



MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra el acto de designación de rector de la Universidad Francisco de Paula Santander / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA – Alcance

[E]sta Corporación ha expuesto que por mandato constitucional las universidades cuentan con autonomía para darse sus propias reglas de organización y funcionamiento, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses y prohibiciones, disponiendo lo propio en sus estatutos. Por ello, pueden contar con un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades, siempre dentro del marco las garantías de carácter constitucional y respetando el principio de reserva legal. (...). Teniendo en cuenta que los entes universitarios autónomos tienen la posibilidad de llenar los vacíos normativos, se tiene que los estatutos de la Universidad Francisco de Paula Santander no reguló el tema respecto del reintegro al servicio de las personas pensionadas y en cuanto a inhabilidades e incompatibilidades de los empleados de la Universidad los rige la ley.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la autonomía universitaria en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que pueden establecer, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia 16 de octubre 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00019-00, C.P. Alberto Yepes Barrero. Sobre la posibilidad de acudir al derecho supletivo por ausencia normativa en el régimen propio de las entidades universitarias, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 15 de septiembre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00014-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 69 / LEY 30 DE 1992 – ARTÍCULO 28 / LEY 30 DE 1992 – ARTÍCULO 29 / LEY 30 DE 1992 – ARTÍCULO 67

EDAD DE RETIRO FORZOSO – No constituye inhabilidad sino impedimento para acceder a un cargo público / INHABILIDADES – Interpretación restrictiva

De esta manera se concluye que la edad de retiro forzoso no constituye una inhabilidad. Es un impedimento para poder tomar posesión del cargo. (...). El concepto de calidades y requisitos, hace referencia a las condiciones que según la Constitución y la ley debe cumplir una persona que aspire a determinada dignidad, las cuales varían de acuerdo con el empleo al que se aspire. Por otra parte, las inhabilidades, se traducen en las situaciones previstas en la ley que limitan el acceso a un cargo o que conlleva a la imposibilidad sobreviniente para continuar en su ejercicio. Dichas circunstancias se constituyen en el marco del medio de control de nulidad electoral como una causal de nulidad de carácter subjetivo – dado que recae exclusivamente en el elegido- y no en el proceso de elección ni en alguna de las etapas del proceso electoral. (...). La Sección Quinta ha sido constante en reiterar que en la medida en que las inhabilidades implican la afectación del derecho fundamental a la participación política, en sus modalidades de ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, la interpretación de su alcance es restrictiva. En el mismo sentido ha manifestado que las inhabilidades no solamente se identifican por la capacidad invalidante que tienen, sino también porque corresponden a actos o situaciones relativos a la persona y el carácter teleológico de su inspiración, supone que el desempeño de la función pública la desarrollen personas probas, libres de toda tacha o sanción penal, que no representen factores de desequilibrio del poder derivados del propio Estado, afectando el principio de igualdad en el proceso que antecedió a su



designación o elección. Las inhabilidades se deben verificar desde el momento de la inscripción de las candidaturas, pues en el caso de presentarse hacen al candidato inelegible, en tanto que los impedimentos se materializan en la posesión del cargo, que es el momento en que se revisa el cumplimiento de las circunstancias y condiciones que se requieren para el acceso y ejercicio.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a la edad de retiro forzoso y que constituye impedimento para acceder al cargo, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 7 de septiembre de 2015, radicación 13001-23-33-000-2014-00343-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre el mismo tema y el hecho de que la edad de retiro forzoso no constituye inhabilidad sino un impedimento para tomar posesión del cargo, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 8 de octubre de 2014, radicación 76001-23-33-000-2014-00304-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro (E). En cuanto a las calidades de quienes se postulan como candidatos y las inhabilidades que los afectan, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de marzo de 1999, radicación 1847, C.P. Mario Alario Méndez. Con respecto a las inhabilidades y su alcance restrictivo, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 30 de mayo de 2019, radicación 18001-23-33-000-2018-00194-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2400 DE 1968 – ARTÍCULO 29 / DECRETO LEY 2400 DE 1968 – ARTÍCULO 31 / DECRETO REGLAMENTARIO 1950 DE 1973 – ARTÍCULO 122 / DECRETO REGLAMENTARIO 1083 DE 2015 – ARTÍCULO 2.2.11.1.7

EDAD DE RETIRO FORZOSO – Para docentes de los entes universitarios autónomos / RECTOR – Naturaleza del cargo

Esta disposición [artículo 19 de la Ley 344 de 1996] establece dos reglas respecto de los servidores públicos docentes que adquieran derecho a disfrutar de la pensión, una de ellas es hacer uso de dicho beneficio y otra seguir prestando sus servicios al Estado hasta después de cumplir la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán seguir vinculados laboralmente hasta por 10 años más, luego de llegar a su edad de retiro, e indicó que la mencionada pensión se comenzará a pagar cuando los funcionarios se hayan desvinculado del servicio. (...). [L]a Sala estima que el cargo de rector de la Universidad Francisco de Paula es eminentemente administrativo, pues si bien es cierto uno de los eventuales requisitos para acceder al cargo es haber sido profesor universitario por 10 años, ello implica experiencia con la docencia, actividad principal de toda universidad, aspecto que debe conocer el rector para poder administrar con eficiencia la universidad. Complementa lo anterior, que dichos requisitos no implican que el empleo aludido tenga funciones de docencia.

FUENTE FORMAL: LEY 344 DE 1996 – ARTÍCULO 19

PERSONA PENSIONADA – Prohibición de reintegro al servicio / PERSONA PENSIONADA – Excepciones a la prohibición de reintegro al servicio / NULIDAD ELECTORAL – Se niegan pretensiones puesto que el demandado acreditó el cumplimiento de los requisitos para ejercer el cargo

El 26 de junio de 2018 el Consejo Superior de la Universidad Francisco de Paula Santander expidió el Acuerdo No. 029, por medio del cual se designó como rector al señor Héctor Miguel Parra López y ese día se produjo su posesión. Tanto la designación, como la posesión del señor Parra López cumple con los requisitos



legales, toda vez que el Decreto Reglamentario 1037 de 2018 habilitó desde el 21 de junio, a las personas menores de 70 años en el estatus de pensionados a reintegrarse al cargo de rector de ente universitario y el demandado tenía la edad de 67 años al momento de la designación. Finalmente, la Sala ha dispuesto que el artículo 128 constitucional consagra una incompatibilidad y no una inhabilidad como lo dedujo el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, porque el señor Parra se encontraba devengando una pensión de vejez, que en principio, tampoco se constituye como causal de nulidad del acto acusado. Lo procedente en estas situaciones, dada la aplicación de la excepción de reintegro, es la solicitud de suspensión del pago de la pensión de vejez, lo cual está acreditado en el proceso. (...). La Sala considera que el acto acusado, no se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del de la Ley 1437 de 2011, puesto que el demandado para el momento de la designación y posesión acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para ejercer el cargo de rector.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2400 DE 1968 – ARTÍCULO 29 / DECRETO 1950 DE 1973 / DECRETO 1083 DE 2015 / DECRETO 648 DE 2017 – ARTÍCULO 2.2.11.1.5 / DECRETO 1037 DE 2018 – ARTÍCULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 54001-23-33-000-2018-00220-02

Actor: JOSÉ ARMANDO BECERRA VARGAS

Demandado: HÉCTOR MIGUEL PARRA LÓPEZ - RECTOR UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER - PERÍODO 2019-2021

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Autonomía universitaria, edad de retiro forzoso, reintegro al servicio de pensionados

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

1. Se decide mediante sentencia de segunda instancia los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, su coadyuvante, el apoderado de la Universidad Francisco de Paula Santander y el demandado contra el fallo proferido el 2 de abril de 2019, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió a las pretensiones de las demandas acumuladas.



I. ANTECEDENTES

1.1 Demandas de nulidad electoral en el proceso 2018-000220-00 y en el proceso 2018-000225-00 (acumulados)

2. Los señores Carlos Alberto Bolívar Corredor y José Armando Becerra Vargas en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, demandaron el Acuerdo No. 029 del 26 de junio de 2018, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Francisco de Paula Santander, por el cual se designó Rector de la Universidad para el Periodo 2018 – 2021.

1.1.1 Hechos probados

3. Por medio del Acuerdo 0M12 de 15 de marzo de 2018 se convocó a la comunidad universitaria a la consulta democrática para definir los candidatos para el proceso de designación del Rector de la Universidad Francisco de Paula Santander, período 2018 – 2021¹.

4. El señor Héctor Miguel Parra López se inscribió en dicha convocatoria y durante el proceso de inscripción manifestó bajo la gravedad de juramento que no se encontraba impedido ni inhabilitado para ejercer el cargo de rector de la citada institución universitaria².

5. Adicionalmente, los señores Julio Alberto Tarazona Navas y Claudia Elizabeth Toloza manifestaron a la institución universitaria su interés de participar en dicho proceso de elección³.

6. El 25 de mayo de 2018, sesionó en forma extraordinaria el consejo electoral universitario para analizar la presunta incursión en causal de inhabilidad del señor Héctor Miguel Parra López por haber obtenido derecho a pensión el 29 de diciembre de 2015 y con su inscripción pretender el reintegro al servicio en el cargo de rector, además analizar se superaba o no la edad de retiro forzoso. Concluyó este órgano colegiado que esta circunstancia carecía de fundamento jurídico y, en tal virtud, ratificó el listado de candidatos inscritos⁴.

7. Concluida la jornada electoral, el señor Héctor Miguel Parra López obtuvo el 59% de la votación, resultado frente al cual se otorgó un término de 5 días para presentar impugnaciones⁵.

8. Recibidas las impugnaciones, se sometieron al estudio del consejo electoral universitario, corporación que las remitió al Consejo Superior con la consideración de que el estudio de las inhabilidades al cargo de rector debían ser objeto de

¹ Folios 26 al 28 cuaderno 2.

