

2.3.3.2.4 En un caso similar al objeto de estudio en el que se analizó la aplicación de una prohibición a quien desempeñó el cargo de rector universitario en la modalidad de encargo, esta Sala de Decisión²¹ concluyó:

“...en criterio de la Sala, la prohibición de reelección inmediata en el cargo de rector de la Universidad del Tolima sólo aplica para quienes han ocupado dicho cargo en propiedad.

En este caso, el señor Omar Albeiro Mejía Patiño fue designado como rector encargado de la Universidad del Tolima mediante Acuerdo 018 del 20 de agosto 2016 proferido por el Consejo Superior de dicho ente universitario a partir del 22 de agosto de ese año, en reemplazo del señor José Hernán Muñoz Ñungo quien renunció a dicho cargo y mientras se designaba rector en propiedad. (folio 25 del cuaderno 1 del expediente).

Así las cosas, es claro que esa primera designación se hizo en encargo y por tanto, no reúne las condiciones anteriormente señaladas para encuadrarse dentro de la prohibición bajo estudio.”

²¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2019. M. P Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad: 73001-23-33-000-000-2018-00383-01.

2.3.3.2.5 Así las cosas y como el artículo 28 del Acuerdo No. 075 de 7 de diciembre de 1994, “*Por el cual se expide el nuevo Estatuto General de la Universidad Surcolombiana*”, modificado por el Acuerdo No 046 de 18 de noviembre 2013, fija una prohibición para quien va a desempeñar el cargo de rector en propiedad, se concluye que esta norma no establece inhabilidad alguna para quien ejerce el cargo de rector en encargo.

2.3.3.2.6 Adicionalmente precisa la Sala que la interpretación extensiva que realiza del demandante, al pretender aplicar una inhabilidad predicable al quien ejerce el cargo en propiedad respecto de quien va a asumir este empleo en encargo, vulnera de manera flagrante el principio de taxatividad de la inhabilidades al que se ha hecho referencia precedentemente. En tal virtud, los argumentos expuestos por el demandante sobre el particular no tienen vocación de prosperidad.

2.4 Respecto de la prohibición prevista en el inciso 2 del artículo 126 Constitucional

Alega el demandante en su libelo introductorio que el Consejo Superior Universitario realizó la postulación, designación y nombramiento del demandado con vulneración de lo previsto en el inciso segundo del artículo 126 Constitucional. La norma invocada por el demandante establece que los servidores públicos no podrán “*nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior*”.

2.4.1 Alcance de los incisos 1° y 2° del artículo 126 constitucional²²

2.4.1.1. Vale la pena destacar que tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²³ como la Sección Quinta de la misma Corporación²⁴, en varias oportunidades se han pronunciado sobre el alcance del

²² “Artículo 126. <Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior”.

²³ Ver: 1) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 11001-03-000-28-2013-00006-00. 2) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, MP. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 11001-03-000-28-2013-00015-00. 3) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2016, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2013-00011-00 (acumulados 11001-03-28-000-2013-00012-00 y 11001-03-28-000-2013-00008-00).

²⁴ Ver entre otras: 1) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo de 27 de octubre de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00038-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre de 2016, Rad acum.

artículo 126 de la Constitución Política, destacando que las prohibiciones contenidas en el mismo buscan “evitar y eliminar del ordenamiento jurídico colombiano fenómenos como el nepotismo²⁵ y el clientelismo²⁶, pues el cambio constitucional tenía como objetivo propender por un sistema más democrático y transparente en el cual el acceso a los diferentes cargos del Estado, se hiciera no sólo en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos, sino que además permitiera una transformación radical para dejar de lado los favoritismos e incentivar que en la función pública prevalecieran valores como el mérito, la transparencia y la igualdad^{27,28}”.

2.4.1.2 En cuanto a los incisos 1° y 2° de la mencionada norma constitucional, en especial luego de su reforma por el Acto Legislativo 02 de 2015, se recuerda que se proscriben 3 eventos distintos de clientelismo, nepotismo e intercambio de favores:

a. Prohibición a los servidores públicos de ejercer la potestad nominadora, atribuida por la Constitución y la ley, para nombrar, elegir, postular y/o, en general, designar a personas con quienes tengan vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

b. Prohibición del “yo te elijo, tú me eliges”, pues está proscrito al servidor público, directamente o por indirecta persona, nombrar, elegir, postular y/o, en general, designar a las personas que lo eligieron, nombraron, postularon o designaron, o a los familiares de éstas (con los vínculos antes indicados).

c. Prohibición de “tú nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo”. “La norma en cita impide que un servidor público nombre, postule, elija o, en general, designe a la persona o a sus parientes competentes para designarlo en el cargo en el cual ahora detenta el poder de nominación²⁹”.

11001-03-28-000-2014-00130-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 3) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2016-00072-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁵ En términos sencillos la DRAE define este fenómeno como la desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos.

²⁶ Con base en las posturas de Foster (1961: 1173-1192), Legg and Lemarchand (1972: 149-178), Landé (1973: 103-127), Schmidt, Guasti, Landé and Scott (1977: 13-20) el profesor Jorge Agudelo Cruz, define el clientelismo “ como aquellas relaciones informales de intercambio recíproco y mutuamente benéfico de favores entre dos sujetos, basadas en una amistad instrumental, desigualdad, diferencia de poder y control de recursos, en las que existe un patrón y un cliente: el patrón proporciona bienes materiales, protección y acceso a recursos diversos y el cliente ofrece a cambio servicios personales, lealtad, apoyo político o votos.”

²⁷ Un ejemplo de ello se encuentra en la Gaceta Constitucional No 49 de 13 de abril de 1991 en la que en el marco de la discusión del articulado del 126 se estableció “La lucha contra el clientelismo no puede ser asumida solo como una cruzada de rescate moral de la actividad política, que de ello tiene mucho, sino que demanda ser concebida fundamentalmente como una empresa de regeneración radical de las instituciones en cuanto tales”.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2016, C.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2013-00011-00 (acumulados 11001-03-28-000-2013-00012-00 y 11001-03-28-000-2013-00008-00).

²⁹ *Ibidem*. Esta limitación fue explicada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencias del 15 de julio de 2014 y del 11 de noviembre de ese mismo año, en las que se fijaron las siguientes reglas:

2.4.1.3 En segundo lugar vale la pena precisar, como lo hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo del 27 de octubre de 2016, que (i) las referidas prohibiciones tienen como sujeto activo “*al servidor público en el ejercicio de sus facultades de nominación. De allí que la jurisprudencia³⁰ haya admitido que se trata de una regla competencial que restringe las potestades electorales propias de su cargo³¹*”, y (ii) que:

“(...) respecto a la conducta que se censura, si bien el texto del inciso 2º del artículo 126 superior hace referencia a que el funcionario no podrá nombrar ni postular como servidores públicos a quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ello no quiere decir que los comportamientos vedados se limiten únicamente a estos verbos, pues como lo indicó recientemente esta Corporación, el empleo del vocablo designar abarca así mismo la prohibición de elegir, participar e intervenir.

