

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: *MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN*

Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009)

Expedientes: **110010328000200900005-00**
Demandantes: **Karol Mauricio Martínez Rodríguez**
Demandado: **Rector Universidad Surcolombiana – Hernando
Ramírez Plaza;**
Proceso: **Electoral – Fallo Segunda Instancia**

Agotados los trámites correspondientes profiere la Sala sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

I.- LA DEMANDA

1.- Las Pretensiones

Con la demanda se solicita el siguiente pronunciamiento:

“Que se declare la nulidad de los actos de fecha 5 de diciembre de 2008, a través de los cuales el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, designó al señor HERNANDO RAMÍREZ PLAZAS, como Rector de esta Casa de Estudios, para el periodo 2008-2012 según consta en las mismas actas.”

2.- Soporte Fático

Con los hechos de la demanda se afirma que:

1.- Con sentencia del 17 de abril de 2008 esta Sección anuló la designación de Luis Alberto Cerquera Escobar como Rector de la Universidad Surcolombiana, para el período 2008-2010.

2.- Acatando el fallo anterior el Consejo Superior de la Universidad profiere la Resolución 009 del 10 de junio de 2008, designado rector encargado e inicia el trámite para la nueva convocatoria que culmine con la designación del rector.

3.- En tal sentido se expide el Acuerdo 039 del 1º de septiembre de 2008 por el Consejo Superior de la Universidad, mediante el cual se aprobó el cronograma para la designación de rector 2008-2012.

4.- El Acuerdo 039 trae la motivación del caso, indica las calidades y requisitos de los aspirantes, el procedimiento de elección, etc.

5.- Cita lo dicho en los artículos 1º y 2º, sobre la decisión de realizar la convocatoria y establecer el cronograma respectivo.

6.- Critica su artículo 5º porque allí se dijo que regía a partir de la fecha de su expedición, cuando ha debido ser a partir de su publicación por ser un acto de carácter general.

7.- La publicación del Acuerdo 039 de 2008 solamente ocurrió hasta el 29 de septiembre de 2008 en el Diario Oficial, cuatro días después de haber terminado la convocatoria según el cronograma aprobado.

8.- El 8 de septiembre de 2008 el Consejo Superior Universitario expidió el Acuerdo 040, modificando el Acuerdo 039 del mismo año.

9.- Con el Acuerdo 040 de 2008 se modificó el cronograma y aunque debió ser publicado en el Diario Oficial, ello solamente se cumplió el 29 de septiembre de 2008, pasados 4 días de la terminación de la convocatoria.

10.- El Acuerdo 040 de 2008 dispuso en su artículo 2 que regía a partir de su expedición, ignorando que debe serlo a partir de su publicación.

11.- Insiste en que el Acuerdo 040 de 2008 se publicó el 29 de septiembre de 2008 en el Diario Oficial 47.127.

12.- Al haber modificado el Acuerdo 040 lo dispuesto en el Acuerdo 039 sobre la fecha de publicación de la convocatoria en prensa nacional, local y en página Web de la Universidad, la misma se debió surtir el 9 de septiembre de 2008, pero no se hizo en prensa nacional.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Como normas infringidas se invocan los artículos 13, 23, 40 numerales 1 y 7, 69 y 209 de la Constitución; y 3, 43 y 84 del C.C.A. Afirma que el acto demandado se expidió con base en el Acuerdo 039 del 1º de septiembre de 2008, modificado por el Acuerdo 040 del 8 de los mismos mes y año, expedidos por la Universidad Surcolombiana, los cuales para entrar en vigencia y ser oponibles debieron publicarse en el Diario Oficial, circunstancia que sólo ocurrió hasta el 29 de septiembre de 2008 en la edición No. 47.127.

Agrega que al haberse realizado la convocatoria entre el 15 y el 25 de septiembre de 2008, que por cierto no se publicó en prensa nacional, antes de la entrada en

vigencia de esos Acuerdos, “solo (sic) se inscribieron aquellos aspirantes que se enteraron porque trabajan al interior de esta universidad”. Por tanto, dice el memorialista, el concurso puede calificarse de secreto, violatorio del debido proceso y de los principios de igualdad y publicidad, así como de lo normado en el artículo 43 del C.C.A., y en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, pues la universidad tiene el deber de publicar sus actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial. Luego de hacer algunas citas jurisprudenciales dijo el actor:

“Pues bien, según la jurisprudencia transcrita, la cual comparto en su totalidad, la No publicación de los actos administrativos no trae como consecuencia la nulidad de los mismos, pero si (sic) son condición de su eficacia, la publicación es requisito fundamental para su vigencia y oponibilidad, sin esta, el acto administrativo no adquiera (sic) plena firmeza, su ejecución sería totalmente ilegal y podría llegar a ocasionar una vía de hecho.”

Considera que la publicación tardía de la convocatoria en mención constituye una irregularidad sustancial, con incidencia en el acto acusado. Posteriormente cita algunas providencias en las que se tratan los conceptos de existencia, eficacia, ejecutividad, ejecutoriedad y obligatoriedad de los actos administrativos, para insistir en que la falta de publicación de los actos administrativos “no trae como consecuencia su nulidad”, pero sí es necesaria para que su ejecución sea válida, que fue precisamente lo ocurrido con los Acuerdos 039 y 040 de 2008 que “fueron ejecutados sin estar en vigencia”. En lo demás el escrito reitera lo dicho.

4.- Suspensión Provisional

Con escrito aparte, pero radicado antes de decidir sobre la admisión de la demanda, se pidió la suspensión provisional del acto acusado, lo cual fue negado por la Sala con auto del 19 de marzo de 2009, en el que también se admitió la demanda.

II.- LA CONTESTACIÓN

Mediante apoderado judicial el demandado contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones y refiriéndose a sus hechos así: Del primero al quinto, son ciertos. El sexto, es cierto en cuanto al contenido del Acuerdo, lo demás es una opinión del actor. También son ciertos los hechos séptimo y octavo. Los hechos noveno y décimo, son ciertos en cuanto al contenido del Acuerdo, pero en lo demás albergan una opinión del demandante. El once, es cierto. Y el doce, no es cierto.

En sus disquisiciones parte abordando el concepto de la autonomía universitaria y el desarrollo que ha tenido en la doctrina de la Corte Constitucional (cita varias sentencias), así como lo dicho sobre el mismo por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Concepto 1587 de octubre 21/2004), con base en el cual la Universidad Surcolombiana expidió el Acuerdo 031 del 18 de agosto de 2004 ó Estatuto Electoral, regulando temas atinentes a las autoridades electorales (Art. 2), el Comité Electoral (Art. 4), Procedimiento de Inscripción (Art. 8) y Declaración de Residencia de Candidatos (Art. 10). Así, en Acta No. 041 del 13 de noviembre de 2008 el Comité Electoral consignó el resultado de la elección del rector, acta que fue aprobada por el Consejo Superior Universitario en sesión ordinaria del 21 de noviembre de 2008, según Acta 023, y que dio lugar a la expedición de la Resolución 020 de noviembre 21 de 2008.

Luego de hacer algunas reflexiones sobre el principio de publicidad, señala que su marco legal está dado por el artículo 43 del C.C.A., por los artículos 2, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999 y por el artículo 7 de la Ley 962 de 2005. Precisa que con el Acuerdo 040 de 2008 se fijó el cronograma de la elección y que en su artículo 1º se ordenó que el 9 de septiembre de 2008 se publicara la convocatoria en la prensa nacional, en la prensa local y en la página Web de la Universidad, lo que así se cumplió con las publicaciones efectuadas en el Diario del Huila (Sept. 9/08), el Diario La Nación (Sept. 9/08), en la Página Web de la Universidad (Sept. 9/08), en

el Diario El Tiempo (Sept. 11/08) y en el Diario Oficial No. 47.127 (Sept. 29/08). Aclara que la última publicación no figura dentro de las ordenadas en el cronograma y que las demás publicaciones en prensa se hicieron en medios de amplia circulación diaria en el territorio nacional, con suscriptores a nivel nacional e internacional, y con sus propias páginas Web.