² Folio 567 cuaderno 5 y folio 39 cuaderno 2.

³ Folios 568 y 569 cuaderno 5 y folio 39 cuaderno 2.

⁴ Folios 516 a 517 cuaderno 5.

⁵ Folios 521 a 522 cuaderno 5.



análisis por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁶ y por ello el Consejo Superior Universitario resolvió de forma desfavorable las impugnaciones⁷.

9. En virtud de lo anterior, por Acuerdo 029 de 26 de junio de 2018 el Consejo Superior Universitario designó como rector al candidato Héctor Miguel Parra y le dió posesión ese mismo día previa verificación de los documentos necesarios para ello⁸.

1.1.2 Normas violadas y concepto de la violación

10. Señalan los demandantes, que el acto enjuiciado está incurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el candidato elegido no reúne las calidades de elegibilidad al encontrarse inmerso en causal de inhabilidad.

11. Lo anterior, porque el señor Parra López disfruta de una pensión de jubilación pagada por Colpensiones y cuota parte de la Universidad circunstancia que, de conformidad con el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1583 de 2015, prohíbe que sea reintegrado al servicio al no encontrarse el cargo de rector en el listado de excepciones facultados para ello. Adicionalmente este candidato había superado la edad de retiro forzoso prevista en el Decreto Ley 2400 de 1968, esto es 65 años, sin que le sea aplicable la Ley 1821 de 2016 que fija el límite en 70 años, por tratarse de una situación consolidada con anterioridad a su entrada en vigencia.

12. Adicionalmente, en el proceso 2018-000220-00 se acusó que el acto de designación adolecía de la causal de nulidad contenida en el numeral 3 del artículo 275, por cuanto se modificó de manera unilateral y arbitraria la fecha de la sesión ordinaria en la que debía efectuarse el nombramiento del consejo superior universitario, dado que la resolución de impugnaciones y la designación del rector estaba prevista para el 15 de junio de 2018 y ésta se efectuó el 26 del mismo mes y año, lo que influyó en el criterio legal para la designación del rector, en la medida en que para la fecha en que estaba prevista la reunión para el nombramiento de la máxima autoridad universitaria no se encontraba vigente el decreto 1037 de 2018, el cual amplió las excepciones para reintegrar a personas pensionadas a la función pública, incluyendo entre ellos al cargo de rector universitario.

1.2. Sentencia de primera instancia

13. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante sentencia del 2 de abril de 2019, decidió declarar la nulidad de la elección del señor Héctor Miguel Parra López como rector de la Universidad Francisco de Paula Santander. Basó dicha decisión en el estudio de tres ejes fundamentales. El primero, atiende a la supuesta imposibilidad del señor Parra López para reintegrarse al servicio público por ostentar la calidad de pensionado. El segundo, versa sobre el presunto

⁶ Folios 523 a 527 cuaderno 5.

⁷ Folios 72 a 73 cuaderno 1.

⁸ Folios 74 – 75 cuaderno 2.



impedimento legal en el que incurrió el señor Parra para ser designado rector por haber superado la edad de retiro forzoso y, por último, la supuesta irregularidad en que se incurrió en el proceso de votación por el hecho de haberse nombrado al rector en una sesión por fuera de las fechas establecidas.

14. Luego de explicar el concepto, contenido, alcance de la autonomía universitaria y citar las normas que rigen sistema de elección del rector de la universidad Francisco de Paula Santander, precisó el Tribunal, que era necesario comenzar por definir cuál es la naturaleza jurídica del cargo de rector de un ente universitario autónomo con base en la ley y los estatutos, a fin de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable para la edad de retiro forzoso del señor Héctor Miguel Parra López.

15. En este punto la Sala concluyó que, según los estatutos de la Universidad Francisco de Paula Santander, para ostentar la calidad de rector de la institución se debieron ejercer funciones académicas y no solo las administrativas propias de tal cargo, en esa medida es aplicable la norma especial del artículo 19 de la Ley 344 del 27 de diciembre de 1996, para lo cual dispuso que si bien *“el señor Héctor Miguel Parra López, cumplió 65 años de edad con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, esto es, el 12 de febrero de 2016, empero, en principio, tenía derecho a seguir laborado hasta por diez años más, en virtud de lo normado en la Ley 344 de 1996”*. Conforme con lo anterior negó el primer cargo de la pretensión anulatoria.

16. Ahora bien, respecto del reproche edificado en el supuesto impedimento que recaía sobre el señor Parra López para inscribirse en el proceso electoral para la designación del rector, tras considerar que según el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1583 de 2015, el cual consagra que una persona mayor de 70 años o retirada del servicio no podrá reintegrarse al mismo, la Sala encontró probada tal circunstancia, pues del *“análisis del contexto normativo y probatorio, conlleva a la Sala a considerar, que dentro del desarrollo del proceso electoral, el ciudadano Héctor Miguel Parra López se encontraba incurso en una causal de inelegibilidad (prohibición general de reincorporación en su calidad de pensionado), toda vez, que se le había concedido la pensión de jubilación a través de la Resolución No. 1152 del 24 de diciembre del 2015 y a la fecha de inscripción, como de la jornada electoral, que se declararon válida el 20 de junio de 2018 por aparte del Consejo Directivo Universitario, el Decreto 1083 de 2015 del 26 de mayo de 2015, no consagraba dentro de sus excepciones el cargo de Rector, de tal suerte, que participó en el proceso electoral con infracción de una prohibición normativa”*.

17. Aclaró, que si bien es cierto, los actos definitivos son los únicos posibles de control jurisdiccional es decir aquellos que culminan un procedimiento electoral o establecen lineamientos generales sobre dicho procedimiento, dicha circunstancia no significa que para el caso en concreto, no se pueda el proceso de formación del acto que finalizó con el nombramiento del señor Parra López como rector del ente universitario, por cuanto el demandado se inscribió como aspirante al mencionado cargo cuando sobre él recaía una causal de inelegibilidad.



18. Aunado a ello advirtió, que en el trámite de la convocatoria el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1037 de 2018, más precisamente antes de la designación respectiva, normativa mediante la cual se incluyó dentro de las excepciones que permiten el reintegro al servicio de las personas pensionadas que no hayan llegado a la edad de retiro forzoso el cargo de rector, el Tribunal dispuso que, *“tal normativa no tenía la capacidad de conjurar los efectos de los actos de formación del acto de designación, máxime cuando, tal y como lo planteó el Delegado del Ministerio Público, se debe dar aplicación al principio general de derecho, según el cual la Ley y el acto administrativo de creador de situaciones jurídicas generales no tienen efectos retroactivos, por lo cual, se reitera, del Decreto 1037 de 2018 no convalidó las irregularidades surtidas en el proceso de formación del acto electoral”*.

19. Adicionalmente advirtió que, al momento de expedirse el acto de designación del rector de la Universidad Francisco de Paula Santander se encontraba vigente el Decreto 1037 del 21 de julio de 2018, el cual adicionó el parágrafo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, circunstancia que *“no excluye que desde el inicio de la actuación administrativa imperara el desconocimiento de normas que gobernaban las fases iniciales del proceso en cuestión, lo que notablemente desencadenó actos administrativos dotados de ilegalidad”*, lo cual hace necesario acceder a ella.

20. Ahora bien, respecto del reproche edificado con base en la causal de nulidad contenida en el numeral 3 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, pues según el actor la designación del rector se realizó por fuera de las fechas establecidas para tal fin, el Tribunal negó dicho reparo al indicar que la designación del rector se realizó dentro de los tiempos establecidos en los estatutos de la universidad y que en principio si bien hubo un cambio en el cronograma de la sesiones ordinarias del Consejo Superior Universitario fijadas previamente, *“dicha circunstancia en sí misma, no tiene el poder de afectar la validez del acto de designación del Rector. Ello además, porque dentro del estamento de la Universidad, no existe disposición, que prohíba la modificación del cronograma de sesiones ordinarias por parte del Consejo Superior Universitario”*.

21. Bajo las circunstancias antes explicadas, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, decidió declarar nulo el Acuerdo No. 029 del 26 de junio de 2018 que designó al señor Parra López como Rector de la Universidad Francisco de Paula Santander, para el periodo 2018 – 2021 y dispuso que el Consejo Superior Universitario rehiciera la convocatoria para la designación de Rector.

1.3. Recursos de apelación

1.3.1. De la parte demandante

1.3.1.1. El apoderado de la veeduría ciudadana Carlos Alberto Bolívar Corredor



22. El 8 de abril presentó al Tribunal Administrativo de Norte de Santander recurso de apelación contra la sentencia para lo cual solicitó:

- “1. Se revoque la oración segunda del ordinal primero del fallo de primera instancia que ordena al CSU-UFPS rehacer la convocatoria de la designación.*
- 2. Se revoque el ordinal segundo del fallo de la sentencia del 2 abril de 2018 (sic) dentro del radicado de la referencia.*
- 3. Como consecuencia de la anterior, se acceda a la pretensión TERCERA⁹ de los demandantes contenida en la demanda del radicado de la referencia.*
- 4. Se confirme todo lo demás del fallo de primera instancia.*
- 5. Medida conminatoria a los miembros del máximo órgano de dirección Universitario para que se abstenga de incurrir en maniobras dilatorias, ilegítimas o de inmoralidad administrativa que derive en fraude a resolución judicial y/o reproducción del acto anulado.”*

23. Señaló que debía distinguirse entre vicios del trámite del proceso y las causales de inelegibilidad de uno de los candidatos del proceso. Para sustentar este aspecto, precisó que si bien el órgano encargado de verificar los requisitos y calidades de los candidatos permitió que un participante inhabilitado se inscribiera a la convocatoria, esto no es óbice para que de forma consecuente se haya viciado de nulidad en su integridad el proceso electoral, pues está completamente probado que todos y cada una de las etapas de la convocatoria se cumplieron como estaban consagradas inicialmente.