En este mismo sentido, esta Sala Electoral advierte que el servidor público incurrirá en la prohibición descrita, cuando nombre o en general designe a quienes hubieren intervenido en su postulación o elección, es decir que, para que se materialice esta salvaguarda, en los términos del actual inciso 2º del artículo 126 constitucional, se requiere que quien ahora es candidato haya participado efectivamente en la elección de quien ostenta la calidad de elector”³²

2.4.1.4 Teniendo en cuenta los anteriores aspectos, es necesario realizar algunas consideraciones en torno al inciso 2º del artículo 126 Superior, en aras de ilustrar que el mismo reprocha tanto (i) la actuación de la persona que resulta favorecida obteniendo el nombramiento en un cargo público como resultado del clientelismo,

“Si la nueva redacción no explicitó lo obvio, esto es, que un servidor público no puede utilizar su poder de designación para beneficiar o agradecer a aquellos que lo nombraron en su cargo, lo cierto tiene que ver con que, leída la norma a la luz de los preceptos constitucionales, no cabe sino concluir la presencia de esta salvaguarda. Lo contrario, esto es, admitir que una norma constitucional cuya finalidad consiste en garantizar transparencia y en evitar el tráfico de favores se opone al nombramiento de los parientes del nombrado, pero acepta que éste sea designado por quien él mismo ayudó a elegir, sería absurdo. Precisamente esta última conducta es a toda luz la más lesiva. (...)

El análisis de la norma, a la luz del conjunto de preceptos constitucionales, permitiría concluir que si designar al familiar, al cónyuge o compañero (a) permanente es reprochable, lo es porque genera los mismos vicios que designar al propio servidor público. En consecuencia, no habría razón para sostener que la norma autoriza que un servidor público intervenga en la elección de una persona gracias a la cual está ocupando el cargo.”

³⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. no. 11001-03-28-000-2013-00006-00 (Acumulado 2013-0007) (IJ). 15 de julio de 2014. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Demandado: Francisco Javier Ricaurte Gómez.

³¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo de 27 de octubre de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00038-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³² Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo de 27 de octubre de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00038-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Criterio reiterado en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2016-00072-00, N.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

nepotismo y/o intercambio de favores, como (ii) la actuación del servidor público que se presta para tal favorecimiento contrario al ordenamiento jurídico.

2.4.1.5 Para tal efecto, se trae a colación el referido inciso para analizar detenidamente los elementos que componen el mismo:

“ARTICULO 126. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.” (Destacado y subrayado fuera de texto).

2.4.1.6. En primer lugar se destaca la palabra “*tampoco*”, en tanto a través de la misma se hace referencia al sujeto activo de la prohibición, que no puede ser otro que los servidores públicos, teniendo en cuenta que el inciso precedente del artículo 126 Superior, inequívocamente hace referencia a los mismos como los responsables de no incurrir en las conductas reprochadas por el ordenamiento constitucional.

2.4.1.7. En segundo lugar, se tiene que los servidores públicos no podrán nombrar ni postular³³ como servidores públicos, “*ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior*”.

2.4.1.8 Se destacan del inciso objeto de estudio las expresiones servidores públicos y celebración de contratos estatales, para subrayar que las conductas reprochadas por la norma constitucional, son aquellas que tienen como resultado final que (i) una persona ostente la condición de servidor público o (ii) se celebre un contrato, a través de conductas nepotistas o clientelistas.

2.4.1.9. En tercer lugar se tiene, que el nombramiento como servidor público o la celebración del contrato que se prohíbe, es aquella que se realiza en favor de la persona o sus familiares (en los grados señalados por el inciso 1° del artículo 126 de la Constitución Política) que con anterioridad intervino en la postulación o designación del servidor público que posteriormente interviene en el nombramiento o contratación objeto de reproche, pues con esta última actuación se evidencia el intercambio de favores.

2.4.1.10 En este punto vale la pena precisar, que aunque expresamente la norma constitucional al señalar “*Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su*

³³ Sin olvidar como se indicó en el numeral 4.2.3. de la parte motiva de esta providencia, que los comportamientos vedados también comprender elegir, participar e intervenir.

postulación o designación”, no indica respecto de quién se predica la postulación o designación, de la lectura de dicho inciso se desprende que se hace referencia al servidor público que interviene en el nombramiento o contratación controvertido, pues es frente a quien ostenta tal condición (servidor público) que está dirigida la prohibición, toda vez que en virtud de la misma tiene la posibilidad de intervenir en el nombramiento o contratación que se realiza en un contexto clientelista o nepotista.

2.4.1.11 Ahora bien, de la postulación o designación que se viene hablando, es claro que su propósito es propiciar un nombramiento o contratación posterior a manera de retribución, empero frente a tal proceder resulta necesario destacar 2 modalidades que materializan el desconocimiento de la norma constitucional.

2.5.1.12. La primera, que dicha postulación o designación tiene como fin que se otorgue la condición de servidor público a una persona, a fin de que revestido de la misma, tenga la posibilidad de intervenir en posteriores nombramientos o contrataciones.

2.4.1.13. La segunda, que la designación o postulación se lleve a cabo respecto de alguien que ostentando la condición de servidor público, le permita intervenir en procesos de contratación o nombramientos posteriores.

2.4.1.12. La primera hipótesis es la más frecuente, pues se trata de los casos en que un servidor público nombra en un cargo determinado a una persona o a sus familiares otorgándole la condición de servidor público, para que posteriormente el favor sea devuelto, permitiéndole obtener un contrato estatal o un nombramiento en un cargo público, como ocurrió en el caso del Procurador General de la Nación Alejandro Ordóñez Maldonado, que fue objeto de análisis por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia del 7 de septiembre de 2016³⁴, en la que se dio cuenta que aquél nombró en la entidad que presidía durante el periodo 2008-2012, a familiares de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que posteriormente intervinieron en el trámite para su reelección como Procurador para el período 2013-2017, incurriendo en la prohibición *“tú nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo”*.

2.4.1.13. También se encuentra el caso decidido en sentencia del 15 de julio de 2014, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³⁵, en la que se constató que el señor Francisco Javier Ricaurte Gómez como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, intervino en la elección de varios integrantes de la misma Corporación, quienes a su vez, lo eligieron a él como

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2013-00011-00, 11001-03-28-000-2013-00012-00 y 11001-03-28-000-2013-00008-00 (Acumulados) M.P. Rocío Araújo Oñate.

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00006-00 (ACUMULADO 2013-0007), M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, incurriendo en la prohibición “*yo te elijo, tú me eliges*”.

2.4.1.14. En cuanto a la segunda hipótesis, puede apreciarse el fallo del 11 de mayo de 2017 proferido por esta Sección³⁶, en el que se ilustró que el señor Carlos Alberto Corrales Medina intervino y participó en el nombramiento de la señora Ana Isabel Mora Bautista como representante de las directivas académicas ante el Consejo Superior de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, quien venía desempeñándose como docente de tiempo completo de dicha institución desde el año 1992, y quien como miembro de dicho consejo, participó y aprobó la designación del señor Corrales Medina como rector de la universidad.

2.4.1.15 En este caso el reproche en ningún momento se sustentó en que el demandado intervino en la vinculación de la señora Ana Isabel Mora Bautista como docente de la universidad y por ende en el reconocimiento de la condición de servidora pública, sino que el mismo participó en la designación de un miembro del Consejo Superior Universitario, que a su vez estuvo involucrado en la elección del demandado como rector de la institución educativa.

2.4.1.16 Nótese que bajo esta hipótesis el reproche consistió en que el accionado propició que una persona que ya era servidora pública, desempeñara una labor al interior de un órgano colegiado con atribuciones de elección (sin que la misma implique el ejercicio de otro cargo público), que contribuyó a materializar su aspiración de ser elegido como rector, y por ende, servidor público.