Sostiene que la publicación realizada en el Diario Oficial es inocua porque: 1.- La Universidad no estaba obligada a hacerlo; 2.- La misma solamente estaba obligada a efectuar la publicación en prensa nacional, local y en la página Web, como en efecto lo hizo, 3.- El artículo 43 del C.C.A., permite que los actos de carácter general se publiquen no solo en el Diario Oficial sino también en el diario o medio que las autoridades destinen para ello, como en efecto se hizo a través de la página Web y de tres periódicos de amplia circulación regional, nacional e internacional; 4.- Si bien el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 restringió la publicación en el Diario Oficial para actos nacionales, el cronograma citado *“no iba dirigido al público en general ni ‘a todos en el territorio nacional’ como lo señala el demandante..., solamente convocaba a los residentes durante cinco (5) años como mínimo en el Departamento del Huila”, en definitiva “El cronograma aprobado y publicado no es acto nacional, así emane de la Universidad Surcolombiana, que es ente Universitario Autónomo, creado como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional”*; 5.- Es un hecho notorio que la publicación en el Diario Oficial no garantiza el principio de publicidad, debido a que conseguir un ejemplar *“es comparable a una odisea. Su circulación es restringida; el tiraje de ejemplares por edición es irrisorio, su costo es altísimo”*.

Por último, afirma que el artículo 43 del C.C.A., se halla vigente, que no fue derogado tácita ni expresamente por la Ley 489 de 1998, y que el cronograma establecido para la designación de Rector (2008-2012) no es un acto nacional.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial del demandado radicó su escrito de alegatos el 19 de junio de 2009, en el cual se reiteran los argumentos esgrimidos al contestar la demanda, motivo por el cual la Sala no hace nueva síntesis de los mismos.

El demandante radicó su escrito del 24 de junio de 2009, mediante el cual pide se tenga en cuenta lo dicho por la Sala Plena en la sentencia de julio 24 de 2001 (Exp: 20000026-02 IJ-018), sobre que la oponibilidad y vigencia de los actos administrativos de carácter general depende de su publicación en el Diario Oficial; de igual manera reitera la violación al principio de la publicidad.

Infiere de la contestación presentada por el demandado que la Universidad Surcolombiana no dispone de un diario, gaceta o boletín para la publicación de sus actuaciones, tal como lo manda el artículo 43 del C.C.A. Con el material probatorio se establece que los Acuerdos 039 y 040 del 1 y 8 de septiembre de 2008, respectivamente, no fueron publicados en ningún periódico de amplia circulación nacional; por el contrario la Universidad sí publicó *“uno (sic) cuadritos de convocatoria que resultan insignificantes puesto que ellos no contienen la totalidad del escrito de los actos administrativos expedidos”*, lo cual no permitía conocer la totalidad de reglas que regían esa convocatoria.

Respecto de la publicación en la página Web dice el actor que ello es intrascendente porque el artículo 7 de la Ley 962 de 2005 la permite sin perjuicio del deber de hacer la publicación en el Diario Oficial, posición que se encuentra respaldada en la sentencia dictada por esta Sección en el Expediente 200600192-00 (4147) (no cita fecha).

Niega la solidez de la afirmación lanzada por el demandado en el sentido de que los Acuerdos 039 y 040 de 2008 no debían publicarse en el Diario Oficial, pues

nada se argumenta en respaldo. Al margen de la vigencia o no del artículo 43 del C.C.A., la publicación de esos Acuerdos tampoco se cumplió en sus términos. No está conforme con que se diga que la convocatoria no se dirigía a todo el territorio nacional por el requisito de residencia departamental, ya que los interesados en postularse como candidatos podían ser igualmente de fuera del territorio departamental.

Finalmente, se ocupó de las razones dadas por la Sala para denegar la suspensión provisional, afirmando al respecto que bien por el artículo 43 del C.C.A., o bien por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, la omisión de la publicación de los Acuerdos 039 y 040 de 2008 afecta el acto acusado; que si bien la no publicación oportuna de los citados Acuerdos no los hace nulos, ello sí hace nulo el acto de elección demandado *“puesto que se ejecutaron actos administrativos que no estaban en firme, no estaban vigentes, no eran oponibles, es decir, se cuestiona es esa ejecución que resulta ilegal y que genera el vicio de expedición irregular”*; y la convocatoria en la prensa nacional se hizo pasados dos días de la fecha fijada en el cronograma.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado sugirió denegar las pretensiones de la demanda, invocando argumentos que parten por reconocer la autonomía universitaria, tanto por su origen constitucional (Art. 63), como por su tratamiento en la Doctrina Constitucional (T-492 de 1992) y en la propia Ley 30 de 1992 (Arts. 28, 29, 64, 65 y 66). Enseguida determinó que la Universidad, con el Acuerdo 015 de 2004 estableció que el procedimiento para la designación del Rector y el cronograma para ello, sería fijado por el Consejo Superior Universitario, como en efecto se hizo con los Acuerdos 039 y 040 de 2008, donde se ordenó publicar la convocatoria en prensa nacional, local y en la página Web de la Universidad, *“procedimiento que se agotó en debida forma”*, y en cuanto a esos Acuerdos señaló que:

“...si bien señalaban normas de carácter general no estaban dirigidos a producir efectos en la comunidad en general sino al seno del propio Consejo Superior Universitario, es decir, que estos Acuerdos no contienen disposiciones que regulen o afecten a la comunidad ni mucho menos tienen vocación de permanencia, son normas que rigen para ese evento especial de la elección del Rector de la Universidad.”

Enseguida sostiene que la actuación de la administración pública en general no puede ser secreta, respaldando su posición en apartes de la sentencia C-053 de 1995, así como en extractos de una sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no identificada por su fecha y radicación, para luego afirmar:

“Se puede decir que acto administrativo general es aquél que contiene disposiciones jurídicas generales o abstractas, puede ser general normativo y es aquél que tienen (sic) vocación de permanencia en sus efectos jurídicos, razón por la cual entra a formar parte del ordenamiento jurídico de manera indefinida o puede ser no normativo que es aquel que contiene situaciones jurídica o decisiones impersonales, que pueden ser abstractas o concretas, sin establecer normas o reglas transitorias o permanentes, sino que crean situaciones que afectan alguna actividad pública o privada, como los actos administrativos mediante los cuales se ordena la convocatoria a un concurso.”

Considera que los Acuerdos 039 y 040, a pesar de ser actos de carácter general, no establecen obligaciones de índole general y por ser suyos no hay duda que *“se somete a ellos, así, se reitera no los haya publicado”*. Detallando en el contenido del artículo 43 del C.C.A., y en el párrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, advierte el colaborador fiscal que la publicidad es una garantía para los derechos de los asociados, de modo que no sean sorprendidos con actuaciones clandestinas; empero, la ausencia de publicación de los actos generales no acarrea su nulidad, ya que no es presupuesto de validez sino de ejecución, vigencia u oponibilidad, de modo que su omisión lleva a la inoponibilidad del acto, o como lo dijera el agente

del Ministerio Público “Los actos no publicados son existentes y válidos, aun cuando no obligatorios”. Finalmente, cita apartes de una sentencia del Consejo de Estado, no identificada, afirmando enseguida:

“Pues bien, conforme a los anteriores razonamientos se concluye entonces en que el acto de elección del Rector de la Universidad Surcolombiana, está ajustado a Ley y que el vicio de falta de publicidad de los Acuerdos 039 y 040 de 2008, que enuncia el actor y que no hace ilegales estos actos ni mucho menos susceptibles de ser anulados, no transfieren al acto demandado vicio alguno, como lo pretende el actor.