24. En cuanto se refiere a la irretroactividad e irretrospectividad del Decreto 1037 de 2018 en sesión de Rector(a) para el período 2018-2021, manifestó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que el proceso electoral como símbolo del sistema democrático *“(...) debe respetar las reglas de juego desde el momento de su inicio hasta su terminación (...)”*, pues desde el 15 de marzo de 2018, se expidió por parte del Consejo Superior Universitario de la Universidad Francisco de Paula Santander el Acuerdo 012 y dió inicio a la convocatoria para la elección del rector. Por tanto, la expedición del decreto que permitía a los trabajadores jubilados reintegrarse al cargo de rector antes de la designación del mismo en nada podría cambiar las reglas del juego, pues este no tenía ni carácter retroactivo o retrospectivo para los procesos de la designación del rector de las universidades públicas.

25. También considera que se vulneró el debido proceso por desconocer el precedente judicial vertical. Al respecto indicó que el Tribunal efectuó una interpretación alejada de la realidad consagrada en los precedentes, pues el análisis del caso concreto siempre versó respecto de la calidad y condición de pensionado del señor Parra López, mas no respecto de las etapas de la convocatoria para la elección del rector de la universidad Francisco de Paula Santander, lo que implicaría que la consecuencia de la sentencia de nulidad debía

⁹ *“TERCERO: Que se ordenen al Consejo Superior Universitario de la UFPS, repetir la sesión ordinaria para la designación del Rector(a) período 2018-2021 en atención a la lista de elegibles que obtuvieron el 20% de la votación ponderada”.*



retrotraerse a la sesión en la que fue designado el señor Parra López y no a otra anterior.

26. Igualmente, considera que se vulneró el debido proceso al extender el alcance de sentencia por fuera del artículo 288.3 de la Ley 1437 de 2011. En este punto refirió que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander de rehacer la convocatoria para la designación del rector del ente educativo, es una *“disposición judicial sui generis y extralimitada frente al ordenamiento procesal normativo que debe ser primero analizada y luego corregida a través de sentencia que revoque parcialmente el Numeral PRIMERO (sic)”* de la providencia objeto de apelación. Lo anterior porque a juicio del actor, la nulidad de un acto electoral con base a la causal de nulidad establecida en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 no implica que deberán anularse los actos preparatorios, como tampoco que se deba repetir el proceso electoral.

27. Trae a colación una posible vulneración a los principios *pro electoratem* o *pro suffragium* y derechos adquiridos de la candidata en lista de elegibles. Adujo que el Tribunal con la decisión mediante la cual ordenó rehacer la convocatoria para la elección del rector de la Universidad Francisco de Paula Santander vulneró el artículo 58 de la Constitución Política de 1991, es decir los derechos adquiridos de las demás personas que conformaban la lista de elegibles para proveer el cargo de rector del citado ente universitario autónomo, específicamente los de la señora Claudia Elizabeth Toloza Martínez y demás participantes desconociendo, los gastos incurridos en el proceso de votación y las más de 5.000 mil personas que respaldaron las propuestas de la señora Toloza Martínez.

28. Adicionalmente, invoca la vigencia y legalidad del Acuerdo 012 de 2018 que convocó a proceso de designación de Rector (a) para el período 2018-2021. En lo tocante a este aspecto, expresó que en el acuerdo por medio del cual se abrió el proceso de convocatoria para proveer el cargo del rector de la Universidad Francisco de Paula Santander, en ningún momento fue controvertido por adolecer de algún vicio en su expedición o contenido, como tampoco fue objeto de declaratoria de nulidad en la sentencia apelada por tanto, concluyó que el citado acto mantiene su vigencia y se presume legal, en esa medida no es dable rehacer la convocatoria para la designación del rector dado que el Acuerdo 012 al ser un acto de carácter general creó situaciones jurídicas particulares que le otorgan el derecho a los inscritos en el proceso electoral a continuar en el mismo.

29. Finalmente, recalca la vigencia de las actas de inscripción de los candidatos Tarazona y Toloza que crearon situaciones jurídicas de carácter particular y concreto. En este punto, solamente afirmó en complemento de lo anterior que el Acuerdo 012 de 2018 también generó situaciones jurídicas concretas para el señor Julio Tarazona Navas, pues era la otra persona que conformaba la lista de elegibles para designar al rector de la universidad, por ende no se podía retrotraer el proceso de elección a sus inicios, sino desde el momento en que se designó la máxima autoridad de la entidad de educación superior.



30. Frente a todos los argumentos esgrimidos, el demandante culmina la presentación del recurso de apelación solicitando de conformidad con la sentencia de 19 de julio de 2018 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, Magistrada Ponente Rocío Araújo Oñate, se confirme la decisión declarando la nulidad de la elección del señor Parra López y mantener *“incólume la legalidad y presunción de buena fe en todo lo actuado hasta el 26 de junio de 2018”*, es decir para que simplemente se repita la sesión de designación del rector de la Universidad Francisco de Paula Santander *“con la lista de candidatos con votación ponderada mínima del 20%, sin posibilidad de considerar vigente el decreto 1037 de 2018 por no ser retrospectivo o retroactivo a las reglas de juego establecida desde el día de la convocatoria”*.

1.3.1.2. El demandante José Armando Becerra Vargas (Revoca poder a Bolívar Corredor)

31. El accionante mediante memorial del 10 de abril de 2019, presentó recurso de apelación pretendiendo que se revoque el aparte final del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia el cual dispone *“PRIMERO. (...) En consecuencia, la declaratoria de nulidad implica que el Consejo Superior Universitario, rehaga la convocatoria para la designación del Rector de la Universidad Francisco de Paula Santander”*. Adicionalmente, se revoque el segundo resuelve de la decisión el cual enuncia *“SEGUNDO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda”*, para que en su lugar se conceda la pretensión tercera de la demanda la que reza de la siguiente forma *“TERCERO: Que se ordenen al Consejo Superior Universitario de la UFPS, repetir la sesión ordinaria para la designación del Rector(a) período 2018-2021 en atención a la lista de elegibles que obtuvieron el 20% de la votación ponderada”*. Para sustentar su impugnación presentó los siguientes argumentos:

32. No comparte el apelante, la decisión del Tribunal cuando dispuso rehacer el proceso de elección desde la convocatoria por cuanto el consejo superior omitió verificar los requisitos de los candidatos, para lo cual aseguró que el proceso de designación se adelantó conforme con la ley y él no se encuentra viciado de nulidad, dado que como se probó a lo largo del debate jurídico se respetaron cada una de las etapas del proceso electoral. Para redundar en su impugnación, critica que por esta causa, el Tribunal olvidó ceñirse a la fijación del litigio, el cual solamente se contrajo a debatir la legalidad de la elección del señor Parra López y no todo trámite adelantado para la designación respectiva.

33. Reafirma que, el debate se centró en determinar si el demandado se encontraba o no inmerso en una inhabilidad que viciara su elección, lo cual no afecta el proceso electoral como erradamente lo hizo ver el tribunal en el fallo de primera instancia. En ese orden de ideas al haber decretado la nulidad desde el inicio de la convocatoria, el tribunal vulneró los derechos adquiridos de los demás candidatos que aprobaron el proceso electoral y que hacían parte de la lista de elegibles, la cual se advierte tiene la condición de inmodificable, además de que ninguna consideración se hizo en la demanda para que el tribunal llegara a tal conclusión.



34. Considera que modular la decisión de anular el proceso electoral, vulnera los derechos de los electores que plasmaron su intención para que la lista de elegibles fuera conformada con unos candidatos determinados y no otros, adicionalmente el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011, dispone como consecuencia de anulación por causales subjetiva del artículo 275.5 ídem, es decir faltas de requisitos, calidad y circunstancia de inhabilidad, contempla solamente la cancelación de la respectiva credencial y no otra consecuencia como erradamente lo estimó el a quo.

35. En complemento con lo antes indicado, el apelante comentó que reanudar nuevamente la convocatoria, sería una situación beneficiosa para el demandando, en la medida en que podrá volverse a inscribir y eventualmente puede resultar favorecido y ayudado por el Consejo Superior Universitario.

36. Por otro lado, considera el impugnante que al señor Héctor Miguel Parra López no le era aplicable el artículo 19 de la Ley 344 de 1996. Preciso que al señor Parra López le es aplicable la edad de retiro forzoso establecida en el Decreto 2400 de 1960 el cual consagra que dicha edad es de 65. Ello es así, por cuanto el demandado cumplió los 65 el 12 de febrero de 2016 y concluyó su situación pensional en vigencia del mencionado decreto. Lo anterior implica que no lo cobija el régimen de la Ley 1821 de 2016 pues, esta empezó a regir a partir de diciembre de ese año. Además el Consejo de Estado ha establecido que no tiene efectos retroactivos.

37. Manifiesta que si se aceptara la aplicación de la Ley 344 de 1996 dicha disposición fue clara en materia del personal docente al disponer que cuando cumplan los requisitos para obtener la pensión, podrán optar por el mencionado beneficio o por el contrario seguir en el servicio académico hasta 10 años más después de llegada la edad de retiro forzoso. Bajo esas circunstancias se tiene que el señor Parra López decidió retirarse de forma voluntaria y por ello no es aplicable en forma extensiva la Ley 344 de 1996

38. El actor considera que el Tribunal erró en fundamentar su decisión anulatoria en la indebida interpretación del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, pues éste a juicio del apelante trae dos requisitos “*cumulativos*”, por un lado el que hace referencia a las personas mayores de 70 años, el segundo al individuo retirado del servicio con derecho a pensión de vejez, y por último, la consecuencia jurídica, es que quien se encuentre en los anteriores supuestos no podrá ser reintegrada al servicio. Sin embargo, de manera posterior a la inscripción a la convocatoria se incluyó una excepción a la mencionada regla y es la del cargo de rector, empero según la apreciación del recurrente dicha norma no puede ser aplicable en la medida en que fue expedida con posterioridad al proceso de inscripción al proceso electoral para escoger el rector de la universidad.