2.4.1.17 Bajo las anteriores consideraciones resulta razonable y necesario en aras de evitar conductas clientelistas, contemplar que la designación o postulación de que trata el inciso 2° del artículo 126 de la Constitución Política, también incluye la posibilidad de posicionar a una persona que ya es servidora pública, en el trámite de nombramiento o contratación del que es parte como candidato, so pena de excluir de la prohibición constitucional una situación que abiertamente constituye un intercambio de favores al interior de la administración pública, que precisamente es lo que se quiere evitar con la norma analizada.

2.4.1.18 En ese orden de ideas, puede apreciarse que la norma constitucional reprocha (i) la actuación del servidor público que hace uso de las facultades legalmente concedidas en materia de contratación y nombramientos, a fin de obtener con posterioridad para sí o sus familiares un beneficio posterior; como (ii) la actuación de aquel servidor público que se presta para devolver y/o conceder un trato favorable a quien intervino para que ostentara una posición que le permitiera participar en las decisiones relativas a la contratación o nombramientos de servidores públicos.

2.4.1.19 Otro de los aspectos relevantes a considerar a propósito del alcance de los incisos 1° y 2° del artículo 126 Superior, es que si bien es cierto en fallo del 7 de septiembre de 2016 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del

³⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2016-00072-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Consejo de Estado³⁷, se indicó “*en gracia de discusión*” que debía tenerse en cuenta para efectos de la declaratoria o no de nulidad del acto acusado, la incidencia de los votos que se vieron involucrados en las situaciones que rechaza la mentada norma constitucional, no puede perderse de vista que la tesis principal de dicha decisión que constituye precedente, giró en torno a la comprobación del desconocimiento de las conductas que pretende combatir el referido postulado superior. Igualmente, debe considerarse que sobre el particular la Sección Electoral precisó que el constatar la transgresión de la disposición antes señalada, implica predicar la existencia de una inhabilidad, que en manera alguna puede desaparecer por las decisiones mayoritarias, por lo que en tal evento se impone la anulación del acto de elección. En tal sentido, son ilustrativas las siguientes consideraciones de la sentencia del 11 de mayo de 2017 de la Sala Electoral:

“Si bien esta Sección en algunas decisiones, en procesos electorales fundados en causales objetivas, ha propendido porque se debe demostrar que la diferencia de votos que se cuestionan tienen o no la entidad suficiente como para anular la elección acusada de legalidad, dicha tesis no resulta aplicable al presente asunto.”

Lo anterior por considerar que en aquellas oportunidades en que se ha hecho eco de la incidencia, se ha realizado respecto de juicios que se fundan en causales objetivas –vicios en la votación o en el escrutinio- de los cuales se ha concluido que el vicio formulado no afecta el resultado, lo que hace inane su estudio de fondo.

Empero, en este caso lo antes expuesto no resulta aplicable porque se trata de un cargo de carácter subjetivo que alude a la presunta incursión del rector designado en una causal que impedía su nombramiento, es decir la irregularidad denunciada cuestiona las calidades del demandado.

De aceptar la tesis expuesta por el apoderado judicial del demandado y de la UCMC, se llegaría al absurdo de permitir que personas incursas en la causal de prohibición de carácter constitucional, puedan continuar en el ejercicio de su cargo, en aquellos casos en los que los votos no cuestionados le permitan alcanzar el quorum que exige la correspondiente universidad o entidad. Lo que haría inocua y desconocería la finalidad que pretende el citado artículo 126 “...de subsanar el progresivo desajuste institucional del sistema de pesos y contrapesos originalmente planteado en la Constitución de 1991”.

En este mismo sentido, los citados apoderados judiciales solicitaron que se tuviera en consideración que la designación cuestionada respetó, sin que mediara obligación al respecto, el resultado arrojado en la consulta que se realizó a la comunidad universitaria.

Al respecto, la Sala debe reiterar los argumentos antes expuestos para significar que incluso en el caso de que el elegido haya obtenido el favor de

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de septiembre de 2016, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2013-00011-00 (acumulados 11001-03-28-000-2013-00012-00 y 11001-03-28-000-2013-00008-00).

los electores, con la mayoría de la votación, esta circunstancia no puede ser suficiente para desconocer que el elegido o designado esté incurso en causal de inhabilidad de cualquier índole, pues esta sería una decisión que resultaría atentatoria del ordenamiento jurídico.

Lo anterior, en el entendido de que las inhabilidades no desaparecen en virtud de las decisiones mayoritarias de las personas o por legitimación que pudiera obtener el demandado por ganar una votación”³⁸ (Destacado fuera de texto).

2.4.1.20 Finalmente, del fallo antes señalado (que se encuentra en consonancia con la sentencia de importancia jurídica del 7 de septiembre de 2016), en el que como ocurre en esta oportunidad, se revisó la legalidad del acto de elección del rector de una universidad pública, por el desconocimiento del artículo 126 constitucional, vale la pena traer las consideraciones relativas a la imposibilidad de anteponer a la aplicación de la anterior norma el principio de la autonomía universitaria, pues este en manera alguna tiene el alcance de impedir el carácter vinculante de los demás postulados de la Constitución Política, y por consiguiente, su intención de combatir en todas las ramas y órganos del Estado las mencionadas conductas de clientelismo, nepotismo e intercambio de favores, que desde luego pueden afectar a las instituciones educativas y por ende, ir en detrimento de las mismas. Veamos:

“Ha sido postura reiterada de esta Sección reconocer que los entes universitarios están cobijados por la autonomía universitaria, de que trata el artículo 69 de la Constitución Política, entendida como la potestad que tienen este entes de educación superior para “darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley”.

Empero, en lo que tiene que ver con el régimen de inhabilidades, aplicable a los rectores y miembros del Consejo Superior Universitario, que tuvieren la calidad de empleados públicos, ha concluido que dicha autonomía no es absoluta, ya que así lo dispone el artículo 67 de la Ley 30 de 1992, según el cual: (...)

Al respecto, en sentencia de 15 de septiembre de 2016³⁹ se decidió:

*“En respuesta a esa autonomía constitucional que se predica de los entes universitario, es viable acudir al derecho supletivo (legislación aplicable a otras entidades públicas) en defecto del régimen propio (regulación de la entidad universitaria), **si y solo sí, así lo ha previsto expresamente. De lo contrario, no es posible acudir a otra normativa.** (...)*

En este aspecto, la Sala pone de presente que de la revisión del Acuerdo No. 011 de 2000^{40 41}, en su artículo 15 dispone:

³⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2016-00072-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³⁹ Rad. N° 2016-00014-00, M.P. Lucy Jeannette Bermudez Bermúdez, demandado. Jairo Miguel Torres Oviedo, Rector Universidad de Córdoba.

⁴⁰ “Por el cual se expide el nuevo Estatuto General de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y se deroga el anterior”.

⁴¹ Folios 98 al 117

“CALIDAD DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO SUPERIOR, INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los integrantes del Consejo Superior Universitario, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por este solo hecho la calidad de empleados públicos. Los integrantes del Consejo Superior Universitario, que tengan la calidad de empleados públicos y el Rector, están sujetos a los impedimentos, las inhabilidades e incompatibilidades de que trata la Constitución y demás normas vigentes sobre la materia” (Negrilla y Subraya fuera de texto original).

Con fundamento en la anterior norma y en los fallos antes referenciados de esta Sección, resulta evidente que los argumentos de defensa expuestos por los apoderados tanto del demandado como de la universidad, según los cuales acudir a la prohibición de que trata el artículo 126 de la Constitución Política resultaría atentatorio de la autonomía universitaria ya que la misma está prevista para órganos de carácter político y no académicos, carecen de prosperidad, pues las mismas normas que rigen a la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca de manera expresa dispone que el rector y los miembros del Consejo Superior están sujetos “...a los impedimentos, las inhabilidades e incompatibilidades de que trata la Constitución y demás normas vigentes sobre la materia”, (...)