Por último, dado que, como quedó establecido ab initio, el proceso de elección del Rector es de carácter reglado y para ello se ha facultado al Consejo Superior de la Universidad, que es el órgano que conforme a los Estatutos, es competente para el efecto, es claro que las normas violadas no pueden ser las señaladas por el actor, sino las que regularon el proceso y que fueron expedidas por el Consejo, las cuales, se encuentran vigentes y amparadas de la presunción de legalidad que es propia de los actos administrativos, pues no se advierte que hayan sido anuladas o suspendidas por la jurisdicción contenciosa administrativa.”

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

Con auto del 18 de febrero de 2009 se solicitó a la Secretaría General de la Universidad Surcolombiana aportar copia auténtica del acto acusado, el que una vez allegado dio lugar a la expedición del auto signado el 19 de marzo de 2009, mediante el cual la Sala admitió la demanda, ordenando las notificaciones del caso, y denegó la suspensión provisional del acto enjuiciado. Surtidas las notificaciones y contestada la demanda, se profirió el auto del 26 de mayo de 2009 abriendo el proceso a pruebas, para lo cual se decretaron unas y se negaron otras. Concluida la fase probatoria se dictó el auto del 11 de junio de 2009 corriendo traslado a las partes por el término de 5 días para que alegaran de conclusión y ordenando la entrega por 10 días al agente del Ministerio Público para lo de su

competencia. Presentados los escritos respectivos y finalizada esa etapa, entró el proceso al Despacho para dictar sentencia de única instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 36; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado

El acto de designación de HERNANDO RAMÍREZ PLAZAS como Rector de la Universidad Surcolombiana, para el período comprendido entre el 5 de diciembre de 2008 y el 4 de diciembre de 2012, se probó con copia auténtica de la Resolución No. 021 del 5 de diciembre de 2008, expedida por el Consejo Superior de la misma universidad. (fls. 85 y 86).

3.- Naturaleza Jurídica de la Universidad Surcolombiana

Mediante el artículo 1º de la Ley 55 del 17 de diciembre de 1968 se dispuso:

“Artículo 1º.- Créase el Instituto Universitario Surcolombiano, como establecimiento público autónomo, con personería jurídica, cuyo objetivo esencial será el de ofrecer e impulsar la educación superior en el Departamento del Huila y en los Territorios Nacionales Surorientales.”
(Resalta la Sala)

Posteriormente se expidió la Ley 13 del 30 de enero de 1976, que introdujo las siguientes modificaciones a la norma anterior:

“Artículo 1º.- El Instituto Universitario Surcolombiano – Itusco, creado por la Ley 55 de 1968, a partir de la vigencia de la presente Ley, se denominará Universidad Surcolombiana.

Los programas de estudio e investigación de las facultades, institutos, escuelas y departamentos de la Universidad Surcolombiana, serán los establecidos, para cada caso, por la Universidad Nacional de Colombia. La Universidad Surcolombiana fomentará la educación superior a través de la radio y la televisión, por correspondencia y por medio de desplazamientos periódicos de sus profesores a los lugares donde su presencia se estime académicamente necesaria.

Artículo 2º.- La naturaleza jurídica, la organización administrativa y la estructura académica de la Universidad Surcolombiana, será la misma de la Universidad Nacional de Colombia, de conformidad con la Ley 65 de 1963 y de las normas que la adicionan y complementan, excepto su Consejo Superior Universitario el que estará integrado así:...”¹ (Destaca la Sala)

4.- Problema Jurídico

Karol Mauricio Martínez Rodríguez impugnó a través de esta demanda la presunción de legalidad de la elección de Hernando Ramírez Plazas como Rector de la Universidad Surcolombiana (Dic. 5/08 – Dic. 4/12), contenida en la Resolución No. 021 del 5 de diciembre de 2008 dictada por su Consejo Superior, alegando la violación de los artículos 13, 23, 40 numerales 1 y 7, 69 y 209 de la Constitución, así como los artículos 3, 43 y 84 del C.C.A., y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

¹ La Ley 65 del 19 de diciembre de 1963 “Por la cual se establece el régimen orgánico de la Universidad Nacional de Colombia”, publicada en el Diario Oficial No. 31.270 del 17 de enero de 1964, dispone en su artículo 1º: “La Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento público, de carácter docente, autónomo y descentralizado, con personería jurídica, gobierno, patrimonio y rentas propias. La Universidad es ajena a la política militante, pero como instituto de amplia y desinteresada investigación científica, se ocupa de todos los temas de la vida social y política.” (Negritillas fuera del original).

La contrariedad de esas disposiciones jurídicas es materializada por el actor en que los Acuerdos 039 y 040 del 1º y 8 de septiembre de 2008, respectivamente, mediante los cuales se fijó el cronograma para la designación del Rector de la Universidad, período 2008-2012, solamente se publicaron en la edición No. 47.127 del 29 de septiembre de 2008 del Diario Oficial, esto es habiendo pasado 4 días de la terminación de la convocatoria, fijada en los mismos entre el 15 y el 25 de septiembre de 2008 (8:00 a.m. a 12:00 m y 2:00 p.m. a 6:00 p.m.). De igual modo en que pese a haberse ordenado allí que la publicación de la convocatoria se hiciera en prensa nacional el 9 de septiembre de 2008, así no ocurrió.

Agrega que la Universidad tiene el deber de publicar sus actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial y que si bien dicha omisión no acarrea la nulidad de esas actuaciones, ello *“es requisito fundamental para su vigencia y oponibilidad”*, de modo que no hacerlo viola el debido proceso y los principios de igualdad y publicidad porque la inscripción de candidatos sólo llegó al reducido grupo de las personas que laboran en la Universidad.

La defensa refuta los planteamientos de la demanda acudiendo a lo prescrito en los artículos 43 del C.C.A., 2, 6 y 10 de la Ley 527 de 1999 y 7 de la Ley 962 de 2005, y aduciendo que el cronograma fijado en el artículo 1º del Acuerdo 040 de 2008 se cumplió, puesto que el mismo se publicó en el Diario del Huila (Sep. 9/08), en el Diario La Nación (Sep. 9/08), en la página Web de la Universidad (Sep. 9/08), en el Diario El Tiempo (Sep. 11/08) y en el Diario Oficial No. 47.127 (Sep. 29/08), sosteniendo que la última publicación no figuraba dentro de las establecidas en el cronograma.

También sostiene el apoderado del demandado que la Universidad no tenía el deber de hacer la publicación de los Acuerdos 039 y 040 de 2008 en el Diario Oficial, ya que según el artículo 43 del C.C.A., supletivamente puede hacerse a través de los medios previstos en el cronograma, además de que ese Diario no

satisface el requisito de la publicidad por su difícil consecución y escasa consulta, lo cual es llevado por el memorialista a la categoría de un hecho notorio; y finalmente, duda que el cronograma sea un acto de carácter nacional, debido a que sus destinatarios eran los potenciales candidatos que acreditaran residencia no menor a cinco años en el departamento del Huila.