39. Otro argumento del apelante es que, el cargo de rector de universidad no es un cargo académico administrativo. Para plantear este aspecto, el actor adujo que no está de acuerdo con la consideración del Tribunal que estimó que al demandado le era aplicable el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 toda vez que el



señor Parra López había ejercido funciones académicas, pues antes de ser rector había sido académico y además que para llegar a ese cargo debía haber ejercido como docente, pues a juico del actor la disposición dispone: “(...) *el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más (...)*”; sin embargo, estableció que el demandado optó por hacer uso de su pensión.

40. Afirma el recurrente que la anterior norma fue examinada por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-584 de 1997, autoridad que consideró que ella no era discriminatoria, pues la Constitución confiere una protección especial a la educación superior y propugna por la dignificación de la actividad docente. Es por ello, que enfatiza sobre la aplicación del artículo 19 de la Ley 334 de 1996 para comentar que la norma es clara al disponer que exclusivamente aplica para los docentes universitarios es decir aquellas personas que ejercen actividades académicas.

41. Agregó que, la Ley 30 de 1992 que rige lo concerniente a la actividad universitaria, dispone que el rector es la primera autoridad ejecutiva de la universidad. De igual manera se evidencia en los estatutos de la Universidad Francisco de Paula Santander, indica que las referidas normas universitarias disponen que uno de los requisitos para ser rector, es” (...) *haber sido profesor universitario durante diez (10) años (...)*”. En conclusión, consideró que cualquier ciudadano que cumpla con los requisitos puede acceder al cargo de rector, sin que eso implique necesariamente que quien se postule para el empleo al momento de la designación deba ser docente, no obstante, dicha dignidad es eminentemente administrativa, concluir lo contrario hubiera implicado que el legislador estatutario taxativamente hubiera consagrado el requisito académico.

42. Asimismo, refirió que de ninguna de las normas estatutarias se extrae que el rector tenga funciones académicas, por contera si se evidencia que el personal docente de la universidad, son aquellos “(...) *quienes ejercen funciones de enseñanza y/o investigación y extensión dentro de la clasificación y categorías que establezca el estatuto docente (...)*”. Adicionalmente, expresó que los profesores son vinculados a la institución por medio de concurso de méritos, de igual forma dispone que estos son sometidos a una evaluación de calidad, situaciones que determina la distinción entre el personal académico y lo que implica el ejercicio del cargo rector de la institución.

43. En apoyo a lo anterior, indicó que si bien el señor Parra López se desempeñó como docente de la institución, ya no lo era para el momento en que fue designado como rector, y a su vez ninguna de las funciones establecidas en los estatutos lleva a concluir que éste empleo tenga funciones que impliquen el ejercicio de la docencia.

1.3.1.3. Coadyuvante de la parte demandante



44. El recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia proferida por el citado ente colegiado, se basó en el desacuerdo con el ordinal segundo¹⁰ y la oración final¹¹ del primer numeral de la referida providencia.

45. Para sustentar su solicitud, indicó que rehacer la convocatoria implicaría vulnerar el numeral 3 del artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 que establece las consecuencias de la sentencia de nulidad. También implica la violación del artículo 58 Superior, por el hecho de existir derechos ciertos, derechos adquiridos, y por apartarse el *a quo* de los precedentes jurisprudenciales que ya han conocido el asunto.

46. Respecto de la consecuencia de la sentencia anulatoria establecida en el numeral 3 del artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 refirió que éstos deben estar dirigidos únicamente a declarar la nulidad de “(...) *la respectiva credencial y/o el acto administrativo que designó al rector (...)*” y no como erradamente lo consideró el Tribunal al estimar que debía rehacerse la totalidad de la convocatoria.

47. Precisó, que el Tribunal solamente podía ordenar rehacer la convocatoria para la designación del rector cuando la lista de elegibles fuera conformada únicamente por el señor Héctor Miguel Parra López y si la causal invocada para la nulidad del acto electoral hubiera sido el acaecimiento de supuestas irregularidades en el trámite de su expedición, es decir la contenida en el artículo 275.3 del estatuto contencioso administrativo, lo cual no ocurrió en el asunto de marras, dado que la demanda se sustentó en la causal anulatoria contenida en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011, que hace referencia a las falta de calidades y requisitos del elegido.

48. Conforme con lo anterior, estimó que el Tribunal con el aparte final del ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia, que ordenó rehacer la convocatoria, también vulneró los derechos adquiridos de la señora Claudia Elizabeth Toloza Martínez, dado que se encontraba dentro de la lista de elegibles para el cargo de rector de la Universidad Francisco de Paula Santander, pues de no haberse dado dicha orden en la providencia, la señora Toloza Martínez pudo ser escogida como rectora de la institución educativa.

49. Al encontrar la Sala que la intervención del coayuvante repite los argumentos del demandante impugnando la modulación que hizo el Tribunal Administrativo de la sentencia, ella se estudiará conjuntamente por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 223 de la Ley 1437 de 2011.

1.3.2. Apelación de la parte demandada

1.3.2.1. Universidad Francisco de Paula Santander

¹⁰ **SEGUNDO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

¹¹ **PRIMERO.** (...) En consecuencia, la declaratoria de nulidad implica que el Consejo Superior Universitario, rehaga la convocatoria para la designación del Rector de la Universidad Francisco de Paula Santander.



50. La Universidad Francisco de Paula Santander el 10 de abril de 2019, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, deprecando la revocatoria en su integridad de la providencia impugnada, para lo cual dirigió su argumentación al solicitar al juez de segundo grado revise el único cargo que prosperó de la demanda y que estuvo dirigido a controvertir la legalidad de la elección del rector de la institución por el hecho de haberse vulnerado el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, el cual fue interpretado por el aquo como una causal de inelegibilidad.

51. Como argumento central de la impugnación planteó la incongruencia entre la fijación del litigio y el problema jurídico estudiado en la sentencia, para lo cual indicó que según la pregunta que se determinó en la audiencia inicial, estaba dirigida solamente a controvertir el acto de elección y no tomar alguna determinación sobre las situaciones previas, como lo es en el trámite del proceso electoral.

52. Adicionalmente, comentó que el proceso electoral del rector de la universidad no atiende a los presupuestos de la elección popular directa, pues para efectuar la designación de la máxima autoridad del ente educativo autónomo las reglas jurídicas que rigen las actuaciones universitarias, se hace por medio de consulta, la cual se compone de varias etapas donde participan docentes, administrativos y estudiantes, quienes manifiestan su voluntad para conformar una lista de la cual el consejo superior universitario designa al rector de la institución educativa en un acto complejo.

53. En esa medida, según los principios de autonomía universitaria, resulta incongruente la decisión anulatoria efectuada por el Tribunal, pues invocó como sustentó el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, disposición aplicable a las elecciones de carácter popular.

54. Ahora bien dispuso que no había dudas sobre el hecho de que el señor Héctor Parra López se encontraba pensionado, sin embargo el demandado se inscribió para postularse a la convocatoria para ser elegido rector, mas no para reintegrarse al servicio a un cargo del cual se desvinculó en el 2015, pues una cosa es que un servidor público se encuentre en ejercicio, una vez pensionado solicite su reintegro y otra es la del señor Parra que ya no se encontraba vinculado en el servicio, por lo que no le es aplicable la Ley 1821 de 2016.

55. La designación del señor Parra López no contiene ningún reproche pues para el momento de materializar dicha elección se adicionó el paragrafo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 que trata “(...) *del reintegro al servicio de pensionados de personas retirada con decho a pensión de vejez, incluyó en su ordinal sexto, a los Rectores de las Universidades dentro de las personas que por vía de excepción pueden reintegrarse al servicio, lo que significa que la sentencia es incongruente, dado que el acto de consulta goza de legalidad, por lo tanto el acto de designación sigue la misma suerte(...)*”.



56. La universidad afirmó que en el presente caso no se configuró una causal de inhabilidad, en la medida en que éstas según las disposiciones normativas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional son de carácter taxativo, es decir que están expresamente consagradas en la ley o en la Carta Política, bajo la mencionada aseveración lo que debe hacer el juzgador es identificar si el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 corresponde a una inhabilidad o una incompatibilidad, pues el a quo olvidó efectuar dicho análisis y determinó que ambos conceptos se subsumen dentro de las causales de inelegibilidad.

57. De forma complementaria adujo que el consejo superior tuvo varios argumentos para efectuar la designación del señor Parra López, a juicio del órgano universitario, el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 no establece una prohibición para elegir, designar o inscribirse como candidato; además esta regula la función pública de la rama ejecutiva, de la cual no hace parte la Universidad Francisco de Paula Santander en su condición de ente universitario autónomo. Adicionalmente, los supuestos de la norma deben analizarse desde el reintegro efectivo al servicio, es decir desde la posesión y no desde la inscripción o la elección; asimismo insistió en que para el momento de la designación la disposición normativa aludida fue modificada por el Decreto 1037 de 2018, incluyendo como excepción a la regla que prohibía el reintegro el cargo de rector.

58. Sobre el punto, la universidad refirió que la disposición es clara en manifestar que “(...) *La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos de (...)*, en esa medida la norma no hace referencia a la inscripción, elección o designación, si no al reintegro, en ese orden de ninguna manera podría estar viciada la elección del señor Parra López como rector.