Sumado a lo anterior debe destacarse que, en lo atinente con la jerarquía del artículo 126 de la Constitución Política respecto de la autonomía universitaria, que tiene el mismo rango constitucional, resulta imperioso reiterar que la propia Constitución se sitúa en la cúspide del ordenamiento colombiano y, al efecto, el artículo 4º prescribe que la Constitución es “norma de normas”, lo cual se traduce en que es “fuente [jurídica] primaria”⁴², ya que determina la validez de cualquier norma, regla o decisión que adopten las autoridades por ella instauradas⁴³. A esto debe sumarse que la prohibición de la que trata el citado artículo 126 proviene de la modificación introducida por el Acto Legislativo 02 de 2015; (...)

Lo anterior adquiere relevancia a la hora de denegar el argumento de la parte pasiva, según tanto la prohibición del artículo 126 como la autonomía universitaria tienen el mismo rango, pues a pesar de ser esto cierto y sumado a los argumentos ya esbozados, según los cuales los propios estatutos de la universidad remiten a la Constitución, debe destacarse que la modificación del precepto constitucional busca solucionar problemáticas actuales, a las que se deben ajustar las autoridades públicas, como lo es la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, sin que esta circunstancia devenga en el desconocimiento de la mentada autonomía.

Resulta necesario agregar que contrario al dicho de la parte pasiva, en realidad, no existe una pugna entre la autonomía universitaria y la prohibición del artículo 126 de la Constitución Política, pues la primera -autonomía universitaria- propende por impedir la injerencia de otras ramas del poder público en la escogencia de las directivas de las instituciones de educación superior, por su parte, la Constitución Política, en el precepto en mención, procura por la inexistencia de favorecimientos electorales de los servidores

⁴² Corte Constitucional. C-415 de 2012. M.P: Mauricio González Cuervo.

⁴³ Corte Constitucional. T-006 de 1992. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

públicos, al prohibir la conducta denominada “yo te elijo, tú me eliges, como se explica a continuación”⁴⁴.

2.4.2 Análisis de la prohibición para el caso particular

2.4.2.1 Aspectos fácticos

2.4.2.1.1 Teniendo en cuenta los aspectos más relevantes de las prohibiciones contenidas en los incisos 1° y 2° del artículo 126 constitucional, se evidencia frente al caso de autos, a partir de los elementos de juicio y probatorios que fueron allegados al proceso, las siguientes circunstancias jurídicamente relevantes:

2.4.2.1.2 De conformidad con el numeral 8° del artículo 24 del Acuerdo 075 del 7 de diciembre de 1994 del Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana⁴⁵, mediante el cual se expide el estatuto general de la institución educativa, le corresponde al Consejo antes señalado designar y remover al rector.

2.4.2.1.3 Según el artículo 18 del mismo acuerdo, el Consejo Superior Universitario de la Universidad Surcolombiana, se encuentra conformado por:

- El Ministro de Educación Nacional o su delegado.
- El Gobernador del Departamento del Huila o su delegado.
- Un miembro designado del Presidente de la República.
- **Un Decano elegido por el Consejo Académico.**
- Un representante de los docentes.
- Un representante de los estudiantes.
- Un representante de los egresados.
- Un representante del sector productivo del Huila.
- Un ex rector de la Universidad Surcolombiana.
- **El rector de la universidad con voz y sin voto.**

2.4.2.1.4 Según el párrafo 1° del referido artículo (modificado por el Acuerdo 025 de 2004⁴⁶) varios miembros del mencionado Consejo, entre los cuales para el caso de autos se resaltan el decano elegido por el Consejo Académico, son elegidos para un período de 2 años contados a partir de la posesión.

2.4.2.1.5 De acuerdo con el artículo 35 de los mencionados estatutos generales, entre los integrantes del Consejo Académico de la Universidad Surcolombiana, se encuentran los decanos de las facultades de la misma.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de mayo de 2017, Rad. 11001-03-28-000-2016-00072-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁴⁵ Folio 338 del cuaderno 2.

⁴⁶ Folios 338 del cuaderno 2.

2.4.2.1.6 De conformidad con el artículo 26 de los estatutos generales de la universidad (modificado por el artículo 3° del Acuerdo 046 de 2013⁴⁷), “*los miembros del Consejo Superior, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés establecidos por la Constitución Política y la Ley*”.

2.4.2.1.7 El Consejo Superior Universitario en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 2018⁴⁸, realizó la designación del señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado de la Universidad Surcolombiana, durante el período del 19 de septiembre al 3 de octubre de 2018. Como asistentes a dicha sesión se encontró acreditado que participaron de la decisión de encargo: Marco Fidel Rocha como designado del Presidente de la República, Carlos Yepes Amezcua como delegado de la Gobernación del Huila, Edgar Machado como representante de los exrectores, Raúl Castro Rayo como Representante del Sector Productivo, Luis Arturo Rojas Charry como Representante de los Docentes, Javier Felipe Méndez Alarcón como Representante de los egresados, **Mauricio Duarte Toro como Decano Representante del Consejo Académico** y Juan Yamid Sanabria Triana como Representante de los estudiantes.

2.4.2.1.8 Así mismo, en virtud de la orden proferida en la audiencia inicial del 3 de abril de 2019, la Secretaria General de la Universidad Surcolombiana en memorial de 9 de abril de 2019⁴⁹ remitió los actos administrativos y las actas de sesión mediante los cuales se eligió a los representantes de los exrectores, del Sector Productivo, de los docentes, de los egresados, del Consejo Académico y de los estudiantes, encontrando lo siguiente:

- Acta No. 002 de 15 de junio de 2017 de la Asamblea General de Exrectores de la Universidad Surcolombiana en la que se elige a Edgar Machado como principal y Ricardo Mosquera Mesa como representantes de los exrectores ante el Consejo Superior Universitario para el periodo 2017-2019, sin la participación del señor Pedro León Reyes Gaspar.
- Acta de 11 de septiembre de 2017 de la Asamblea General de los Gremios del Sector Productivo en la que se elige a Raúl Castro Rayo como principal y Luz Mila Molano como suplente como representantes del sector productivo ante el Consejo Superior Universitario para el periodo 2017-2019, sin la participación del señor Pedro León Reyes Gaspar.
- Resolución No. 112 de 12 de junio de 2017 por medio de la cual se plasman los resultados de la **consulta estamentaria** para elección del representante de los profesores ante el Consejo Superior Universitario y se declara como ganador a Luis Arturo Rojas Charry como principal y Eduardo Plazas Motta como suplente.

⁴⁷ Folios 132 al 135 del cuaderno de anexos de la demanda.

⁴⁸ Folio 229 al 238 del cuaderno No. 2

⁴⁹ Folios 335 al 338 del cuaderno No. 2

- Resolución No. 208 de 21 de agosto de 2018 por medio de la cual se plasman los resultados de la **consulta estamentaria** para elección del representante de los graduados ante el Consejo Superior Universitario y se declara como ganador a César Julián Salaz Escobar como principal y Javier Felipe Méndez Alarcón como suplente.
- Resolución No. 0267 de 21 de noviembre de 2017 por medio de la cual se plasman los resultados de la **consulta estamentaria** para elección del representante de los estudiantes ante el Consejo Superior Universitario y se declara como ganador a Juan Camilo Forero Cárdenas como principal y Juan Yamid Sanabria Triana como suplente.
- Acta No. 016 de 11 de julio de 2017 del Consejo Académico de la Universidad Surcolombiana, en la que figura como asistente el señor **Pedro León Reyes Gaspar en calidad de Rector titular**⁵⁰, además de la vicerrectora académica y los decanos de las Facultades de Economía y Administración, Ciencias Sociales y Humanas, Educación, Salud, Ingeniería, Ciencias Jurídicas y Políticas, los representantes de los estudiantes y de los docentes. En dicha sesión se resolvió por unanimidad designar como representantes ante el Consejo Superior Universitario a Fabio Alexander Salazar Piñeros como principal y **Mauricio Duarte Toro como suplente**, por el periodo de dos (2) años a partir de la fecha de su posesión.