Este panorama permite a la Sala fijar como interrogantes de interés para el *sub lite* los siguientes: 1.- ¿Bajo qué medios deben publicarse los actos administrativos de carácter general expedidos por la Universidad Surcolombiana? 2.- ¿La publicación de los Acuerdos 039 y 040 de 2008 expedidos por el Consejo Superior en el Diario Oficial, se constituye en presupuesto de validez o de eficacia frente al acto acusado? 3.- ¿Es jurídicamente viable prescindir de la publicación de las actuaciones administrativas en el Diario Oficial, bajo el argumento de que es un hecho notorio su baja consulta y difícil consecución? 4.- ¿Tiene alcance nacional o no el cronograma fijado por la Universidad Surcolombiana para la escogencia de su Rector?

Absueltos los anteriores interrogantes la Sala pasará al examen del caso concreto, donde los supuestos de hecho regular y oportunamente acreditados dentro del plenario, serán valorados a la luz de las consiguientes precisiones jurídicas.

5.- De la publicidad de los actos administrativos de carácter general

La forma Estado Social de Derecho adoptada por el constituyente en la Carta Fundamental de 1991, al igual que la forma precedente de Estado de Derecho concebida en la Constitución Política de 1886, además de su sujeción a la ley, como máxima expresión de la voluntad del órgano legislativo y por supuesto de la sociedad, también se inspira en el principio democrático, como lo establece el artículo 1º Superior al decir que Colombia, en tanto República unitaria, acoge igualmente dicho postulado, elevado a la condición de fin esencial del Estado, en virtud a que es deber del mismo Estado “*facilitar la participación de todos en las*

decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (Art. 2 lb.).

La promoción del acceso de los asociados a interesarse por la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, halla eco tanto en el principio de igualdad que manda brindar las mismas oportunidades a todos (Art. 13 C.P.), como en la configuración normativa del artículo 40 ibídem, donde se alberga el derecho fundamental de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (num. 7). Pues bien, la democracia no solo sirve para la conformación del poder político o para la integración de los cuadros directivos en las entidades públicas cuando su forma de provisión sea a través de algún mecanismo de elección, sino que también cumple la importante misión de permitir que cualquiera se ocupe de ejercer el control del ejercicio de esos poderes y desde luego del funcionamiento de la administración pública en general, teniendo a su alcance importantes instrumentos judiciales como las acciones públicas encaminadas a la defensa de la Constitución y la Ley (num. 6 lb.).

Sin embargo, para que los asociados puedan tener efectivamente la oportunidad de conformar el poder político o llegar a los cuadros de dirección de la administración pública en general, e igualmente realizar un control a su proceder, es menester que sus actuaciones y decisiones administrativas puedan ser conocidas por todos, ya que si las mismas son secretas o con menoscabo de la amplitud difusiva con que necesariamente deben anunciarse, es claro que terminan siendo afectados, cuando menos, el principio democrático y el principio de igualdad.

El anterior propósito se logra mediante el principio de la publicidad, que orienta la función administrativa (Art. 209 C.P.), pues con él es posible, al menos, poner al alcance de los asociados la información atinente al funcionamiento de la administración pública en general. Dentro de los actos producidos por la misma, que deben ser publicitados, se hallan los actos administrativos de carácter general,

categoría de actos que se identifican por ser abstractos y objetivos, no referidos a persona natural o jurídica alguna, cuya publicidad ha contado con una regulación que ha sufrido ciertas modificaciones y que requiere de una precisión por parte de la Sala.

En el Código Contencioso Administrativo expedido mediante el Decreto Ley 01 del 2 de enero de 1984, la publicación de los actos administrativos de carácter general se reguló en los siguientes términos:

“Artículo 43.- Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

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

Según la norma anterior, el requisito de la publicación de los actos administrativos de carácter general es claramente un presupuesto de eficacia u oponibilidad, puesto que su obligatoriedad frente a los particulares se condiciona a ello. También el legislador extraordinario admitió la posibilidad de que esos actos se surtiera alternativamente, bien fuera en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín provisto por la entidad para dar publicidad a sus actos, o por medio de un periódico con cobertura en la jurisdicción de la autoridad que los dicta. Así, la publicidad de los mismos quedaba satisfecha si la administración los daba a conocer a través de cualquiera de esos medios y por qué no, de todos; lo que una vez realizado hacía eficaz la medida frente a la generalidad de las personas.

Posteriormente se expidió la Ley 57 del 5 de julio de 1985 “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”, que si bien nada dijo sobre derogatorias, sí se refirió al deber y a la forma de publicar los actos de la administración pública, en los siguientes artículos:

Artículo 1º.- La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos Diarios, Gacetas o Boletines oficiales todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.

Artículo 2º.- En el Diario Oficial, cuya dirección corresponde al Ministro de Gobierno, deberán publicarse:

- a) Los Actos legislativos y las leyes que expida el Congreso Nacional.*
- b) Los Decretos del Gobierno;*
- c) Las Resoluciones ejecutivas;*
- d) <Modificado tácitamente por los artículos 59 y 60 de la Ley 190 de 1995. El texto original de este literal es el siguiente:> Los contratos en que sean parte la Nación o sus entidades descentralizadas, cuando dicha formalidad sea ordenada por la ley que los regula;*
- e) Los actos del Gobierno, de los Ministerios, de los Departamentos Administrativos, de las Superintendencias y de las Juntas Directivas o Gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tengan alcance e interés generales;*
- f) Los actos de naturaleza similar a la señalada en el literal anterior que expidan otras autoridades por delegación que hayan recibido o por autorización legal; y,*
- g) Los demás actos que señales las disposiciones vigentes y la presente Ley.*

Artículo 3º.- Cuando el volumen de publicaciones obligatorias así lo justifique, el Gobierno Nacional podrá autorizar a los distintos sectores administrativos la edición de sendos Boletines o Gacetas en los que se divulguen los actos del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo y de los Organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos.

*En el Diario Oficial continuarán publicándose los actos que lleven la firma o contengan la aprobación del Presidente de la República.”
(Subrayas de la Sala)*

Esta norma guarda cierta similitud con su predecesora, en la medida que conserva el carácter mixto de la publicación de los actos de la administración pública, pues si bien alude al Diario Oficial como medio de divulgación de ciertas actuaciones públicas, también admite la posibilidad de que la administración acuda a los “*Diarios, Gacetas o Boletines oficiales*”; incluso se habilita al Gobierno Nacional para que autorice a los sectores que integran la Rama Ejecutiva del poder público a que se valgan de “*Boletines o Gacetas*” para publicitar sus actuaciones.

De otra parte, a pesar de que la Ley 57 de 1985 no hizo ninguna referencia al “*periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto*” como medio de difusión de los actos administrativos de carácter general y que sí contempla el artículo 43 del C.C.A., no puede considerarse que ello equivalga a la derogación de la disposición transcrita, pues como se dijo no hubo derogación expresa de disposiciones anteriores y tampoco se registra derogación tácita, puesto que la publicación en un periódico de amplia circulación no riñe con el postulado constitucional de la publicidad ni con la normatividad de la Ley 57 de 1985.

Luego se expidió el Decreto Ley 2150 del 5 de diciembre de 1995 “*Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”, en cuyo artículo 97 se derogó expresamente, entre otras disposiciones, el artículo 2 de la Ley 57 de 1985 que se refería a los actos que debían publicarse en el Diario Oficial, lo cual vino a regularse en los siguientes términos:

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

- a. Los actos legislativos y los proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;
- b. Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;
- c. Los decretos y resoluciones ejecutivas expedidos por el Gobierno Nacional, cuya vigencia se determinará en el mismo acto de su expedición, y los demás actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos del orden nacional, cualquiera que sean las ramas u organizaciones a las que pertenezcan;
- d. Los actos de disposición, enajenación, uso o concesión de bienes nacionales;
- e. La parte resolutive de los actos administrativos que afecten de forma directa o inmediata, a terceros que no hayan intervenido en una actuación administrativa, a menos que se disponga su publicación en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones;
- f. Las decisiones de los organismos internacionales a los cuales pertenezca la República de Colombia y que conforme a las normas de los correspondientes tratados o convenios constitutivos, deban ser publicados en el Diario Oficial.