59. En síntesis, dispuso que “(...) *tanto al momento de la **designación** del doctor Para López como Rector, así como de su posterior **posesión (reintegro)**, en nuestro ordenamiento taxativamente estaba previsto que es viable el reintegro al servicio del lesionado (...)*”, cuando éste se desempeñe como rector de un ente universitario autónomo.

60. Por otra parte, precisó que las inhabilidades tiene carácter sancionatorio, lo que implica la imposibilidad de llegar al cargo de rector de la universidad, pues toda conducta que se deriven en una sanción carácter “*penal, disciplinaria, contravencional o de cualquier forma de régimen sancionatorio*” constituyen una medida de indignidad para acceder al empleo de máxima autoridad de la institución educativa.

1.3.2.2. Héctor Miguel Parra López

61. El apoderado del señor Parra, por memorial de 10 de abril de 2019, presentó recurso de apelación oponiéndose al fallo de primera instancia, argumentando que el señor Parra López no se encontraba inmerso en impedimento, inhabilidad o incompatibilidad, ni en su inscripción ni en su elección, que lo imposibilitara para llegar al cargo de rector de la Universidad Francisco de Paula Santander.



62. Mencionó que el Tribunal omitió al menos estudiar dos cuestiones fundamentales, la primera dirigida a determinar si el párrafo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 es aplicable a los entes universitarios autónomos, y la segunda es que si esa misma disposición prevé una causal de inelegibilidad o inhabilidad.

63. Afirmó que el Decreto 1083 de 2015, indica de forma textual en sus artículos 1.1.1.1 y 2.1.1.2 que aplica para las entidades de la rama ejecutiva del poder público, y que los entes universitarios gozan de autonomía según lo previsto en el artículo 69 de la Constitución, el cual fue desarrollado por la Ley 30 de 1992, por lo cual no les aplica el mencionado Decreto.

64. Realizada la anterior salvedad, refirió que el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 no prevé una causal de inhabilidad, pues no contiene una prohibición para ser elegidos o designados, pues el hecho de estar disfrutando pensión de vejez no genera per se una circunstancia que genere una condición inhabilitante.

65. Aunado a lo anterior, dispuso que para el caso de la elección de los rectores deben atenderse los requisitos y causales de inhabilidad establecidas en los estatutos y en la Ley. Sin embargo, el Decreto 1083 de 2015, fue expedido en atención a la potestad reglamentaria del Presidente de la República lo cual es claro que no tiene rango de ley, de igual forma insistió en que regula la rama ejecutiva del poder público.

66. Insistió en que los demandantes efectuaron el sustento de su libelo genitor en el supuesto impedimento consagrado en el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015 y no en una causal de inhabilidad, refirió que los primeros son “situaciones definidas en las normas que imposibilitan el acceso a determinado destino público, y las segundas son *“restricciones previstas en la constitución o la ley que se traducen en causales de inelegibilidad”*. En conclusión de la norma demandada no se evidencia una causal de inhabilidad que prohíba, restrinja o limite el derecho constitucional que le asista al señor Parra López para ser rector de la Universidad Francisco de Paula Santander.

67. Asimismo, refirió que la norma que sustentó la decisión de primer grado, trata sobre las personas mayores de 70 años o retiradas con derecho a pensión de vejez no podrán ser reintegradas al servicio, es por ello que si en gracia de discusión se pretendiera aplicar al caso en concreto no afectaría la etapa de inscripción y elección, pues el reintegro es una situación jurídica que se cumple efectivamente cuando se efectúa la posesión en el cargo.

68. Afirmó que *“(…) las causales de inelegibilidad en los entes universitarios autónomas deben estar previstas en las normas estatutarias propias de la entidad, o en una norma de rango legal resulte aplicable por remisión de los estatutos. En el caso en estudio el a quo determinan una causal de inelegibilidad de un decreto de carácter meramente reglamentario”*. En esa medida erró el juzgador de primera



instancia al establecer la aplicación desacertada del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, extendiendo los efectos de la prohibición del reintegro a la etapa de inscripción, lo cual no está previsto en los estatutos que son las reglas que regulan las citadas etapas de la convocatoria.

1.4. Trámite del recurso de apelación

69. Mediante auto del 11 de abril de 2019¹², el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Norte de Santander concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia, y mediante proveído de 6 de mayo de 2019, la magistrada ponente admitió los recursos de apelación presentados por la parte demandante, su coadyuvante, el apoderado de la Universidad Francisco de Paula Santander y del demandado contra la sentencia del 2 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1.5. Alegatos de conclusión en el trámite de la segunda instancia

1.5.1. De la parte demandante

1.5.1.1. Demandante Carlos Alberto Bolívar Corredor

70. En escrito del 20 de mayo de 2019, reiteró las pretensiones de la demanda e insistió en que el Tribunal constitucional erró en concluir que teniendo en cuenta la declaratoria de nulidad se debía rehacer la convocatoria de la designación del Rector, en la medida en que esa no es la consecuencia de la sentencia anulatoria.

1.5.1.2. Demandante Jose Armando Becerra Vargas

71. En escrito del 20 de mayo de 2018, insiste en los planteamientos expuestos en su demanda, en la contestación de la misma y en la sustentación del recurso de apelación de la sentencia de primer grado.

1.5.1.3. El coadyuvante del demandante Jorge Heriberto Moreno Granados

72. En memorial del 16 de mayo de 2019, propuso y complementó sus alegatos de conclusión, para lo cual presentó oposición a los recursos de apelación presentados por el demandado y la Universidad Francisco de Paula Santander.

73. Agregó que llegar a la edad de retiro forzoso *“si bien no es una inhabilidad si corresponde a un requisito, que de no acreditarse para el momento de la elección o la designación puede propiciar su nulidad. Además sin durante el ejercicio de sus funciones llegará a sobrevenir la edad de retiro forzoso, lo conducente es que la persona se aparte del cargo o se le separe del mismo”*.

¹² Folios 988 a 988 vuelto cuaderno 7.



74. Indicó que el Decreto 1037 de 2018 no tenía fundamentos jurídicos de necesidad para agregar los cargos a las excepciones contenidas en el artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, pues a su juicio la disposición modificatoria se hizo única y exclusivamente para sanear la postulación del señor Héctor Miguel Parra López. En complemento de lo anterior, solicitó fuera suspendido de forma interpartes el decreto 1037 del 21 de junio de 2018, es decir efectuar un control por vía de excepción.

75. Advierte la Sala que la solicitud de control por vía de excepción no cumple con los presupuestos previstos en el artículo 223 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que no fue planteado por el demandante y se trata de un cargo nuevo en el proceso de autos.

1.5.2. De la parte demandada

1.5.2.1. Héctor Miguel Parra López

76. Precisó que según el artículo 320 del Código General del Proceso, el interés para recurrir una providencia radica en que la decisión hubiese sido desfavorable, de manera que en la medida que la sentencia resultó favorable a las pretensiones de nulidad invocadas por los demandantes, no tenían interés para impugnar la decisión que dirimió la controversia.

77. Advirtió que la pretensión del recurso de alzada del actor Becerra Vargas, es que *“se reexaminen los argumentos que expuso el Tribunal como fundamento de la nulidad decretada y que se acceda a realizar una declaración que fue descartada desde la audiencia inicial en el momento de fijar el litigio”*.

78. No comparte el argumento según el cual el Tribunal carecía de sustento para modular los efectos de su sentencia y que la fijación del litigio no le impedía al juzgador efectuar el análisis de la legalidad de las diferentes etapas del proceso electoral.

1.5.1.2. La Universidad Francisco de Paula Santander

79. En los memoriales del 16 y 21 de mayo de 2019, deprecó el rechazo de los recursos de apelación propuestos por los demandantes y su coadyuvante, por cuanto éstos con sus argumentos pretenden la designación automática de la señora Claudia Toloza Martínez como rectora de la institución al ser la única candidata que cumple las condiciones por ellos invocadas. Sin embargo, insiste al igual que el demandado que tal pretensión fue excluida de la litis desde la audiencia inicial, por tanto, la segunda instancia no podrá hacer referencia a tal circunstancia.

1.6. Concepto de la Agente del Ministerio Público

80. Solicitó revocar la sentencia de primer grado y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:



81. Considera que la Sección Quinta del Consejo de Estado debía determinar como problema jurídico a resolver, si el acto de elección del señor Héctor Miguel Parra López como rector de la Universidad Francisco de Paula Santander debía ser nulo puesto que al momento de su inscripción como candidato se encontraba gozando de su pensión de jubilación y en esa medida no podía reintegrarse al servicio público, pues tal circunstancia solo estaba permitida para ciertos cargos dentro de los cuales no se encontraba el de rector de los entes universitarios autónomos. Sin embargo, éste fue incluido en una reforma posterior, antes de la elección del señor Parra López.

82. Aseguró que el juzgador de segundo grado debía, formular una cuestión previa en donde indicara que a los demandantes les asiste interés para presentar recurso de apelación, en la medida que buscan controvertir los efectos de la sentencia que ordenó rehacer el proceso electoral desde la convocatoria.

83. Afirmó que según la Carta Política de 1991, las universidades públicas son entes autónomos. Además, adujo que según las disposiciones estatutarias como lo son los acuerdos 091 de 1993 (estatutos de la Universidad) y el 13 de 1995 (reglamento de la elecciones), consagran como única inhabilidad que no podrá ser rector quien haya sido condenado penalmente o sancionando disciplinariamente con destitución de un cargo público o sancionado por faltas contra la ética profesional.

84. Advierte que existe una prohibición que impide a las personas pensionadas reintegrarse al servicio público, contenida en Decreto-Ley 2400 de 1968 modificado por los decretos 3074 de 1968, 1083 de 2015 y 1037 de 2018, expresando que tal circunstancia debería entenderse como una limitante para acceder a un cargo público, que constituye una inhabilidad. Sin embargo, dichas normas fueron expedidas por el Presidente de la Republica para el personal civil que labora en la rama ejecutiva del poder público.