2.4.2.1.9 En este punto se destaca que el señor **Mauricio Duarte Toro** participó en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 2018⁵¹, en la que se realizó la designación del señor **Pedro León Reyes Gaspar** como rector encargado de la Universidad Surcolombiana. Así mismo, el señor **Pedro León Reyes Gaspar** en calidad de Rector titular participó en la sesión del Consejo Académico de la Universidad Surcolombiana celebrada el 11 de julio de 2017⁵² en la que se designó como representante ante el Consejo Superior Universitario a **Mauricio Duarte Toro como suplente**.

2.4.2.2 Constatación de los elementos normativos

2.4.2.2.1 A la luz de los incisos 1° y 2° del artículo 126 constitucional, cuyos principales elementos fueron descritos precedentemente en esta providencia, se procede a la verificación de los elementos normativos de la prohibición consistente “*yo te elijo, tú me eliges*”, según la cual está proscrito al servidor público, directamente o por indirecta persona, nombrar, elegir, postular y/o, en

⁵⁰ El artículo 35 del Acuerdo 075 de 1994. Estatuto General de la Universidad, dispone que el Consejo Académico es la máxima autoridad académica de la Universidad y estará integrada por: i) el Rector, quien lo preside; ii) Los Vicerrectores; iii) Los decanos de facultades; iv) un representante de los jefes de programas elegidos por ellos mismos; v) dos representantes de los profesores y dos de los estudiantes y vi) un representante de los egresados. Ninguno de estos miembros tiene restricciones para participar en las deliberaciones o votaciones, esto es, tienen plena capacidad decisoria.

⁵¹ Folio 229 al 238 del cuaderno No. 2

⁵² Folio 338 del cuaderno 2

general, designar a las personas que lo eligieron, nombraron, postularon o designaron.

2.4.2.2.1.1 Respeto del sujeto activo

2.4.2.2.1.1.1 No desconoce la Sala que para predicar con plena claridad que se incurrió en la mencionada prohibición, se requiere verificar la condición de servidor público del sujeto activo de la conducta, esto es, del señor Mauricio Duarte Toro, que según el acto que lo designó como representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior⁵³, ocupaba el cargo de Decano de la Facultad de Ingeniería, lo que se recuerda, le permite ser parte del Consejo Académico (art. 35 de los estatutos generales).

2.4.2.2.1.1.2 Sobre el particular es necesario tener en cuenta que mediante la Ley 13 de 1976, el Instituto Universitario Surcolombiano - Itusco, creado por Ley 55 de 1968, pasó a denominarse Universidad Surcolombiana, cuya naturaleza jurídica será la misma de la Universidad Nacional de Colombia. Asimismo, se observa según el Acuerdo N° 075 de 1994 de la Universidad Surcolombiana, por el cual se expidió el estatuto general, que es esta una institución de “*carácter Estatal, del orden Nacional, con régimen especial y personería jurídica vinculada al Ministerio de educación Nacional*”.

2.4.2.2.1.1.3 Lo anterior es relevante en atención a que de conformidad con el Decreto 2489 de 2006⁵⁴, en especial el artículo 2°, son empleos públicos los de “*Decano de Institución Universitaria*” y “*Decano de Universidad o de Escuela Superior*”.

2.4.2.2.1.1.4 En ese orden de ideas, dada la naturaleza de la Universidad Surcolombiana y del empleo de decano que le permitió al señor Mauricio Duarte Toro ser designado como representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior, también se tiene que aquél durante el proceso de designación del rector para el período 2018-2022, se desempeñó como servidor público.

2.4.2.2.1.2 Respeto del sujeto pasivo

2.4.2.2.1.2.1 Según la certificación de la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Universidad Surcolombiana del 4 de diciembre de 2018⁵⁵, el señor Pedro León Reyes Gaspar desde el 3 de febrero de 1999 se encuentra vinculado en la categoría de empleado público docente, en la forma como lo dispone el artículo 72 de la Ley 30 de 1992⁵⁶.

⁵³ Acta N° 016 de 2017 del Consejo Académico visible a folio 338.

⁵⁴ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva y demás organismos y entidades públicas del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones”, cuyo campo de aplicación incluye a los Entes Universitarios Autónomos (art. 2).

⁵⁵ Folio 338 del cuaderno No.2.

⁵⁶ “ARTÍCULO 72. Los profesores de dedicación exclusiva, tiempo completo y medio tiempo están amparados por el régimen especial previsto en esta Ley y aunque son empleados públicos no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período

2.4.2.2.1.2.2 Surtidas las formalidades legales previstas para la elección de rector el señor Pedro León Reyes Gaspar, fue nombrado mediante la Resolución 017 de 2014⁵⁷ como rector titular para el periodo estatutario comprendido entre el 19 de septiembre de 2014 y el 18 de septiembre de 2018. En la parte considerativa de este acto administrativo se dispuso que como el designado ostentaba la calidad de docente de planta de tiempo completo adscrito a la Facultad de Salud del Departamento de Medicina Social y Preventiva, se debía dar aplicación al artículo 99 del Acuerdo 037 de 1993, Estatuto de los profesores de la Universidad Surcolombiana, esto es, en comisión de servicios a partir de la posesión. Esta misma norma dispone que quien sea llamado a ejercer sus funciones en comisión de servicios continuará gozando de todos sus derechos y garantías, sin que esta situación administrativa modifique la naturaleza de su vinculación, esto es la de ser empleado público.

2.4.2.2.1.2.3 Encontrándose ejerciendo el cargo de Rector en titularidad, el señor Pedro León Reyes Gaspar participó en la sesión del Consejo Académico de la Universidad Surcolombiana de 11 de julio de 2017 en la que se resolvió por unanimidad designar como representante ante el Consejo Superior Universitario al señor **Mauricio Duarte Toro como suplente**, por el periodo de dos (2) años a partir de la fecha de su posesión.

2.4.2.2.1.2.4 Posteriormente, el Consejo Superior Universitario en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 2018⁵⁸, realizó la designación del señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado de la Universidad Surcolombiana, durante el periodo del 19 de septiembre al 3 de octubre de 2018, acto en el que participó el señor **Mauricio Duarte Toro como Representante del Consejo Académico**. Esta decisión fue plasmada en la Resolución 014 de 23 de agosto de 2018, impugnada en sede judicial, en cuyo numeral segundo se dispuso otorgar comisión de servicios al designado para desempeñar el cargo de rector encargado a partir de la posesión⁵⁹, conservando así sus derechos y garantías como empleado público.

2.4.2.2.1.3 Verificación de la conducta prohibitiva

2.4.2.2.1.3.1 Conforme a lo relatado en precedencia se observa que:

- **Pedro León Reyes Gaspar** como servidor público, en calidad de rector titular de la Universidad Surcolombiana, participó en la sesión celebrada el 11 de julio de 2017 en la que se eligió a **Mauricio Duarte Toro** como Decano representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior Universitario. Esta circunstancia le permitió al señor Duarte Toro, además de ejercer las

de prueba que establezca el reglamento docente de la universidad para cada una de las categorías previstas en el mismo.”