PARÁGRAFO.- Los actos administrativos de carácter particular y concreto surtirán sus efectos a partir de su notificación y no será necesaria su publicación.”

Aunque hasta la Ley 57 de 1985 se había mantenido incólume el carácter mixto de la publicación de los actos administrativos de carácter general, que según el artículo 43 del C.C.A., se podía hacer “en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”, con el Decreto Ley 2150 de 1995 es claro que ello cambia y se torna restrictivo, puesto que a partir de su vigencia esos actos, sin importar el orden o la rama del poder a la que pertenezca la entidad emisora, “sólo se publicarán en el Diario Oficial”, lo que si bien no implica la derogatoria del artículo 43 lb., sí conlleva a su modificación, pues la alternatividad allí prevista sigue conservándose, siempre que no se emplee para actos administrativos de carácter general.

La mejor prueba de que esa alternatividad del artículo 43 sigue en pie la ofrece el literal e) del artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995, puesto que allí se admite la posibilidad de exceptuar de la publicación en el Diario Oficial a los actos administrativos que afecten directamente derechos de terceros no vinculados a la actuación, cuando la entidad disponga que se practique “*en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones*”. Ello, como en el caso anterior, permite afirmar la vigencia del artículo 43 del C.C.A., en esa parte, ya que no se presentó derogatorio expresa y la compatibilidad de los preceptos salta a la vista, descartándose así la hipótesis de una derogatoria tácita.

Por último, se expidió la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”, que indiscutiblemente derogó en forma tácita el artículo 95 del Decreto Ley 2150 de 1995 al haber regulado expresa e íntegramente lo atinente a los actos que deben publicarse en el Diario Oficial, en los siguientes términos:

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

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

b) *Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;*

c) *Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias,*

entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

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

Esta evolución normativa permite hacer a la Sala las siguientes precisiones:

En primer lugar, que el artículo 43 del C.C.A., si bien está vigente, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, ya que en la actualidad no se puede hacer solamente acudiendo a los medios alternativos como “el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”, puesto que necesariamente debe hacerse por medio del Diario Oficial; lo cual no obsta para que si así lo decide la entidad pública, además de la obligada publicación en el Diario Oficial, lo haga en esos medios alternativos, pues así se garantizaría aún más la publicidad de esas actuaciones.

En segundo lugar, que la obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en esos medios alternativos, pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el Diario Oficial. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el Diario Oficial, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos aludidos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida.

Y en tercer lugar, que lo regulado en el artículo 43 del C.C.A., sobre el deber y forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las demás entidades, esto es por las entidades del nivel territorial, tanto del sector central como del descentralizado, se mantiene incólume.

Ya la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación había advertido de las modificaciones experimentadas por el artículo 43 citado con las normas jurídicas examinadas por la Sala, pues al efecto sostuvo:

“Ocurre que en virtud del principio de publicidad establecido en el artículo 3.º, séptimo inciso, del Código Contencioso Administrativo las autoridades deben dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones ordenadas en la ley; y según fue dispuesto en el artículo 43 del mismo Código los actos administrativos de carácter general no eran obligatorios para los particulares mientras no fueran publicados en el Diario Oficial o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinaran a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio en que fuera competente quien pronunció el acto.

Posteriormente fue expedida la ley 57 de 1.985, “por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”, en cuyo artículo 1.º se dispuso que la Nación, los departamentos y los municipios incluyeran en sus respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión debiera conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley debían publicarse para que produjeran efectos jurídicos.

En el artículo 2.º de la misma ley se señaló qué actos debían publicarse en el Diario Oficial y, entre otros, en los literales e y f, los actos de autoridades nacionales creadores de situaciones jurídicas impersonales o de alcance o interés generales, pero se estableció también, en el artículo 3.º, que cuando el volumen de publicaciones obligatorias así lo justificara el Gobierno podría autorizar a los distintos sectores administrativos la edición de sendos boletines o gacetas para la divulgación de los actos del respectivo ministerio o departamento administrativo y de los organismos que se hallaran adscritos o vinculados a estos, y en el artículo 4.º que la dirección de esos boletines

o gacetas estaría a cargo del ministerio o departamento administrativo correspondiente y que serían publicados por lo menos una vez al mes.

Según el artículo 8.º, los actos señalados en los literales e y f del artículo 2.º, entre otros, regirían solo después de la fecha de su publicación.

Estas disposiciones, como se advierte, modificaron el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, así en lo relativo a la publicación de los actos administrativos de carácter general en cualesquiera periódicos de amplia circulación, que desde entonces no es posible; y en cuanto hace a los boletines o gacetas distintos del Diario Oficial se dispuso que estos fueran autorizados por el Gobierno, que antes no requerían de autorización alguna y eran simplemente aquellos que las autoridades destinaran a la publicidad de sus actos administrativos de carácter general, además de que cada una de tales autoridades podía disponer, a su arbitrio, de su propio boletín o gaceta, pero a partir de entonces se trataba de boletines o gacetas para la divulgación de los actos de los distintos sectores administrativos, o sea un boletín o gaceta para cada sector administrativo, y no uno para cada uno de los organismos integrantes de esos sectores, por separado, como hubo de explicar la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de julio de 1.991².

Mediante el artículo 95 del decreto 2.150 de 1.995, “por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios en la administración pública”, se estableció, que solo se publicaran ciertos actos en el Diario Oficial, y entre estos, en el literal c, los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos del orden nacional.

Finalmente, en el artículo 119, literal c, de la ley 489 de 1.998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las

² “El texto anterior (ley 57 de 1.985, artículo 3.º) no exige mayores esfuerzos para su interpretación ya que su claridad y sencillez no dan pie para hacer interpretaciones diferentes a la que surge espontáneamente del mismo, en el sentido de que el Gobierno Nacional está facultado para autorizar, cuando haya justificación, que los distintos sectores administrativos editen sendos boletines o gacetas en donde se divulguen los actos ‘del respectivo ministerio o departamento administrativo y de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a estos’. De ninguna manera la ley faculta al Gobierno para que autorice la publicación de boletines o gacetas a cada uno de los muchos organismos del orden nacional que integran la administración pública”. (Anales del Consejo de Estado, t. CXXIV, primera parte, págs. 411 y 412).

entidades del orden nacional [...] y se dictan otras disposiciones”³, se estableció que debían publicarse en el Diario Oficial, entre otros, todos los “actos administrativos de carácter general expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas ramas del poder público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado”; y, en el párrafo del mismo artículo, que únicamente “con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”⁴.

Son actos administrativos de carácter general aquellos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo mismo referidos a una pluralidad indeterminada de personas, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales supuestos. Desde luego que la indeterminación no resulta del mayor o menor número de los destinatarios del acto, sino de la circunstancia de que no aparezcan determinados, y por ello puede existir un acto general referido, en los hechos, solo a algunas pocas personas o a ninguna; y, viceversa, puede existir un acto individual referido a muchas personas concretamente determinadas.

Pues bien, la Universidad Nacional de Colombia, según lo establecido en el artículo 1.º del decreto 1.210 de 1.993, es un ente universitario autónomo, del orden nacional, vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con régimen especial, y en razón de ese régimen especial, dice el artículo 3.º del mismo decreto, es una persona jurídica autónoma, con capacidad para organizarse, gobernarse, designar sus propias autoridades y para dictar normas y reglamentos.