85. Además indicó que el Decreto-Ley 2400 de 1968 exceptuó ciertos cargos, dentro de los cuales estaban contemplados el presidente, gerente o director de establecimientos públicos, lo cual hace entender que los rectores universitarios estaban exceptuados pues según el régimen jurídico establecido en la Constitución de 1886 el rector era el director de un establecimiento público, a su vez el Decreto 1083 de 2015 el cual reglamento la función pública, reprodujo las disposiciones del Decreto-Ley 2400 de 1968 y actualizó la edad de retiro forzoso a 70 años; y adujo que con la expedición del Decreto 1037 de 2018 el Presidente de la Republica, de acuerdo con el cambio de naturaleza jurídica de los entes universitarios, lo incluyó el cargo de rector dentro de las excepciones a la prohibición de reintegro.

86. Afirma que, *“desde 1968 si un pensionado que no hubiese cumplido con la edad de retiro forzoso, aspiraba a ser rector, podía aspirar sin incurrir en la prohibición contemplada en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, en tanto en vigencia de la Constitución de 1886 las universidades hacían aparte de la rama*



ejecutiva del poder público y que recogió el decreto 1083 de 2015(...)” de carácter compilatorio que por su naturaleza no podía modificar las normas a compilar. En esa medida y ante las posibles dificultades interpretativas del anterior decreto, fue necesaria la expedición del Decreto 1037 de 2018 e incluir los rectores, vicerrectores y secretarios generales de las universidades públicas u oficiales.

87. En conclusión, solicita que la sentencia de primera instancia sea revocada, porque con la expedición del Decreto 1037 de 2018, el cargo de los rectores ya estaba exceptuado. Así mismo, precisó que la inhabilidad debía contabilizarse desde la elección o designación a efectos de analizar la legalidad del acto de nombramiento del señor Parra López.

1.7. Denuncia del coadyuvante de la parte demandante Jorge Heriberto Moreno Granados y los demandantes José Armando Becerra Vargas y Carlos Alberto Bolívar Corredor

88. Por memorial de 31 de mayo y 4 de junio de 2019, se acusó de temerario y de mala fe el concepto formulado por la Procuraduría, porque pretende inducir en error a la Sala, al considerar que la Universidad Francisco de Paula Santander en vigencia de la Constitución de 1886, tenía una naturaleza jurídica de establecimiento público y por ende aducir que el cargo de rector está exceptuado de la prohibición de reintegrarse contenida en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968.

1.8. Solicitud de coadyuvancia del Ministerio de Educación

89. Mediante escrito del 17 de junio de 2019 a través de apoderado judicial el Ministerio de Educación elevó solicitud de coadyuvancia, no obstante, al tenor del artículo 228 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos electorales las intervenciones de terceros sólo son admisibles hasta el día inmediatamente anterior a la audiencia inicial, la cual se realizó el 23 de octubre de 2018¹³. Por lo tanto, esta solicitud es extemporánea.

1.9. Escrito del demandado

90. El demandado con memorial de fecha 19 de junio de 2019, se opuso a la denuncia formulada por los demandantes y su coadyuvante, solicitado que se imponga las sanciones pertinentes ya que no es el momento procesal para presentar peticiones impertinentes e irrespetuosas contra el concepto del Ministerio Público.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

¹³ Folios 405 a 409 cuaderno 5.



91. El Consejo de Estado es competente¹⁴ para conocer los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, su coadyuvante, el apoderado de la Universidad Francisco de Paula Santander y del demandado, contra la sentencia proferida el 2 de abril de 2019, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander anuló la elección de Héctor Miguel Parra López como rector de la Universidad Francisco de Paula Santander, período 2018-2021, según lo establecido en los artículos 150 y 152.9 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Marco jurídico de las apelaciones

92. Para resolver las apelaciones la Sala lo circunscribe al siguiente problema ¿Es nulo el Acuerdo 029 del 26 de junio de 2018 que designó al señor Héctor Miguel Parra López, como Rector de la Universidad Francisco de Paula Santander, periodo 2018 – 2021, por cuanto el señor Parra, tiene la edad de retiro forzoso y ostenta la calidad de pensionado, contrariando lo normado en el artículo 275 – 5 de la Ley 1437 de 2011?

93. Para abordar este problema jurídico se hace necesario empezar con los motivos de la apelación de la parte demandada en la medida que atacan la nulidad del acto y en segundo lugar se revisarán los argumentos formulados por los demandantes y su coadyuvante que solo se dirigen a impugnar los efectos de la sentencia.

94. Para el estudio de los argumentos de la parte demandada se analizará el marco jurídico de: i) la autonomía universitaria; ii) la edad de retiro forzoso para rector de universidades y iii) régimen previsto en el Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y sus modificaciones, respecto de la prohibición del reintegro de la persona pensionada al servicio.

2.3.1. De la autonomía universitaria

95. La Constitución Política de 1991, en su artículo 69 dispone que se debe garantizar la autonomía universitaria y en tal virtud las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. Adicionalmente, prevé que la ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado, se fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.

96. Esta norma fue desarrollada en la Ley 30 de 28 de diciembre de 1992 *“Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior”*, disposición que define en sus artículos 28 y 29 que el grado de autonomía estaría reflejado en aspectos tales como: (a) darse y modificar sus estatutos; (b) designar sus autoridades académicas y administrativas; (c) crear, organizar y desarrollar programas académicos; (d) definir y organizar labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales; (e) conferir los títulos a sus egresados; (f)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta sentencia de 16 de marzo de 2017. M.P. Rocío Araújo Oñate Rad 70001-23-33-000-2016-00145-01.



seleccionar los profesores; (g) admitir a los alumnos y adoptar sus regímenes; y, (h) establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y la función institucional.

97. Adicionalmente, el artículo 67 de la Ley 30 de 1992, dispuso que los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, que tuvieran la calidad de empleados públicos y el rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidos por la ley y los estatutos universitarios.

98. Sobre este particular, esta Corporación¹⁵ ha expuesto que por mandato constitucional las universidades cuentan con autonomía para darse sus propias reglas de organización y funcionamiento, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses y prohibiciones, disponiendo lo propio en sus estatutos. Por ello, pueden contar con un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades, siempre dentro del marco las garantías de carácter constitucional y respetando el principio de reserva legal.

99. La Sala explicó que es viable acudir al derecho supletivo por ausencia normativa en el régimen propio sólo en aquellos casos en los que así se ha previsto expresamente. Al respecto, expuso:

“Finalmente, es de señalar que en virtud de la autorización contenida en el artículo 67 de la Ley 30 de 1992, los entes autónomos universitarios a través de sus estatutos pueden incorporar normas que en principio no le serían aplicables por estar diseñadas para otra clase de entidades públicas. Sin embargo, si la normativa universitaria así lo autoriza, es viable acudir al derecho supletivo a efectos de llenar los vacíos que el régimen jurídico de la universidad contenga. Esta tesis no es novedosa, ya que la Sección Quinta, de manera reciente al estudiar este tema en la demanda que cuestionaba la elección del Rector de la Universidad de Córdoba determinó:

¹⁵ Al respecto esta Sala consideró: *“Ahora bien, no se puede perder de vista que las universidades públicas por expresa disposición constitucional, se erigen como entes autónomos y en virtud de la autonomía que la misma Carta Política les entregó, están facultados a darse sus propias reglas en lo que a la elección de sus directivas atañe, todo dentro del marco del Estado Unitario. Especialmente, en lo que concierne a las inhabilidades que rigen a los miembros de los consejos superiores universitarios, el legislador a través de la Ley 30 de 1992 dispuso:*

“Artículo 67. Los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, según el caso, que tuvieran la calidad de empleados públicos y el rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos, así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del consejo superior universitario o de los consejos directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten”. (Resalta la Sala)

*Como puede observarse la norma en cita contempla, si se quiere, una excepción a la reserva legal del régimen de inhabilidades, pues establece que los miembros de los consejos superiores que ostenten la **calidad de empleados públicos**, no solo estarán sometidos al régimen de inhabilidades previsto en la ley, sino también al consagrado en los estatutos de cada universidad. Esto significa, que el legislador de forma expresa **autorizó** a los entes universitarios autónomos a fijar, si así es su deseo, el régimen de inhabilidades que se aplicará a los miembros de su máximo órgano de dirección.”* Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia 16 de octubre 2016. C P: Alberto Yepes Barrero. Rad: 11001-03-28-000-2015-00019-00.



“En respuesta a esa autonomía constitucional que se predica de los entes universitarios, 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.”¹⁶

100. Teniendo en cuenta que los entes universitarios autónomos tienen la posibilidad de llenar los vacíos normativos, se tiene que los estatutos de la Universidad Francisco de Paula Santander no reguló el tema respecto del reintegro al servicio de las personas pensionadas y en cuanto a inhabilidades e incompatibilidades de los empleados de la Universidad los rige la ley¹⁷.

2.3.2. Edad de retiro forzoso para el cargo de rector de una universidad

101. El régimen legal aplicable a la edad de retiro forzoso del cargo de rector de una Universidad Pública no es un asunto que se encuentra regulado de manera integral en una sola disposición jurídica. Adicionalmente, ello dependerá de la naturaleza académica, administrativa o mixta que se haya dado en los estatutos al cargo. Por lo anterior, para efectos metodológicos se analizarán tres sub temas: i) la edad de retiro forzoso constituye impedimento para acceder al cargo ii) La aplicación del artículo 19 de la Ley 334 de 1996 y iii) naturaleza administrativa o académica del cargo de rector.