⁵⁷ Folio 7 del Cuaderno No. 1

⁵⁸ Folio 229 al 238 del cuaderno No. 2

⁵⁹ La posesión del demandado se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2018, según consta en el acta de esa misma fecha que obra a folio 338.

prerrogativas propias de los empleados públicos, participar de las sesiones del Consejo Superior Universitario, órgano colegiado encargado de definir las políticas académicas, administrativas, financieras y de planeación del ente universitario y en general ejercer las funciones que el artículo 24 del Acuerdo 075 de 1994 – Estatuto General Universitario-, entre las que se encuentra la capacidad de designación de rector.

- **Mauricio Duarte Toro** como servidor público - Decano representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior Universitario- intervino en la designación del señor **Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado de la Universidad Surcolombiana** para el periodo comprendido entre el 19 de septiembre y 3 de octubre de 2018, la cual se encuentra plasmada en la Resolución No. 014 de 23 de agosto de 2018, acto demandado.

2.4.2.2.1.3.2 De lo expuesto se concluye que el señor **Pedro León Reyes Gaspar** – actuando como rector titular- al participar en la elección del señor **Mauricio Duarte Toro** como Decano representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior Universitario, **propició que en virtud de tal designación ostentara la facultad de intervenir en la postulación y elección del cargo de rector universitario**, entre otras atribuciones especiales, potestad restringida sólo a algunos servidores públicos vinculados con la Universidad Surcolombiana.

2.4.2.2.1.3.3 Posteriormente, **el señor Mauricio Duarte Toro** - como Decano representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior Universitario- hizo uso de esta facultad especialísima a efectos de intervenir en la designación del señor **Pedro León Reyes Gaspar** como rector encargado. La posibilidad de ejercer en encargo este empleo directivo conlleva a que a partir de su posesión, asuma como representante legal de la universidad, sea el responsable de su gestión académica y administrativa y deba cumplir las funciones que dispone el artículo 31 del Estatuto General de la Universidad Surcolombiana.

2.4.2.2.1.3.4 Con la designación que se concretó en la sesión del Consejo Superior Universitario celebrada el 23 de agosto de 2018 y que se plasmó en la Resolución No. 014 de 2018, el demandado pudo ejercer facultades de dirección, coordinación, nominadora y hasta la posibilidad de autorizar con su firma los títulos que la universidad confiere, las cuales son de resorte exclusivo del cargo de rector, de manera tal que dicha designación como rector encargado, que conlleva a su vez su reconocimiento como servidor público, le otorgó una condición especial.

2.4.2.2.1.3.5 En suma, se evidencia el desconocimiento del numeral 2° del artículo 126 de la Constitución Política, por cuanto el señor Pedro León Reyes Gaspar – ostentando la calidad de rector titular para el periodo 19 de septiembre de 2014 a 18 de septiembre de 2018 participó e intervino en la designación del señor Mauricio Duarte como representante del Consejo Académico ante el Consejo Superior Universitario. Posteriormente, el señor Duarte Toro siendo servidor público (dada su vinculación con la universidad) como miembro del Consejo Superior Universitario participó e intervino en la designación del señor

Reyes Gaspar como rector encargado de la institución educativa para el periodo del 19 de septiembre al 3 de octubre de 2018 y en tal virtud es procedente declarar la nulidad de la elección del demandado.

2.5 Conclusión

Teniendo en cuenta que se cumplió con los requisitos que comprenden la prohibición prevista en el inciso 2 del artículo 126 Constitucional, la Sala Electoral concluye que en el caso concreto los argumentos plasmados por el accionante tienen vocación de prosperidad y, por consiguiente, deberá accederse a la pretensión de nulidad del acto acusado.

Con fundamento en 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: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 014 de 2018, por medio de la cual el Consejo Superior Universitario decide encargar al señor Pedro León Reyes Gaspar como rector encargado de la Universidad Surcolombiana, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada

**FUNCIÓN PÚBLICA – Formas de ingreso / PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL -
No se configura porque realmente no hubo ingreso a la función pública /
INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA – Genera un efecto inhabilitante**

En esta oportunidad, la Sala mayoritaria concluyó que antes de su escogencia como rector (e), el demandado participó en la sesión en la cual resultó elegido como representante de los decanos ante el Consejo Superior Universitario al señor MAURICIO DUARTE TORO. Posteriormente, el decano MAURICIO DUARTE TORO intervino en la designación del señor PEDRO LEÓN REYES GASPAS, como rector en cargo. En consecuencia, desde la perspectiva del inciso 2 del artículo 126 de la Constitución Política, para la mayoría de la Sala la anterior situación encuadra en la prohibición que impide al servidor público, directamente o por indirecta persona, nombrar, elegir, postular y en general designar a personas como servidores públicos que lo eligieron, nombraron, postularon o designaron en un cargo. (...). El momento en el que, según la sentencia se vulneró la prohibición Constitucional fue aquel en el que el representante de los decanos el señor MAURICIO DUARTE TORO, participó en la sesión en la que resultó elegido como rector encargado al demandado, pues como ya se mencionó el señor PEDRO LEÓN REYES GASPAS ya había intervenido en la designación como decano del mencionado representante. (...). Nótese como si bien es cierto el demandado, en su anterior calidad de rector titular, participó de la designación del representante de los decanos ante el Consejo Superior Universitario quien a su vez intervino en la designación que la Sala decidió anular, en realidad no participó de manera alguna en su elección original como decano; es decir, en su ingreso al servicio público. Lo anteriormente expuesto resulta de la mayor relevancia teniendo en cuenta que la designación en la que, anteriormente, participó el rector, no fue designación: (i) de servidor público, (ii) ni para empleos público. (...). Debo señalar que es, básicamente, la diferencia entre elegir Magistrado del Consejo de Estado o designar a un Magistrado del Consejo de Estado para la Comisión de Género o para ser el Presidente de una Sección al interior de la Corporación, decisiones, que si bien implican designaciones, no lo son como servidores públicos -pues ya lo son- ni generan el efecto de acceder al empleo público, ya que de la misma manera en que ser Presidente de una de las Secciones no conlleva el ejercicio de cargo público, tampoco implica el ser designado como representante de los decanos. Entonces, en realidad se trata, mera y llanamente, de designaciones obligatorias que corresponde hacer para el adecuado funcionamiento de los distintos equipos de trabajo al interior de una entidad pública, llámese Consejo Superior Universitario, Sala de Gobierno, Comisión de Género o Comité de Convivencia Laboral. (...). [L]a forma en la que está redactado el artículo [126 de la Constitución Política] impone concluir que cuando la norma se refiere a la prohibición de los servidores públicos de nombrar o postular a “quienes hubieren intervenido en su postulación o designación”, se está refiriendo a quienes hubieren intervenido en su postulación o designación como servidores públicos, y no en la postulación o designación para ser parte de

un equipo de trabajo al interior de la respectiva entidad. (...). Por último, pero no menos importante, ha de tenerse en cuenta el efecto material que se genera con la interpretación que defiende la sentencia, que no es otro que “inhabilitante” para ocupar el cargo de rector para los profesionales que hacen carrera en el ámbito universitario. En virtud del principio constitucional de autonomía universitaria, que le permite a estos entes darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos, la mayoría permiten y propician el ascenso en las dignidades y cargos con el discurrir del tiempo, como en el presente caso, el decano, o académico en general, que por su trayectoria ha representado a este estamento ante el Consejo Superior Universitario, y quien, precisamente por ello, es el candidato natural para ser elegido rector, con la tesis del fallo siempre estaría inhabilitado, lo que generaría un efecto negativo a la hora de conformar los consejos académicos y superior universitario de cualquier universidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 69 /
CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126 INCISO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00111-00

Actor: DUVÁN ANDRÉS ARBOLEDA OBREGÓN

Demandado: PEDRO LEÓN REYES GASPAS - RECTOR ENCARGADO DE LA UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Referencia: Nulidad electoral

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto manifiesto las razones por las que salvo mi voto en la sentencia de 13 de junio de 2019, que declaró la nulidad del acto de designación, como rector en encargo, del señor **PEDRO LEÓN REYES GASPAS**.