Siendo así que la Universidad Nacional es entidad del orden nacional, que integra la estructura del Estado, conforme a lo establecido en los artículos 113 de la Constitución y 40 de la ley 489 de 1.998, los actos administrativos de carácter general que expida, para regir, deben

³ La Corte Constitucional, mediante sentencias C-957 de 1 de diciembre de 1.999 (expediente D-2.413) y C-646 de 31 de mayo de 2.000 (expediente D-2.652), se ha pronunciado sobre la exequibilidad de esta disposición.

⁴ “La ley 489 de 1.998 rescata para el Diario Oficial con carácter exclusivo, la tarea de colocar en vigencia y hacer oponibles las normas legales de carácter general, terminando así con la incertidumbre generada por la proliferación de boletines de diversas entidades con los que se suplía tal requisito”. (MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto, Ministro del Interior, “El cambio es ahora: vigente nuevo estatuto de la administración pública”, en *El cambio en la administración pública*; Bogotá, Ministerio del Interior, Serie Documentos 4, 1.999, pág. xii).

publicarse en el Diario Oficial, y en ello no se establecieron excepciones.

Entonces, según lo expuesto, los acuerdos 13 de 1.999 y 1 de 2.000 expedidos por el Consejo Superior Universitario, que son actos de carácter general, deben publicarse en el Diario Oficial para su vigencia y oponibilidad.”⁵

Podría sostenerse contra lo dicho por la Sala hasta el momento, que el régimen de autonomía reconocido constitucional⁶ y legalmente⁷ a las universidades, las exime del deber de publicar sus actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial y que ello encuentra respaldo, además, en la propia Ley 489 de 1998 puesto que su artículo 40 prescribe:

“El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión

⁵ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de julio de 2001. Expediente: 11001032800020000026-02 (IJ-018). Actor: Germán Barriga Garavito. Demandado: Universidad Nacional de Colombia. En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias proferidas el mismo día, por la Sala Plena, dentro de los Expedientes IJ-020, IJ-021 e IJ-022.

⁶ Así lo consagra el artículo 69 Superior al decir: “Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.”.

⁷ A nivel legal la Ley 30 de 1992 desarrolló ese régimen de autonomía de las universidades en disposiciones como estas: “**Artículo 28.-** La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional. **Artículo 29.-** La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos: a) Darse y modificar sus estatutos. b) Designar sus autoridades académicas y administrativas. c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos. d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión. e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos. f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes. g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional. **PARÁGRAFO.-** Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).”

y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes.” (Subraya la Sala)

Esta norma demuestra que el régimen de autonomía de las universidades oficiales prima sobre las regulaciones de la Ley 489 de 1998, incluido por supuesto su artículo 119 que consagra el deber de publicar en el Diario Oficial los actos administrativos de carácter general; esto es, que la norma especial debe primar sobre la norma general. Sin embargo, como se trata de una materia sujeta a reserva legal y en virtud a que a la fecha no ha sido expedida la ley que desarrolle para las mismas el deber y la forma en que deben publicarse sus actos, es claro para la Sala que esos entes universitarios deben regirse por los dictados del artículo 43 del C.C.A., en la forma como fue modificado por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, es decir hacer la publicación en el Diario Oficial.

Tampoco pueden eximirse las universidades oficiales del deber legal de publicar sus actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial, alegando que ello puede suplirse con la respectiva publicación en su dominio.co o en su página Web, pues con toda claridad señala el artículo 7 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos*”, que el deber a cargo de la administración pública de insertar en ese medio electrónico la mencionada información dentro de los cinco días siguientes a su publicación, no exime a la misma de su “*obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial*”.⁸

⁸ Esta tesis ya fue sostenida por la Sección Quinta en su fallo del 25 de octubre de 2007. Expediente: 11001032800020600192-00 (4147). Actor: Germán Guevara Ochoa. Demandado: UPTC., puesto que allí se precisó: “la publicación de los actos administrativos en los medios electrónicos, en virtud del artículo 7 de la Ley 962 de 2005 tiene fines meramente informativos y en ningún modo reemplaza o sustituye la obligación legal de publicarlos en el diario oficial”.

6.- Publicidad de los Acuerdos 039 y 040 de 2008: ¿Requisito de validez o de eficacia frente al acto acusado?

Tanto la defensa como el Procurador Séptimo Delegado coinciden en señalar que la falta o defectuosa publicación de los Acuerdos 039 y 040 de 2008, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, no puede invalidar el acto acusado, puesto que ello es presupuesto de eficacia y no de validez.

Para la Sala esa posición es parcialmente cierta. Como quedó demostrado en el apartado anterior, la obligatoria publicación de los actos administrativos de carácter general en el Diario Oficial sirve “*para efectos de su vigencia y oponibilidad*” (Ley 489/1998 Art. 119 par.). Es decir, que su eficacia o fuerza vinculante respecto de terceros depende de que se publiquen en ese medio oficial de difusión, lo que de llegarse a omitir no afecta la validez de esos actos administrativos de carácter general, pues se trata de una circunstancia posterior a la formación del acto, que simplemente lo hace inoponible respecto de terceros.

Así lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación:

“No obstante lo anterior, como lo ha venido sosteniendo esta Corporación reiteradamente, el requisito de la publicación frente a los actos administrativos de carácter general atiende generalmente a su eficacia, es decir, a que produzcan efectos jurídicos y sean obligatorios para los particulares, sin que la carencia de dicha exigencia dé lugar a su declaratoria de nulidad, pues la misma debe sustentarse en aspectos intrínsecos del acto relativos a su validez. Excepcionalmente el problema de publicidad puede incidir en la validez del acto, lo que no sucede en el asunto sub examine, en el cual la publicidad conduce únicamente a la inoponibilidad del mismo”⁹ (Resalta la Sala)

Y ese también ha sido el parecer de la Corte Constitucional, en cuya doctrina se ha expresado:

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 18 de diciembre de 1997. Actor: Luis Mario Duque. Demandado: Director de Catastro Municipal de Cali.

“En consecuencia, estos actos administrativos sin publicar (aquí alude a los actos administrativos de carácter general) no son obligatorios para los particulares, lo cual no significa que la publicación sea requisito de validez, sino condición de oponibilidad. En efecto, la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; produce la falta de oponibilidad del acto a los particulares, o la no obligatoriedad del mismo.”¹⁰ (Negrillas de la Sala)

Sin embargo, uno es el efecto de la falta de publicación de los actos administrativos de carácter general respecto de su validez, que como se vio es ninguno pues se habla de ineficacia, y otro es el efecto de esa omisión respecto de la validez de los actos de contenido particular y concreto expedidos con base en los mismos, que como se verá es en lo que no atinan la defensa y el agente del Ministerio Público.

Recuerda la Sala en este momento, que dentro de las causales de nulidad de los actos administrativos se halla la de expedición irregular, consagrada en el artículo 84 del C.C.A. (Mod. Dto. 2304/1989 Art. 14), en estos términos:

“Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.” (Se imponen negrillas)

Es evidente que la expedición irregular se vincula directamente con el derecho al debido proceso, que si bien es un postulado de gran abstracción en el plano constitucional, es la piedra que soporta los distintos procedimientos administrativos

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-957 del 1º de diciembre de 1999.

y judiciales, impregnándolos de postulados como la competencia funcional de la autoridad, la preexistencia de normas y por supuesto la “*observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”, que para el sub lite es lo más relevante.

Como ya se podrá advertir, es de suma importancia que los funcionarios públicos observen íntegramente todos y cada uno de los pasos y deberes establecidos para la formación de un acto administrativo, ya que de inobservarse parcial o totalmente el procedimiento, el producto de esa actuación administrativa llegará al mundo jurídico viciado de nulidad, entre otras cosas porque detrás de esa causal de nulidad más que un desconocimiento a un artículo o inciso de una norma jurídica, hay una infracción a la voluntad popular cuando la norma desatendida proviene del Congreso o a la voluntad de la administración pública si la fuente normativa reposa en cualquier disposición de rango jerárquicamente inferior.