2.3.2.1. La edad de retiro forzoso constituye impedimento para acceder al cargo

102. Esta Sección se ha pronunciado¹⁸ sobre la aplicación de los artículos 29¹⁹ y 31²⁰ del Decreto Ley 2400 de 1968, así como de sus normas reglamentarias a los

¹⁶ Adicionalmente esta misma providencia manifestó: “Así las cosas, para el operador jurídico que analiza la regulación aplicable, se impone acudir primero a las normas propias y exclusivas expedidas por la entidad académica, dentro de su autonomía de auto regulación, luego para armonizarlo o incluso para llenar el vacío de las normas propias, es viable acudir a la regulación de educación general en razón a la identidad de temática, objeto y naturaleza de la materia que converge en el gran continente de las normas sobre educación y, solo le será viable ampliar el estudio a otras normas, si la universidad consagró en forma expresa, la remisión y siempre que obviamente responda a criterios, principios y alcances acordes a los fines y misiones educacionales universitarios públicos u oficiales¹⁶.” (Negritas fuera de texto)

Bajo este panorama, la Sala **reitera** esta posición jurisprudencial y concluye que **en virtud de la autonomía universitaria, siempre y cuando los estatutos de la universidad correspondiente así lo permitan, es viable aplicar a los entes autónomos universitarios normas sobre inhabilidades que en principio no le serían exigibles.** (Se destaca) Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Quinta. Sentencia de 15 de septiembre de 2016 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad No. 11001-03-28-000-2016-00014-00.

¹⁷ Acuerdo 048 de 27 de julio de 2007. Artículo 125. El personal de planta de la Universidad Francisco de Paula Santander, en su condición de empleados públicos y trabajadores oficiales, está sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades que establece la Ley.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 7 de septiembre de 2015, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 13001-23-33-000-2014-00343-01.

¹⁹ Decreto Ley 2400 de 1968. **Artículo 29.** El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.



rectores de las universidades públicas. De manera que el artículo 122 del decreto reglamentario 1950 de 1973, que fue compilado inicialmente en el artículo 2.2.11.1.12 del Decreto 1083 del 2015²¹ y dispuso expresamente: “*La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año*”(subrayado fuera de texto), así como la remisión que los estatutos hace al régimen legal en su condición de empleados públicos, es aplicable a las entidades universitarias autónomas y en éstas se califica como impedimento la edad de 65 años, para desempeñar cargos públicos.

103. Respecto de la edad de retiro forzoso, el Decreto Reglamentario 1083 de 2015, estableció que ésta constituye un impedimento para desempeñar un cargo público, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso. *A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.*(Subrayado fuera de texto)(...)

104. De esta manera se concluye que la edad de retiro forzoso no constituye una inhabilidad. Es un impedimento para poder tomar posesión del cargo. Al respecto, esta Sección concluyó lo siguiente:

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años

²⁰ Decreto Ley 2400 de 1968. **Artículo 31. Edad de retiro.** (Derogado por la Ley 1821 de 2016, Art. 4^o).

Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2^o del artículo 29 de este Decreto.

²¹ El decreto reglamentario 648 del 19 de abril de 2017, modificó y adicionó el decreto 1083 de 2015; en consecuencia, el artículo en mención, quedó numerado y modificado así: artículo **2.2.11.1.7 Edad de retiro forzoso.** A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, la edad de setenta (70) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo las excepciones señaladas en el artículo 2.2.11.1.5.

Las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 tuvieron 65 años o más y continúan vinculadas al servicio público, deberán ser retiradas del servicio. Lo anterior, por cuanto no son destinatarias de la regulación de que trata la citada ley.



“Conforme lo expuesto, puede afirmarse que la fijación de una edad de retiro forzoso no constituye una inhabilidad en tanto, no pretende garantizar los principios de imparcialidad y moralidad administrativa, sino a que (sic) responde a una política legislativa de ordenación y renovación del empleo público.”²²

La Corte Constitucional, al estudiar las normas que establecen en 65 años la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, ha señalado dos razones principales para avalar la constitucionalidad de esta medida²³:

En primer lugar, permite al Estado redistribuir y renovar los empleos públicos, considerados como un recurso escaso, para que todos los ciudadanos puedan acceder a él en igualdad de oportunidades. De esta manera, se logra la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (arts. 13 y 40-7 CP), del derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como servidores públicos (art. 25) y de los mandatos constitucionales que ordenan al Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (art. 54) y dar pleno empleo a los recursos humanos (art. 334).

Por otra parte, no afecta el mínimo vital de quienes son separados de sus cargos pues el retiro forzoso por alcanzar los 65 años de edad, es compensado con el derecho que adquieren al disfrute de su pensión de jubilación y demás garantías que el Estado debe otorgar a las personas de la tercera edad²⁴.

105. El concepto de calidades y requisitos, hace referencia a las condiciones que según la Constitución y la ley debe cumplir una persona que aspire a determinada dignidad, las cuales varían de acuerdo con el empleo al que se aspire. Por otra parte, las inhabilidades, se traducen en las situaciones previstas en la ley que limitan el acceso a un cargo o que conlleva a la imposibilidad sobreviniente para continuar en su ejercicio. Dichas circunstancias se constituyen en el marco del medio de control de nulidad electoral como una causal de nulidad de carácter subjetivo –dado que recae exclusivamente en el elegido- y no en el proceso de elección ni en alguna de las etapas del proceso electoral.

106. En el punto, la Sala²⁵ desde antaño ha establecido que:

Unas son las calidades que deben reunir los candidatos para serlo válidamente, y otras distintas las causas de inhabilidad que los hacen

²² Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-531-95, C-563 de 1997 y T-154 de 2012.

²³ Sentencia C-563 de 1997.

²⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 8 de octubre de 2014. Acción de cumplimiento No. 760012333000201400304-01. Demandante: Armando Palau Aldana. Demandado: Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC. M.P. (E) Alberto Yepes Barreiro.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de marzo de 1999, radicado No. 1847, M P Mario Alario Méndez. En el mismo sentido ver también: 1) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 10 de septiembre de 2015, radicado No. 11001-03-28-000-2014-00028-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 2) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicado No. 11001-03-28-000-2016-00001-00 (acumulado), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



inelegibles. Inhabilidad es defecto o impedimento para obtener un empleo u oficio, en tanto que calidad es el estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad.

107. La Sección Quinta ha sido constante en reiterar que en la medida en que las inhabilidades implican la afectación del derecho fundamental a la participación política, en sus modalidades de ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, la interpretación de su alcance es restrictiva²⁶. En el mismo sentido ha manifestado que las inhabilidades no solamente se identifican por la capacidad invalidante que tienen, sino también porque corresponden a actos o situaciones relativos a la persona y el carácter teleológico de su inspiración, supone que el desempeño de la función pública la desarrollen personas probas, libres de toda tacha o sanción penal, que no representen factores de desequilibrio del poder derivados del propio Estado, afectando el principio de igualdad en el proceso que antecedió a su designación o elección²⁷.

108. Las inhabilidades se deben verificar desde el momento de la inscripción de las candidaturas, pues en el caso de presentarse hacen al candidato inelegible, en tanto que los impedimentos se materializan en la posesión del cargo, que es el momento en que se revisa el cumplimiento de las circunstancias y condiciones que se requieren para el acceso y ejercicio

2.3.2.2. Aplicación de la Ley 344 de 1996

109. Sobre el retiro forzoso para los docentes de los entes universitarios autónomos la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, consagró la siguiente regla:

“Artículo 19.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 30 de mayo de 2019, M.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado No. 18001-23-33-000-2018-00194-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 14 de marzo de 2019, radicación 11001 - 03-28-000-2018-00603-00, C.P. Rocío Araújo Oñate. En cuanto a las condiciones que se deben verificar cuando una persona pretenda el acceso a un cargo o empleo y su relación con las causales de inhabilidad, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00001-00 (acumulado), C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Con respecto a la distinción entre las calidades para acceder a un cargo y las causas de inhabilidad, consultar entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de marzo de 1999, radicado 1847, C.P. Mario Alario Méndez. Acerca del otorgamiento del aval como requisito formal para la inscripción de candidatos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de diciembre de 2013, radicación 11001-03-28-000-2013-00037-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto al principio democrático, ver: Corte Constitucional, sentencia de 3 de marzo de 1994, exp. C-089, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Acerca de la triple finalidad que cumple el requisito del aval, consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de julio de 2013, radicación 60001-23-31-000-2012-00004-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto al otorgamiento del aval y el responsable de ello, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de agosto de 2009, radicación 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957), C.P. Filemón Jiménez Ochoa.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 7 de septiembre de 2015, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 13001-23-33-000-2014-00343-01.



solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”

110. Esta disposición establece dos reglas respecto de los servidores públicos docentes que adquieran derecho a disfrutar de la pensión, una de ellas es hacer uso de dicho beneficio y otra seguir prestando sus servicios al Estado hasta después de cumplir la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán seguir vinculados laboralmente hasta por 10 años más, luego de llegar a su edad de retiro, e indicó que la mencionada pensión se comenzará a pagar cuando los funcionarios se hayan desvinculado del servicio.

2.3.2.3 Naturaleza académica o administrativa del cargo de rector de la UFPS

111. En los estatutos sobre el cargo de rector se señala que:

“Artículo 27: El rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la Universidad Francisco de Paula Santander.

Artículo 28: Para ser Rector se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y poseer título universitario expedido por una institución de Educación Superior legalmente reconocida y además, ser o haber sido Rector o Decano Universitario en propiedad al menos durante un (1) año en universidades legalmente reconocidas, o haber sido profesor universitario al menos durante diez (10) años, de los cuales al menos dos (2) años en cargos de administración académica, o ejercido la profesión durante diez años (10) de los cuales deberá acreditar al menos cinco (5) años de la experiencia administrativa en el sector público o privado.

Quien aspire a ejercer el cargo de Rector no podrá haber sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente con destitución de un cargo público o sancionado por faltas contra la ética profesional”.

112. De acuerdo con las normas estatutarias revisadas, la Sala estima que el cargo de rector de la Universidad Francisco de Paula es eminentemente administrativo, pues si bien es cierto uno de los eventuales requisitos para acceder al cargo es haber sido profesor universitario por 10 años, ello implica experiencia con la docencia, actividad principal de toda universidad, aspecto que debe conocer el rector para poder administrar con eficiencia la universidad. Complementa lo anterior, que dichos requisitos no implican que el empleo aludido tenga funciones de docencia.

113. Ahora bien, cosa distinta sucede con el antecedente jurisprudencial invocado por el a quo²⁸, donde se debatió la elección del rector de la Universidad de Cartagena, ente universitario de carácter autónomo que consagró en sus estatutos de manera taxativa que el cargo de rector tenía la virtualidad de ser académico-administrativo de la siguiente manera:

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 7 de septiembre de 2015, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 13001-23-33-000-2014-00343-01.



“ARTÍCULO 91.- Para efectos del presente estatuto, se entiende por cargos académico-administrativos, los siguientes:

• Rector

[...]

PARÁGRAFO: Se entiende por cargo académico administrativo, el desempeñado por un docente en comisión para ello.²⁹ (Las negrillas son de la Sala)

2.3.3. Régimen previsto en el Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto reglamentario 1950 de 1973 y sus modificaciones, respecto de la prohibición del reintegro de la persona pensionada al servicio

114. La prohibición de reintegro al servicio de las personas pensionadas fue abordado en el Decreto Ley 2400 de 19 de septiembre de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.”, en los artículos 29 y 31 que expresan:

“Artículo 29.- (Mod. Dto. 3074/68 Art. 1º) (...) La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.”

“Artículo 31.- Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto.” (Se resalta)

115. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1950 de 1973, el cual a su vez fue objeto de compilación mediante el Decreto 1083 de 2015, que ha sido a su vez modificado por el Decreto 648 de 2017 ante el cambio legal en la edad de retiro forzoso; bajo esos supuestos quedó de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2.2.11.1.5 Reintegro al servicio de pensionados. La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez

²⁹ Esta norma es reproducida en el artículo 18 del Acuerdo 04 de 18 de junio de 2002 “Por medio del cual se reglamenta el proceso de consulta para la designación de los cargos de Rector, Decanos de las Facultades y Directores de Programas de la Universidad de Cartagena.”, expedido por el Consejo Superior Universitario (Exp. 201400321 C. 1º fs. 161 a 168).



no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos de:

1. *Presidente de la República.*
2. *Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo.*
3. *Superintendente.*
4. *Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo.*
5. *Presidente, Gerente o Director de entidades descentralizadas.*
6. *Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
7. *Secretario privado de los despachos de los servidores anteriores.*
8. *Consejero o asesor.*
9. *Elección popular.*
10. *Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno Nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.*

PARÁGRAFO. *La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de:*

1. *Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica.*
2. *Subdirector de Departamento Administrativo.*
3. *Secretario de Despacho código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías.*
4. *Subdirector o Subgerente de establecimiento público.*
5. *Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.*

116. Adicionalmente, el anterior decreto fue modificado por el Gobierno Nacional en uso de las facultades reglamentarias, adicionando un ordinal al párrafo de la disposición referida a través del Decreto 1037 de 21 de junio de 2018³⁰, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1. *El Parágrafo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, tendrá un nuevo numeral con el siguiente texto:*

"6. Rector, Vicerrector General, Vicerrector Nacional, Vicerrector de Sede, Secretario General, Gerente Nacional, Directores Nacionales y Decanos de los entes universitarios autónomos."

ARTÍCULO 2. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y adiciona un numeral al Parágrafo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto 1083 de 2015.*

117. En virtud de la anterior modificación realizada al párrafo del artículo 2.2.11.1.5 del Decreto Reglamentario 1083 de 2015, a partir del 21 de junio de 2018, las personas menores de 70 años que estuvieren disfrutando de una

³⁰ Diario Oficial 50.631 de 21 de junio de 2018.



pensión de vejez, pueden reintegrarse al servicio público en los cargos señalados en el mencionado Decreto³¹.

118. Como se indicó anteriormente, las anteriores excepciones previstas en las normas reglamentarias para el reintegro al servicio de las personas que están pensionadas también son aplicables a esta Universidad, dada la remisión de los estatutos en el tema de sus servidores públicos.

2.4. Caso concreto

119. La situación consolidada del señor Parra López era la de haber sobrepasado la edad de retiro forzoso de 65 años y tener el estatus de pensionado por lo tanto, lo que continúa en el análisis es determinar si en esta condición podía ser designado como Rector de la Universidad Francisco de Paula Santander.

120. Del recuento normativo y jurisprudencial es claro que a la Universidad Francisco de Paula Santander como entidad autónoma le es aplicable el régimen general de los servidores públicos tales como el Decreto Ley 2400 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1083 de 2015. Así mismo, el demandado se encuentra cobijado por el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 que dispusieron como edad de retiro forzoso los 65 años y que no le es aplicable la Ley 1821 de 2016 como lo indicó el señor Becerra³² y el Tribunal Administrativo del Norte de Santander³³, dado que su situación se encontraba consolidada a la entrada en vigencia de la precitada ley.

121. No es aplicable al demandado el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, puesto que el señor Parra optó por el primer presupuesto previsto en la norma, según el cual el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá escoger dicho beneficio al cumplir la edad de retiro forzoso y no por el segundo como era continuar en el servicio por 10 años más.

122. La Sala tampoco comparte la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que dispuso que el cargo de rector de la Universidad Francisco de Paula Santander tiene la categoría de ser académico-administrativo y por ello el señor Parra López podía continuar laborando por diez años más en aplicación del artículo 19 de la Ley 344 de 1996. Los estatutos de la universidad, le asignan como lo manifiesta el apelante, un perfil administrativo al cargo de rector.

123. El señor Parra se inscribió al proceso de convocatoria a rector de la Universidad Francisco de Paula Santander, el 7 de mayo de 2018, a la edad de 67 años, teniendo el estatus de pensionado, circunstancia que no constituye una

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 619 del 14 de febrero de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. *“En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. (...) Cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua”.*

³² Folio 934 del cuaderno 7

³³ Folio 803 del cuaderno 6



inhabilidad al no estar consagrada expresamente en la ley, en virtud de que ellas son taxativas.

124. Con anterioridad al acto de designación, el señor Parra López presentaba un impedimento en los términos del Decreto Reglamentario 1083 de 2015, por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso y porque en su estatus de pensionado, el cargo de rector no se encontraba dentro de las excepciones previstas en el artículo 2.2.11.1.5 que permiten el reintegro al servicio de pensionados, circunstancia que se verificó en el momento de la designación de acuerdo con el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011.

125. El 21 de junio de 2018, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1037 de 2018, que incluyó dentro de las excepciones de reintegro del servicio a pensionados el cargo de rector, de los entes universitarios siempre que no supere la edad de 70 años, norma que rige a todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Ello trajo como consecuencia para el señor Parra López una variación sustancial de su situación jurídica con respecto del derecho que esta norma le implicaba frente a la posibilidad de reintegrarse a un empleo público

126. El 26 de junio de 2018 el Consejo Superior de la Universidad Francisco de Paula Santander expidió el Acuerdo No. 029, por medio del cual se designó como rector al señor Héctor Miguel Parra López y ese día se produjo su posesión. Tanto la designación, como la posesión del señor Parra López cumple con los requisitos legales, toda vez que el Decreto Reglamentario 1037 de 2018 habilitó desde el 21 de junio, a las personas menores de 70 años en el estatus de pensionados a reintegrarse al cargo de rector de ente universitario y el demandado tenía la edad de 67 años al momento de la designación.

127. Finalmente, la Sala ha dispuesto que el artículo 128 constitucional consagra una incompatibilidad y no una inhabilidad como lo dedujo el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, porque el señor Parra se encontraba devengando una pensión de vejez, que en principio, tampoco se constituye como causal de nulidad del acto acusado³⁴. Lo procedente en estas situaciones, dada la aplicación de la excepción de reintegro, es la solicitud de suspensión del pago de la pensión de vejez, lo cual está acreditado en el proceso³⁵.

2.5 Los efectos de la sentencia del Tribunal Administrativo del Norte de Santander

128. Teniendo en cuenta que la decisión de la Sala es la de revocar el fallo del Tribunal, no es pertinente su pronunciamiento respecto de los efectos de la sentencia de anulación.

2.6. Otras decisiones

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 30 de mayo de 2019, M.P: Alberto Yepes Barrerio, radicado No. 11001-03-28-000-2019-00002-00 1.

³⁵ Folios 25 – 26 cuaderno de pruebas.



2.6.1. El memorial tachando de falso el concepto de la Procuradora

129. Los demandantes presentaron su inconformidad contra la intervención del Ministerio Público, con los mismos argumentos expuestos en la apelación y tacharon de falso el concepto. La Sala precisa que el concepto del agente del Ministerio Público no es vinculante y dicha intervención fue suscrita por la persona investida para realizar las funciones constitucionales y legales referidas al presente proceso y contiene el concepto jurídico de este servidor público que el operador judicial dentro del principio de la sana crítica determina en la sentencia si acoge o no lo expuesto por la procuradora.

2.7. Conclusión

130. La Sala considera que el acto acusado, no se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del de la Ley 1437 de 2011, puesto que el demandado para el momento de la designación y posesión acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para ejercer el cargo de rector.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 2 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad electoral instaurada contra el Acuerdo No. 029 del 26 de junio de 2018 a través del cual se designa al señor **Héctor Miguel Parra López** como rector de la Universidad Francisco de Paula Santander para el período 2019-2021, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada (E)