Valga señalar que los argumentos que expondré ya los he manifestado en oportunidades anteriores en casos similares.

En esta oportunidad, la Sala mayoritaria concluyó que antes de su escogencia como rector (e), el demandado participó en la sesión en la cual resultó elegido como representante de los decanos ante el Consejo Superior Universitario al señor **MAURICIO DUARTE TORO**.

Posteriormente, el decano **MAURICIO DUARTE TORO** intervino en la designación del señor **PEDRO LEÓN REYES GASPAR**, como rector en encargo.

En consecuencia, desde la perspectiva del inciso 2⁶⁰ del artículo 126 de la Constitución Política, para la mayoría de la Sala la anterior situación encuadra en la prohibición que impide al servidor público, directamente o por indirecta persona, nombrar, elegir, postular y en general designar a personas como servidores públicos que lo eligieron, nombraron, postularon o designaron en un cargo.

Frente a lo reseñado, y para expresar las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada en la Sala que accedió a las pretensiones de la demanda, me permito plantear la siguiente temática:

1. En primer lugar, los hechos que dieron lugar al medio de control de nulidad electoral radican en la supuesta **vulneración del artículo 126 de la Constitución Política** porque el aquí demandado, en su calidad de rector titular, intervino, en la designación del representante de los decanos ante el Consejo Superior Universitario de la Surcolombiana quien luego lo participó en la sesión en la cual decidió la designación de rector en encargo a favor del señor **PEDRO LEÓN REYES GASPAR**.

De conformidad con el segundo inciso de la referida prohibición Constitucional, se tiene que los servidores públicos “...**tampoco podrán** nombrar ni **postular como servidores públicos**, ni celebrar contratos estatales, **con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación**, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior”.

El momento en el que, según la sentencia se vulneró la prohibición Constitucional fue aquel en el que el representante de los decanos el señor **MAURICIO DUARTE TORO**, participó en la sesión en la que resultó elegido como rector encargado al

⁶⁰ **ARTÍCULO 126.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

demandado, **pues como ya se mencionó el señor PEDRO LEÓN REYES GASPAR** ya había intervenido en la designación como decano del mencionado representante.

Así las cosas, considero pertinente y fundamental, integrar en el análisis del asunto (i) las formas de ingreso al servicio público y (ii) el concepto de autonomía universitaria que permite a esos entes darse su propia regulación y establecer la forma de elección y designación del rector.

La Constitución Política en el capítulo 2 de la función pública, del Título V sobre la organización del Estado, dispone que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento, entre otras pautas de carácter fundamental sobre el servicio público, específicamente respecto del ingreso y en su artículo 125 señala que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera a excepción de los cargos de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Sobre el ingreso a la función pública, de acuerdo a la propia Constitución, esta se puede dar por elección, nombramiento o designación, en este caso, es el Consejo Superior Universitario de la Surcolombiana, según el numeral 8º del artículo 24 del Acuerdo 075 de diciembre de 1994 -Estatuto General- el encargado de designar el rector, en virtud del principio de autonomía universitaria consagrado en el artículo 69 de la Constitución Política, que permite que estos entes educativos gocen de autorregulación, que puedan darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos.

Así mismo, debe resaltarse que, de conformidad con el artículo 18 del Estatuto General de la Universidad, el Consejo Superior Universitario está integrado por:

- El Ministro de Educación Nacional o su delegado.
- El Gobernador del Departamento del Huila o su delegado.
- Un miembro designado del Presidente de la República.
- **Un Decano elegido por el Consejo Académico.**
- Un representante de los docentes.
- Un representante de los estudiantes.
- Un representante de los egresados.
- Un representante del sector productivo del Huila.
- Un ex rector de la Universidad Surcolombiana.
- El rector de la universidad con voz y sin voto.

Igualmente, el Estatuto General de la Universidad señala que el Consejo Académico lo integran los decanos de las facultades.

Nótese como si bien es cierto el demandado, en su anterior calidad de rector titular, participó de la designación del representante de los decanos ante el Consejo Superior Universitario quien a su vez intervino en la designación que la Sala decidió anular, en realidad **no participó de manera alguna en su elección original como decano; es decir, en su ingreso al servicio público.**

Lo anteriormente expuesto resulta de la mayor relevancia teniendo en cuenta que la designación en la que, anteriormente, participó el rector, no fue designación: (i) de servidor público, (ii) ni para empleos público.

En efecto, no hay lugar a duda que la designación que se menciona como fundamento de la posible incursión en la prohibición del artículo 126 de la Constitución Política –representante de los decanos-, en realidad se llevó a cabo para integrar el Consejo Superior Universitario, que parte de la base de un nombramiento anterior –que ya tuviera la calidad de decano- y que en ningún caso refiere al ingreso a la función pública como servidor público, pues este ya se había llevado a cabo con anterioridad.

Debo señalar que es, básicamente, la diferencia entre elegir Magistrado del Consejo de Estado o designar a un Magistrado del Consejo de Estado para la Comisión de Género o para ser el Presidente de una Sección al interior de la Corporación, decisiones, que si bien implican designaciones, no lo son como servidores públicos -pues ya lo son- ni generan el efecto de acceder al empleo público, ya que de la misma manera en que ser Presidente de una de las Secciones no conlleva el ejercicio de cargo público, tampoco implica el ser designado como representante de los decanos.

Entonces, en realidad se trata, mera y llanamente, de designaciones obligatorias que corresponde hacer para el adecuado funcionamiento de los distintos equipos de trabajo al interior de una entidad pública, llámese Consejo Superior Universitario, Sala de Gobierno, Comisión de Género o Comité de Convivencia Laboral.

En este punto, resulta necesario recordar que la prohibición objeto de estudio impone que los servidores públicos les queda vedado “nombrar ni **postular como servidores públicos**, ni celebrar contratos estatales, **con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación**, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior”.

Así las cosas, la forma en la que está redactado el artículo impone concluir que cuando la norma se refiere a la prohibición de los servidores públicos de nombrar o postular a “quienes hubieren intervenido en su postulación o designación”, se está refiriendo a quienes hubieren intervenido en su postulación o designación **como servidores públicos**, y no en la postulación o designación para ser parte de un equipo de trabajo al interior de la respectiva entidad.