Sin embargo, dado que *errare humanum est*, y como quiera que es factible que en el giro ordinario de la administración pública los servidores públicos incurran en algunos desaciertos procedimentales, ha establecido la jurisprudencia de esta Sección que la irregularidad debe ser trascendente, es decir que se trate de “*aquellas [imprecisiones] que implican una violación del debido proceso*”¹¹ o de las inconsistencias que sean “*capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo*”¹². En otras palabras, el error cometido por la administración debe poder catalogarse como una Irregularidad Sustancial, adjetivo que viene a determinar su alcance, en la medida que se requiere de la afectación de un principio constitucional o legal de suma importancia para la transparencia del procedimiento de escogencia.

¹¹ Sentencia del 19 de julio de 2006. Expediente: 3931. Actor: Armando Benavides Cárdenas. Demandada: Universidad de Nariño.

¹² Sentencia del 5 de mayo de 2006. Expediente: 3933. Actor: Néstor Guillermo Franco González. Demandado: Mesa Directiva Asamblea del Valle del Cauca.

Pues bien, en los términos en que fue modificado el artículo 43 del C.C.A., por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, en lo que respecta al deber y a la forma de publicar los actos administrativos de contenido general, es claro que la ausencia o defectuosa publicación de los mismos, en tanto sirvan a la formación de un acto administrativo de contenido particular y concreto objeto de enjuiciamiento, debe calificarse como una Irregularidad Sustancial, pues con ello se afecta directamente el debido proceso administrativo en la medida que se omite acatar la orden legal de publicar aquellos actos en el Diario Oficial, así como el principio de la publicidad que inspira a la función administrativa (Art. 209 C.P.), con lo que se diezma significativamente el derecho que tienen los asociados de ejercer control sobre los actos de la administración pública, o como en este caso a participar en procesos de convocatoria pública.

Lo dicho permite concluir a la Sala que la publicación de los actos administrativos de contenido general se constituye en presupuesto de eficacia u oponibilidad y no de validez respecto de los mismos; pero en cambio, la publicación de los mismos, frente a los actos administrativos de contenido particular y concreto en cuya producción participan esos actos generales, se erige en requisito de validez, cuya inobservancia tiene la potencialidad de viciar de nulidad el acto administrativo siempre que la inconsistencia tenga la categoría de una Irregularidad Sustancial.

7.- El hecho notorio vs. El deber legal de publicar los actos generales

Pretende la defensa desestimar el deber legal de publicar los actos administrativos de contenido general en el Diario Oficial alegando que es un hecho notorio que *“Su circulación es restringida; el tiraje de ejemplares por edición es irrisorio, su costo es altísimo”*. Este planteamiento no es de recibo porque se opone abiertamente a lo dispuesto en el artículo 4º Constitucional según el cual *“Es deber de los nacionales y los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y*

respetar y obedecer a las autoridades”, e igualmente resulta en contravía de lo prescrito en el artículo 18 del Código Civil, donde claramente se establece que “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. Así, resulta inadmisibles acoger el desacato a lo prescrito en el artículo 43 del C.C.A., con la modificación que le introdujo el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, en tanto ordenan publicar los actos administrativos de carácter general, de las entidades públicas del orden nacional, pues se trata de un deber legal que debe cumplirse como garantía de los derechos de los asociados.

8.- Alcance territorial del cronograma fijado por la Universidad Surcolombiana con los Acuerdos 039 y 040 de 2008

Afirma la defensa, en esta parte, que el citado cronograma “no iba dirigido al público en general ni ‘a todos en el territorio nacional’ como lo señala el demandante..., solamente convocaba a los residentes durante cinco (5) años como mínimo en el Departamento del Huila”, y que “El cronograma aprobado y publicado no es acto nacional, así emane de la Universidad Surcolombiana, que es ente Universitario Autónomo, creado como establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional”.

En el apartado “3.- Naturaleza Jurídica de la Universidad Surcolombiana”, se estableció con fundamento en el artículo 1º de la Ley 55 del 17 de diciembre de 1968, modificado mediante los artículos 1 y 2 de la Ley 13 del 30 de enero de 1976, que dicha universidad es un establecimiento público autónomo del orden nacional, dotado de personería jurídica, que comparte la misma naturaleza jurídica de la Universidad Nacional de Colombia según la Ley 65 de 1963.

La misma normatividad permite determinar que si bien en un comienzo el Instituto Universitario Surcolombiano (Ley 55/1968 Art. 1), no tenía cobertura nacional,

debido a que su objetivo era la promoción de la educación superior en el departamento del Huila y en los territorios nacionales surorientales, con la expedición de la Ley 30 de 1976 su cobertura se extendió a todo el territorio nacional, pues a ello equivale que se le haya asimilado jurídica, orgánica, administrativa y académicamente a la Universidad Nacional de Colombia, que como es sabido por todos –hecho notorio– es un claustro de formación profesional que atiende el servicio de educación a nivel nacional. Por lo mismo, resulta viable afirmar que la convocatoria efectuada mediante los Acuerdos 039 y 040/08, tenía como destinatarios a todos los habitantes del país, pues se trata de actos administrativos de carácter general, expedidos por una entidad pública del orden nacional, haciendo una invitación pública a la generalidad de habitantes del territorio nacional que acreditaran los requisitos mínimos.

Además, esta discusión resulta intrascendente puesto que el deber de publicar esos actos administrativos en el Diario Oficial, según lo prescribió el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, obedece a un criterio orgánico, tal como se puede constatar en su literal c) al precisar que allí se publicarán los *“expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismo del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado”*. Por consiguiente, al ser dicha Universidad un establecimiento público del orden nacional, como así lo admite expresamente el demandado en su contestación, se verifica por la Sala el deber legal que tenía de publicar los Acuerdos 039 y 040 de 2008 en el Diario Oficial.

9.- El Caso Concreto

Ahora bien, los reparos de ilegalidad recaen exclusivamente sobre dos aspectos: 1.- Que la publicación de los Acuerdos 039 y 040/08¹³, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad, solamente se surtieron en la edición No. 47.127 del

¹³ La copia auténtica de estos actos milita de folios 46 a 52 y 53 a 60.

Diario Oficial emitido en septiembre 29/08¹⁴, luego de agotadas la fase de la Publicación de la Convocatoria (Sep. 9/08) y la fase de la Inscripción de Aspirantes (Sep. 15 al 25/08)¹⁵; y 2.- Que la publicación en prensa nacional, ordenada en el Acuerdo 040/08, no se hizo en la fecha estipulada (Sep. 9/2008) sino hasta el 11 de los mismos mes y año¹⁶.

Pues bien, habiéndose probado que la Universidad Surcolombiana solamente publicó los Acuerdos 039 y 040 de 2008, hasta el día 29 de septiembre de 2008, en el Diario Oficial No. 47.127, queda claro que se incurrió en una Irregularidad Sustancial en la producción del acto acusado. Recuérdese que por virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 119 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 “Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”, de modo que la eficacia u oponibilidad de esa convocatoria respecto de los terceros interesados tan solo se puede predicar a partir del 29 de septiembre de 2008, después de fenecer las etapas de publicación (Sep. 9/08) y de Inscripción de Aspirantes (Sep. 15 a 25/08), con lo que se demuestra la violación de la misma Ley 489, así como del principio constitucional de la publicidad (Art. 209 C.P.), y el derecho fundamental de acceso al ejercicio de funciones y cargos públicos (Art. 40 C.P.).

Además, como el proceso de escogencia aludía al Rector de una universidad oficial del orden nacional, no resulta admisible la justificación dada por la defensa, en el sentido de que en ese proceso únicamente podían intervenir las personas que

¹⁴ Este hecho se acreditó mediante el oficio del 7 de enero de 2009, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Imprenta Nacional de Colombia, que en original reposa en el folio 26.

¹⁵ Según el Acuerdo 040 de 2008, modificatorio del Acuerdo 039 del mismo año, es cierto que la Universidad Surcolombiana se obligó a publicar la convocatoria “en prensa nacional, local y en [su] página Web” el día 9 de septiembre de 2008, y que la fase de inscripción de aspirantes se fijó entre el 15 y el 25 de septiembre de 2008, en el horario de 8:00 A.M. a 12:00 M y de 2:00 P.M. a 6:00 P.M.

¹⁶ Esta afirmación es cierta, puesto que así la admitió la parte demandada en su contestación al señalar que el cronograma fijado con el Acuerdo 040 de 2008 se publicó “En el Diario El Tiempo, el 11 de septiembre de 2008, diario de amplia circulación local, nacional e internacional”, corroborado a su vez con la copia de la parte pertinente de ese diario, visible a folio 152.

acreditaran residencia no menor a cinco años en el departamento del Huila, pues como con acierto lo señala el actor, los aspirantes podrían estar radicados tanto en ese departamento como en cualquiera otro del territorio nacional, resultando éstos seriamente lesionados en su aspiración de participar en el proceso de selección, en la medida que la publicidad oficial, a nivel nacional, vino a surtirse a través del Diario Oficial mucho después de cerrada la fase de inscripciones.

De otro lado, no puede tenerse por satisfecho el requisito de la publicidad a nivel nacional con la eventual publicación que oportunamente se haga en un periódico de tal cobertura, ya que el legislador solamente reconoce en el Diario Oficial la capacidad para hacer oponibles a los interesados el contenido de los actos administrativos de carácter general, sin que ello impida, como se dijo líneas arriba, que por decisión de la propia administración también se haga en los aquí denominados medios alternativos.

De otro lado, igualmente se incurrió en Irregularidad Sustancial por parte de la Universidad Surcolombiana, puesto que si bien se impuso en los Acuerdos 039 y 040 de 2008 el deber de publicar el cronograma para la designación de Rector, entre otros medios, en la “*prensa nacional*”, se probó que ello ocurrió tardíamente, hasta el 11 de septiembre de 2008 en el diario El Tiempo, cuando la fecha fijada para ello fue el 9 de los mismos. Esto, como en la publicación del Diario Oficial, disminuye las posibilidades que tenían las personas de todo el territorio nacional, ajenas al departamento del Huila, para concurrir a la convocatoria pública, ya que para la recolección de documentación y su ulterior acreditación ante la Universidad, contarían con un tiempo inferior al que de hecho tuvieron los aspirantes radicados en dicho departamento, circunstancia que demuestra la violación al principio de igualdad, dado el distinto trato que recibieron unos y otros.

Aspira el apoderado del demandado a desvirtuar la anterior conclusión señalando que el cronograma igualmente se publicó en las ediciones del 9 de septiembre de

2008 del Diario del Huila y del Diario La Nación¹⁷, cuya circulación es nacional. Al respecto encuentra la Sala que según la certificación obrante a folio 122, expedida por la Gerente de Edicohuila S.A. – Diario del Huila, “*El nivel de circulación escrito es Regional, con cubrimiento en el Departamento de Caquetá y la colonia opita en Bogotá*” y que “*El alcance de la información virtual es Nacional e Internacional*”, y que según la certificación ubicada en el folio 141, expedida por la Gerente Administrativa y Financiera de la Editora Surcolombiana S.A. – Diario La Nación, “*El nivel de circulación escrito es regional, con cubrimiento en el departamento de Caquetá, y la colonia opita en Bogotá*” e igualmente que “*El alcance de la información virtual es Nacional e internacional*”.

Esos documentos informan que la circulación física de esos diarios no es nacional y que el alcance virtual de esos medios de comunicación es nacional e internacional. Al respecto dirá la Sala que cuando el artículo 43 del C.C.A., admite la posibilidad de publicar complementariamente los actos administrativos de carácter general “*en un periódico de amplia circulación*” –que por cierto en este caso no es un deber legal sino un deber que se impuso la misma Universidad en los Acuerdos 039 y 040/08-, obviamente se estaba refiriendo a la circulación del medio físico y no a la que ahora ocurre de forma electrónica, dado que se trata de una disposición expedida en 1984 cuando la Internet no tenía los alcances tecnológicos con que hoy cuenta.

Podría contra argumentarse diciendo que el derecho debe actualizarse con los avances tecnológicos y que por ello debe considerarse como de circulación nacional la prensa que siendo físicamente regional cuente con un dominio.co o una página Web. Esta interpretación no sería de recibo para la Sala porque iría en contra del principio del efecto útil de las disposiciones jurídicas, ya que carecería de todo sentido que el artículo 43 hablara de periódico de amplia circulación, cuando en

¹⁷ Estos hechos están debidamente probados. La publicación en el Diario del Huila se acreditó con copia auténtica de la página del respectivo diario, visible a folio 121; y la publicación en el Diario La Nación se probó con el respectivo ejemplar, visible a folio 127.

estas épocas la mayoría de medios de comunicación escritos, si no todos, cuentan con una publicación electrónica. Además, al hablar la norma de circulación territorial debe entenderse que se refiere a la que ocurre en el entorno físico y no a la que se sucede en el ciberespacio o espacio virtual, que por más que pueda ser consultada incluso desde el exterior, no suple la que directamente ocurre cuando se observa el medio físico.

De igual forma, no puede acogerse dicha tesis porque trayendo de nuevo a colación lo prescrito en la Ley 962/2005 Art. 7, el deber legal que tiene la administración de poner a disposición del público, a través de los medios electrónicos, los actos administrativos de carácter general, entre otros, no suple el deber legal de hacerlo mediante el Diario Oficial, que como se sabe su primordial forma de circulación es física o en edición impresa. Además, es claro que la consulta de la información por el espacio virtual tiene mayores adeptos entre la población más joven, quienes han crecido familiarizados con ese medio de comunicación, en tanto que sus mayores están más habituados al medio físico en lo que a prensa se refiere; sin olvidar por supuesto, que la información electrónica no tiene asegurada su cobertura nacional, dadas las características que ofrecen las distintas regiones del país.

Finalmente, no comparte la Sala la apreciación del accionante, en cuanto que debió publicarse íntegramente el contenido de los Acuerdos 039 y 040/08, en los medios de prensa escritos, ya que lo que resulta de interés para los potenciales aspirantes a Rector de la Universidad era su parte resolutive y no sus motivaciones, de modo que la inserción del cronograma fijado en la parte dispositiva de los mismos bastaría para cumplir el presupuesto de la publicación.

10.- Conclusión

Lo discurrido permite inferir a la Sala que el acto acusado está viciado de nulidad, puesto que se incurrió en Irregularidad Sustancial en la publicación de los Acuerdos 039 y 040 de 2008, expedidos por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana.

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

FALLA

PRIMERO: ANULAR la Resolución No. 021 del cinco (5) de Diciembre de dos mil ocho (2008), expedida por el Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, mediante la cual se designó a HERNANDO RAMÍREZ PLAZAS como Rector de dicha universidad, para el período comprendido entre el 5 de diciembre de 2008 y el 4 de diciembre de 2012.

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión al Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana y al Ministerio de Educación Nacional.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

(Ausente con Excusa)

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

MAURICIO TORRES CUERVO