2. El anterior análisis exige el estudio de la jurisprudencia electoral del Consejo de Estado que en 7 oportunidades distintas, 4 de ellas en vigencia de la versión original de la norma, y las otras 3, una vez modificada por el Acto Legislativo No. 2 de 2015, ha tenido oportunidad de manifestarse sobre el asunto.

a. Caso Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura⁶¹

El primer antecedente relevante sobre la materia se fijó en el caso de la nulidad electoral de **Francisco Javier Ricaurte Gómez**, como Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, previo a haberlo sido de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior implica que en este precedente existió una puerta giratoria teniendo en cuenta que el doctor **Ricaurte Gómez**, como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, **intervino en la elección de los demás Magistrados de dicha Corporación**, quienes, a su vez, lo eligieron a él ante la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura materializando el devastador esquema del “yo te elijo, tú me eliges” que finalmente llevó al Consejo de Estado a declarar la nulidad de la elección de Ricaurte Gómez como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura.

b. Caso Procurador General de la Nación

El segundo antecedente relevante sobre la materia lo tenemos en el caso de la nulidad electoral del doctor **Alejandro Ordoñez Maldonado**, como Procurador General de la Nación, quien antes de su designación en tal dignidad había tenido oportunidad de **nombrar en cargos en su entidad** a familiares de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quienes lo postularon como candidato a la terna para ser reelegido Procurador.

c. Caso Contralor General de la República

En este antecedente, para uno de los demandantes, en la elección del Contralor **Edgardo Maya Villazón** se había desconocido la prohibición de favorecimiento electoral conocida como “yo te elijo, tú me eliges”. Se dijo en la sentencia:

⁶¹ Por tratarse materialmente del mismo caso, no nos referiremos a los antecedentes de los doctores Munar y Ricaurte separadamente.

“Descendiendo las consideraciones antedichas al caso concreto, lo primero que ha de advertirse es que, en atención a lo ordenado por la Sección en audiencia inicial, se recibió certificación por parte del Ministerio Público en la que se indica que el demandado fungió como cabeza de dicho ente en los períodos que van, primero, de 13 de enero de 2001 a 12 de enero de 2005 y, segundo, de 13 de enero de 2005 a 14 de enero de 2009.

No obstante, los nombramientos que la parte demandante endilga a la potestad nominadora que tenía el demandado carecen de soporte probatorio dentro del expediente, ya que nunca fueron acreditadas, por ninguno de los sujetos procesales, las supuestas designaciones que en el Ministerio Público recibieron los doctores Gabriel Mendoza y Alberto Rojas, o los familiares del doctor Jorge Pretelt, ni mucho menos que estos hubieran sido efectuados por el hoy demandado y que, aun en caso de que le fueran atribuibles, no tuvieran como sustento la carrera especial o el mérito; lo cual, valga aclarar, tampoco puede ser asumido como un hecho notorio que debiera conocer esta Sección Quinta, pues ninguna norma establece que el señor Procurador General deba informarle cada nombramiento que haga en la entidad que representa.

Por ello, cualquier otra consideración adicional en torno a la participación de los mencionados togados en el trámite de postulación del demandado sería innecesaria”.

Así las cosas, para la Sala Electoral del Consejo de Estado resultó incuestionable que el cargo analizado no estaba llamado a prosperar, ante la ausencia de acreditación probatoria de los hechos alegados por uno de los demandantes, que en cualquier caso **iban encaminados a acreditar nombramientos al interior del Ministerio Público**, en la época en la que el Contralor **Edgardo Maya Villazón** había estado en esa entidad.

d. Caso Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

En este proceso, para la demandante, varios preceptos constitucionales fueron vulnerados con ocasión de la expedición de los actos electorales que declararon la elección de los distintos Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que los demandados incurrieron, en la sesión de 28 de enero de 2016, en un “carrusel de renunciaciones, aceptaciones, nombramientos, confirmación de requisitos y posesiones in situ”, lo cual configuraría la prohibición del “yo te elijo, tú me eliges” y aquella denominada “yo me postulo, yo me elijo”, trastocándose de esta manera los principios de moralidad administrativa, imparcialidad e igualdad, prescritos en el artículo 209 superior.

La Sala encontró acreditada la vulneración en la medida en que de forma concomitante y correlativa los demandados, nuevos Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, **todos para acceder a dicho cargo**, se prevalieron de la previa postulación y elección de sus colegas.

e. Caso Rector Universidad de Sucre

En este antecedente, se analizó el caso electoral de la nulidad de la designación del Rector de la Universidad de Sucre, en el que a diferencia de los casos anteriores, las pretensiones anulatorias de la parte demandante fueron desestimadas.

El problema jurídico giraba en torno a la participación que tuvieron los miembros del Consejo Académico de la Universidad en la designación del rector demandado, a quienes les había correspondido elaborar la lista de habilitados y no habilitados dentro del trámite eleccionario del rector. Lo anterior se tornaba relevante teniendo en cuenta que, a su vez, el rector demandado había participado en la designación de algunos de los miembros del Consejo Académico.

La evidente inconexión entre los hechos y la norma llevaron, precisamente, a denegar las pretensiones de la demanda por lo que acá, ni siquiera hubo ocasión de analizar el asunto.

f. Caso Rector Universidad de Cundinamarca

El último antecedente sobre la materia, tuvo oportunidad de analizar el caso de la elección del Rector de la Universidad de Cundinamarca.

En síntesis, adujo el demandante que el rector elegido nombró o postuló a: **Ana Patricia Ángel Moreno**, Secretaria General, **Emilia López Luna**, Rectora *ad hoc*, **Emilia López Luna**, Vicerrectora Académica, **Julio Cesar Orjuela Peña**, Decano de Ingeniería y Arquitectura, **Clemencia del Carmen Gaitán Didier**, Decana de Ciencias Sociales, **Ana Isabel Mora Bautista**, Decana de Ciencias de la Salud, **Carmen Eliana Caro Nocua**, Decana de Derecho, **Alonso Vega García**, Decano de Administración y Economía, **Daniel Enrique Afanador Macías**, Representante Sector Productivo y, **Jaime Restrepo Cuartas**, Representante de los Ex rectores.

Señaló que las personas nombradas en los cargos antes relacionados tuvieron injerencia directa en el proceso eleccionario que se acusa de ilegal.

En este caso, el demandado sí participó en el nombramiento y elección de diferentes dignidades y de funcionarios, que en virtud de tal designación ingresaron al servicio público, como la secretaria general.

3. Por último, pero no menos importante, ha de tenerse en cuenta el efecto material que se genera con la interpretación que defiende la sentencia, que no es otro que “inhabilitante” para ocupar el cargo de rector para los profesionales que hacen carrera en el ámbito universitario.

En virtud del principio constitucional de autonomía universitaria, que le permite a estos entes darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos, la mayoría permiten y propician el ascenso en las dignidades y cargos con el discurrir del tiempo, como en el presente caso, el decano, o académico en general, que por su trayectoria ha representado a este estamento ante el Consejo Superior Universitario, y quien, precisamente por ello, es el candidato natural para ser elegido rector, con la tesis del fallo siempre estaría inhabilitado, lo que generaría un efecto negativo a la hora de conformar los consejos académicos y superior universitario de cualquier universidad.

En conclusión, de conformidad con los argumentos expuestos considero que las pretensiones de la demanda debieron ser denegadas, pues como ya lo expliqué en realidad el demandado no intervino en la designación de una persona para que accediera a un cargo público, pues el decano que se nombró como representante ante el Consejo Superior Universitario de la Surcolombiana ya había tenía la calidad de servidor público; por tanto, no se cumple las exigencias de la que trata el numeral 2º del artículo 126 de la Constitución Política, esto sin dejar de mencionar que la tesis expuesta en la sentencia de la cual me aparto, como ya lo expliqué atenta contra el autonomía y debido funcionamiento de las universidades, al momento de elegir los integrantes de sus órganos directivos.

En los anteriores términos salvo mi voto,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada