



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación Número: 41001-23-33-000-2016-00518-01

Actor: DUVÁN ANDRÉS ARBOLEDA OBREGÓN

Demandado: NIDIA GUZMAN DURAN Decana de la Facultad de Educación de la Universidad Surcolombiana.

Asunto: Nulidad Electoral – Sentencia de segunda instancia. Recurso de apelación contra sentencia que negó las pretensiones.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia del 8 de junio de 2017 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Huila, negó las pretensiones de la demanda, dirigidas a declarar la nulidad del acto de nombramiento de Nidia Guzmán Durán como decana de la Facultad de Educación de la Universidad Surcolombiana.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 9 de septiembre de 2016 el señor Duván Andrés Arboleda Obregón, presentó demanda¹ en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en contra del acto de nombramiento de Nidia Guzmán Durán como decana de la Facultad de Educación de la Universidad Surcolombiana, elevando las siguientes

1.1 Pretensiones

1.1.1 Se declare la nulidad de la Resolución 009 de 2016, con fundamento en la causal contemplada en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 que reza: *“se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad”* en tanto el Consejo Superior Universitario de la Universidad Surcolombiana mediante la resolución acusada designó a la señora Nidia Guzmán como decana de la facultad de educación desconociendo la inhabilidad que tenía según el artículo 10 del Decreto 128 de 1976.

1.1.2 Solicitó la suspensión provisional del acto demandado al encontrarse cumplidos los requisitos previstos en el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976.

1.2 Hechos

1.2.1 El Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana por Acuerdo No. 021 del 10 de junio de 2016 convocó el proceso para designar decano en propiedad de la facultad de educación y designando a la Secretaría General para adelantar el proceso.

1.2.2 Por acta No. 001 de **28 de junio de 2016** la Secretaría General formalizó la inscripción de cuatro (4) aspirantes para la facultad de educación, entre los que se encontraba la demandada y por acta No. 002 de 7 de julio de 2017 fue habilitada al considerar que no se encontraba incurso en causa de inhabilidad.

1.2.3 Sin embargo, destaca el accionante que el Consejo Superior Universitario mediante Resolución No. 009 de 17 de mayo de 2013 designó a Nidia Guzmán Durán como decana de la Facultad de

¹ Folios 1 a 7 del cuaderno No. 1

Educación para un periodo estatutario de 3 años contados a partir de su fecha de posesión, esto es el 21 de mayo de 2013.

1.2.4 El Consejo Académico por Resolución No. 004 de 10 de febrero de 2015 delegó a la decana de la Facultad de Educación como su representante ante el Consejo Superior, labor que ejerció hasta el **17 de diciembre de 2015**, fecha en la que le fue aceptada la renuncia a este cargo.

1.2.5 Expone que el artículo 10 de Decreto 128 de 1976² establece que *“...los miembros de juntas o consejos durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro y los gerentes o directores, dentro del periodo últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece”*.

1.2.6 En virtud de esta norma los señores EFRAIN HOYOS GALINDO Y ALVARO GUARNIZO GRANADOS fueron inhabilitados por haberse desempeñado como representantes de los decanos y de los docentes ante el Consejo Superior Universitario, delegación que también ostentaba la demandada Nidia Guzmán Durán sin que en su caso fuera inhabilitada para participar.

1.2.7 A pesar de la interposición de una tutela y la impugnación del Acta No. 002 del 7 de julio de 2016 que habilitó la demandada el Consejo de la Facultad de Educación decidió enviar la terna de aspirantes compuestas por la demandada, Edgar Alirio Insuasty y Jairo Silva Quiza.

1.2.8 Finalmente el Consejo Superior Universitario en sesión de 12 de agosto de 2016 designó a Nidia Guzmán Durán como decana de la Facultad de Educación, según consta en la Resolución No. 009 de 2016.

2. Actuaciones Procesales

² El Decreto 128 de 1976, *“por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas”*, norma cuyo ámbito de aplicación esta dirigido a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades que posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.

2.1 Admisión de la demanda y decreto de medida cautelar

Mediante acta individual de reparto de 2 de septiembre de 2016³ el expediente fue asignado al Juzgado 2° Administrativo Oral de Neiva, despacho judicial que por auto de 13 de septiembre de 2016⁴ declaró su falta de competencia y ordeno remitirlo al Consejo de Estado.

Esta Corporación por auto de 14 de octubre de 2016⁵ ordenó su remisión al Tribunal Administrativo del Huila al considerar que la regla de competencia es la prevista en el artículo 152.9 de la Ley 1437 de 2011 y en tal virtud su conocimiento le corresponde a ese tribunal en primera instancia.

El 29 de noviembre de 2016⁶ fue repartido el proceso al magistrado ponente, quien mediante auto de 5 de diciembre de 2016⁷ inadmitió la demanda y ordenó subsanarla dentro de los tres (3) días siguientes. Una vez corregida la demanda, por auto de 15 de diciembre de 2016⁸ la Sala Cuarta de Oralidad del Tribunal Administrativo del Huila, admitió la demanda presentada y negó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Lo anterior por cuanto consideró que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, norma estimada como vulnerada, no es aplicable a la Universidad Surcolombiana por tratarse de un ente autónomo universitario regulado por un régimen especial, tales como el artículo 69 de la Carta Política, Ley 30 de 1992 y sus propios estatutos.

2.2 Contestación de la demanda por parte de Nidia Guzmán Durán

En escrito del 7 de febrero de 2017⁹ Nidia Guzmán Durán, a través de apoderado judicial, contestó la demanda respondiendo a los hechos, oponiéndose a los argumentos planteados y proponiendo excepciones de mérito.

³ Folio 73 del cuaderno No. 1.

⁴ Folios 75 y 76 del Cuaderno No. 1.

⁵ Folios 83 y 84 del Cuaderno No. 1

⁶ Folio 99 del cuaderno No. 1.

⁷ Folio 101 del cuaderno No. 1

⁸ Folio 113 al 115 del Cuaderno No. 1

⁹ Folios 128 al 136 del cuaderno No. 1.

Explicó que no se configura la causal de nulidad alegada en razón a que se respetaron las previsiones legales existentes sobre la materia, máxime cuando se ha establecido normativamente cuáles son las situaciones de las cuales se deriva una inhabilidad o una incompatibilidad constituyéndose un régimen taxativo que no permite interpretaciones analógicas o extensivas.

Insiste que el citado artículo 10 del Decreto 128 de 1976 no puede ser aplicado a los docentes de planta, los decanos y demás funcionarios de los entes universitarios autónomos de carácter oficial que aspiren a cargos de representación ante el Consejo Superior Universitario, por estar ligada al régimen de inhabilidades especiales del estatuto de contratación pública.

2.3 Contestación de la demanda por parte de la Universidad Surcolombiana

Por memorial del 9 de febrero de 2017¹⁰ la Universidad describió el término para contestar la demanda solicitando que se desestime la pretensión de nulidad de su acto de nombramiento, al considerar que éste fue proferido conforme a la normatividad externa e interna vigente.

Expuso que el demandante recae en una errónea interpretación normativa pues cualquier inhabilidad o incompatibilidad que se pretenda argumentar debe encontrarse definida en la normativa especial de la Universidad Surcolombiana de forma taxativa, sin que se pueda aplicar normas que fijan inhabilidades que no le son exigibles.

Insiste que la universidad es un ente universitario autónomo que se rige por los estatutos de la universidad, en virtud de mandato constitucional y legal, razón por la cual solo se puede atender a aquellas previsiones propias que establecen inhabilidades o incompatibilidades.

2.4 Audiencia Inicial¹¹

¹⁰ Folios 148 al 160 del Cuaderno No. 1

¹¹ Mediante auto de 27 de marzo de 2017, el Magistrado Ponente convocó a las partes, con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 7 de abril del 2017 a las 9:00 am. Folio 425 del cuaderno No. 1.

En la audiencia inicial¹² celebrada el 7 de abril de 2016 el Magistrado conductor del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalidare lo actuado, razón por la cual procedió a: i) resolver excepciones previas ii) la fijación del litigio y iii) el decreto de pruebas.

En lo referente al litigio, éste se fijó en “...establecer si la electa Decana de la Facultad de Educación de la Universidad Surcolombiana estaba inhabilitada para ser ungida a esa dignidad, en razón a que fungió en calidad de miembro del Consejo Superior dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección. Y precisar si dicha circunstancia soslayó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, amén de subvertir el precepto contenido en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA” y por petición del apoderado de la Universidad Surcolombiana se adicionó abordar el estudio de la aplicabilidad del artículo 1° del Decreto 128 de 1976 a los entes universitarios.

En cuanto a las pruebas decidió decretar las documentales allegadas con el escrito de demanda y las contestaciones de la demanda de Nidia Guzmán Durán y de la Universidad Surcolombiana. Finalmente y en aplicación a lo previsto en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se prescindió de la etapa probatoria y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días; término que una vez vencido le permitiría al Ministerio Público dar concepto durante el mismo plazo.

2.5 Alegatos de conclusión

En el período otorgado por el magistrado ponente la demandada Nidia Guzmán Durán allegó memorial de fecha 27 de abril de 2017¹³ en el que insistió en la legalidad del acto acusado, en razón a que el nombramiento se realizó conforme a las normas que regulan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del consejo superior de esta universidad.

Por su parte, el apoderado de la Universidad Surcolombiana descorrió el término para alegar de conclusión mediante memorial

¹² Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Folios 156 a 161 cuaderno No.1.

¹³ Folios 438 al 441 del Cuaderno No. 1

de 28 de abril de 2017¹⁴ en el que expuso que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo y en atención al principio de legalidad no es posible aplicar una norma que no corresponde a la naturaleza de esa institución.

2.6 Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

2.7 Sentencia recurrida

Mediante sentencia de 8 de junio de 2017¹⁵ el *a quo* resolvió negar a las pretensiones de la demanda al considerar que la Universidad Surcolombiana es un ente autónomo regulado por las prescripciones del artículo 69 de la Carta Política y el artículo 30 de la Ley 57 de 1992 cuya organización administrativa, financiera y académica regulada por un régimen especial, que corresponde a los Acuerdos 075 de 1994, 015 de 2004 y 048 de 2006.

Expone que los artículos 1° y 10° del Decreto 128 de 1976 regulan las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las juntas directivas y de los representantes legales de las entidades descentralizadas del orden nacional, por esta razón esta disposición no puede ser aplicable a los miembros del Consejo Superior de la Universidad por no ostentar la condición de establecimiento público, o empresa industrial o comercial del estado o sociedad de economía mixta.

En virtud de lo expuesto, el Decreto 128 de 1976 no puede ser aplicable a las universidades públicas y por tanto a la demandada no se le pueden extender las inhabilidades e incompatibilidades allí previstas, al tratarse de una figura jurídica de naturaleza restrictiva que no permite interpretación analógica.

2.8 Recurso de apelación interpuesto por Duvan Andrés Arboleda Obregón

¹⁴ Folios 458 al 462 del Cuaderno No. 1

¹⁵ Folios 465 al 471 del Cuaderno No.1

Por medio de escrito radicado el 15 de junio de 2017¹⁶ ante el Tribunal Administrativo del Huila, el demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia en el que reiteró que se configura la causal de nulidad propuesta en la demanda.

Explicó que no es cierto que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesto en Decreto 128 de 1976 no se pueda aplicar a la Universidad Surcolombiana pues ese ente universitario lo ha venido utilizando en otros casos como en el impedimento del decano de Salud. Considera que no se puede dar por probado la imposibilidad de aplicar dicha normativa con base en una afirmación que realizara el Secretario General del alma mater, pues le correspondía al fallador de primera instancia analizar la normatividad y acervo probatorio para concluir su procedencia o no.

Expone que el artículo 1° del Decreto 128 de 1976 no dirige su normatividad a las universidades pues para esa fecha estas instituciones educativas se encontraban catalogadas como establecimientos públicos y no tenían autonomía universitaria; circunstancia que no impide, atendiendo lo dispuesto en la Ley 28 de 1974, que actualmente esta norma si regule lo concerniente a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del consejo superior universitario.

Concluye afirmando que la jurisprudencia invocada por el tribunal no se ajusta a las condiciones fácticas y jurídicas del presente caso y en tal virtud no podía ser citada como fundamento para la decisión asumida en primera instancia, máxime cuando del acervo probatorio y los argumentos planteados en la demanda se desvirtúa la legalidad del acto de nombramiento.

2.9 Trámite de instancia

Mediante auto del 23 de junio de 2017¹⁷ el magistrado ponente del Tribunal Administrativo del Huila, concedió el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia y en providencia del 10 de agosto de 2017¹⁸ esta Corporación, a través de la consejera ponente, admitió el recurso de apelación y ordenó los traslados de rigor.

¹⁶ Folios 477 al 479 del Cuaderno No. 1.

¹⁷ Folio 486 del cuaderno No. 2.

¹⁸ Folios 497 y 498 del cuaderno No. 2

2.9.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia

Remitidas las comunicaciones del caso, las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

2.9.2 Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El 30 de agosto de 2017¹⁹ el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado para alegar de conclusión, solicitó que se confirme la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, al considerar que la Universidad Surcolombiana es un ente universitario autónomo regulado por un régimen especial que no remite a las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Decreto 128 de 1976. Explica que el hecho que el decreto hubiera sido expedido con anterioridad al otorgamiento de la autonomía universitaria no conlleva a que en la actualidad deba aplicarse a ellas pues su naturaleza no es compatible con los establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por el señor Duván Andrés Arboleda Obregón contra el fallo del 8 de junio de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, está fijada en los artículos 150 y 152.9 de la Ley 1437 de 2011; al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Huila mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda dirigidas a promover la

¹⁹ Folios 508 al 516 del cuaderno No.3.

nulidad del acto de nombramiento de Nidia Guzmán Durán como decana de la Facultad de Educación de la Universidad Surcolombiana.

Para resolver las razones de inconformidad se consideran los siguientes aspectos: i) Régimen de inhabilidades ii) Autonomía universitaria iii) Análisis de caso en particular.

2.1 Régimen de inhabilidades

La Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2002²⁰, ha hecho las siguientes precisiones:

- *“La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la C.P.).*
- *Como no existen derechos absolutos, la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está sometida a límites que procuran la realización del interés general y de los principios de la función administrativa²¹.*
- *En ese marco, un régimen de inhabilidades no es más que la exigencia de especiales cualidades y condiciones en el aspirante a un cargo o función públicos con la finalidad de asegurar la primacía del interés general, para el que aquellos fueron establecidos, sobre el interés particular del aspirante²².*
- *Al establecer ese régimen, el legislador se encuentra habilitado para limitar el ejercicio de derechos fundamentales como los de igualdad, acceso al desempeño de cargo o función públicos, al trabajo y a la libertad de escogencia de profesión u oficio²³.*
- *El legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo pero debe hacerlo de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Por lo tanto, sólo aquellas inhabilidades*

²⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²¹ Corte Constitucional. Sentencias C-509-94 y C-558-94.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-631-96. En el mismo sentido, Sentencia C-564-97.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-925-01.

irrazonables y desproporcionadas a los fines constitucionales pretendidos serán inexecutable²⁴.

- *La inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante²⁵.*
- *Las inhabilidades intemporales tienen legitimidad constitucional pues muchas de ellas aparecen en el Texto Fundamental y el legislador bien puede, en ejercicio de su capacidad de configuración normativa, establecer otras teniendo en cuenta los propósitos buscados y manteniendo una relación de equilibrio entre ellos y la medida dispuesta para conseguirlos²⁶.*

²⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-194-95, C-329-95, C-373-95, C-151-97 y C-618-97. En este último pronunciamiento se dijo sobre el particular: “Sin embargo, en la medida en que la propia Constitución atribuye a la ley la posibilidad de regular esta materia, se entiende que el Congreso “tiene la mayor discrecionalidad para prever dichas causales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política”, puesto que corresponde a ese órgano político “evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de incompatibilidad o inhabilidad así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas”. Así las cosas, a pesar de que una inhabilidad limita un derecho fundamental, como es el derecho ciudadano a ser elegido a un determinado cargo, en estos casos no procede efectuar un control estricto de constitucionalidad, por cuanto la propia Carta ha atribuido al Congreso la función de establecer esas causales, con el fin de proteger la moralidad e imparcialidad de la administración. Por ello, en principio sólo pueden ser declaradas inexecutable aquellas inhabilidades para ser alcalde que en forma desproporcionada, innecesaria o irrazonable limiten el derecho de las personas a ser elegidas para ese cargo, por cuanto se estaría violando el derecho de todos los ciudadanos a una igual participación política (CP arts 13 y 40) y la libertad de configuración del Legislador, que como se dijo, en esta materia goza de un amplio margen de discrecionalidad”.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-111-98 y C-209-00. En el primero de estos pronunciamientos la Corte expuso: “...la Corte ha definido que la preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasmado en el artículo 28 de la Constitución -que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad-, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo. Bajo el mismo criterio, se aviene a la Constitución la exigencia de no haber sido sancionado disciplinariamente, ni suspendido o excluido del ejercicio profesional. Los preceptos de esa índole deben apreciarse desde la perspectiva del requisito que exige el cargo, en guarda de la inobjetabilidad del servidor público (especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad) y como estímulo al mérito, para que la sociedad sepa que quienes conducen los asuntos colectivos, o cumplen una actividad de manejo de intereses generales, no han quebrantado el orden jurídico, lo que permite suponer, al menos en principio, que no lo harán en el futuro”.

²⁶ Esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de inhabilidades intemporales en las Sentencias C-037-96; C-111-98, C-209-00 y C-952-01. En este último fallo la Corte señaló, en relación con la naturaleza jurídica de las inhabilidades, que están concebidas no como penas sino como “una garantía a la sociedad de que el comportamiento anterior al ejercicio del cargo fue adecuado y no perturbará el desempeño del mismo, así como que el interés general se verá protegido y podrá haber tranquilidad ciudadana acerca de la idoneidad, moralidad y probidad de quien ejercerá en tranquilidad el referido cargo”. De esta posición de la Corte se apartaron los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynnet, para quienes las inhabilidades constituyen una sanción, son cobijadas por la proscripción de penas imprescriptibles dispuesta en el artículo 28 de la Carta y, por lo mismo, no pueden ser intemporales, salvo que con esa calidad hayan sido prevista por el constituyente.

Adicionalmente, en sentencia C-325 de 2009²⁷ dispuso: que “...por mandato de los artículos 6°, 123 y 150-23 de la Carta Política, salvo los casos expresamente regulados por el propio ordenamiento Superior, le corresponde a la ley determinar el régimen de inhabilidades de los servidores públicos” y que “la competencia otorgada al legislador para establecer las condiciones de acceso al servicio público, en particular, para fijar el régimen de inhabilidades, encuentra límites claros, tanto en lo dispuesto directamente en el texto constitucional y en el ámbito de regulación que éste haya dejado a la ley en cada caso, como en los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que se deben observar al expedir las medidas”.

Así las cosas, de la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación y de los lineamientos fijados por la Corte Constitucional, es dable concluir que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo y sólo el legislador se encuentra facultado para establecerlo, por lo cual una disposición de menor jerarquía no tiene la virtualidad de imponer límites que impidan el acceso al ejercicio de un cargo público.

2.2 De la autonomía Universitaria.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 69 dispone:

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

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

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

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

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)

²⁷ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

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) 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

Adicionalmente, el artículo 67 de la Ley 30 de 1992, dispone:

“Artículo 67. Los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, según el caso, que tuvieren 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.” (Destaca la Sala)

Sobre este particular, esta Corporación²⁸ ha expuesto que en virtud de la autonomía las universidades pueden establecer en sus estatutos causales de inhabilidades, en los siguientes términos:

“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 tuvieren 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,

²⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia 16 de octubre 2016. C P: Alberto Yepes Barrero. Rad: 11001-03-28-000-2015-00019-00.

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.”*

De lo expuesto se concluye 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 disponer de un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades, siempre dentro del marco las garantías de carácter constitucional y respetando el principio de reserva legal.

Sobre este aspecto esta Sala Electoral en este misma sentencia consideró:

“Esta situación especial y sui generis se explica por el principio constitucional de autonomía universitaria²⁹, el cual autoriza a que esta clase de entidades se rija por su propia normativa, incluyendo el régimen de inhabilidades de los integrantes del Consejo Superior Universitario que tuvieren la calidad de empleados públicos, sin que por supuesto el desarrollo del mandato constitucional y legal se erija como una contravención al principio de reserva legal, habida cuenta que fue precisamente el legislador el que previó que las inhabilidades de los miembros del consejo superior también podrían estar previstas en los estatutos de cada ente autónomo.

En todo caso, la Sección desea señalar que esta autorización no es omnímoda, ya que la disposición en comento sostiene que los que están sujetos a ese régimen de inhabilidades son los rectores y los integrantes de los consejos superiores que tuvieren la calidad de

²⁹ Artículo 69 de la Constitución “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.”

empleados públicos, de forma que será bajo estos lineamientos que debe realizarse el desarrollo estatutario.

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:

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

*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 oficiales³⁰.*” (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)

De esta manera y atendiendo las previsiones normativas y jurisprudenciales citadas en precedencia se deduce que es posible incorporar las normas que en principio no serían de uso para los entes universitarios, siempre y cuando se haya previsto expresamente en los estatutos. Por ello, se procede a analizar si

³⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016. CP. Lucy Jeannette Bermudez B. Radicación N° 11001-03-28-000-2016-00014-00.

los fundamentos legales que invoca el demandante como aplicables al presente caso, esto es el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, pueden utilizarse en el caso concreto a efectos de analizar si la señora Nidia Guzmán Durán se encontraba inhabilitada para ser designada como decana de la Facultad de Educación de la Universidad Surcolombiana.

2.3 Caso particular.

2.3.1 Se destaca que la competencia de la segunda instancia se limita a los argumentos planteados en recurso de alzada, los cuales se dirigen a controvertir la postura del fallador de primera instancia respecto de la aplicación o no del Decreto 128 de 1976, sin que esta Corporación pueda entrar a analizar la remisión a otras normas que fijen régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros del Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana o el contenido del artículo 26 del Acuerdo No. 075 de 7 de diciembre de 1994.

En tal virtud se considera que el apelante invoca en su escrito de impugnación que carece de validez que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dispuesto en Decreto 128 de 1976 no se pueda aplicar a los miembros del Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana y que, si bien es cierto el artículo 1° del Decreto 128 de 1976 no dirige su normatividad a las universidades, pues para esa época estas instituciones se encontraban catalogadas como establecimientos públicos, esta circunstancia no impide que actualmente esta norma regule lo concerniente a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del consejo superior universitario.

En virtud de ello, es pertinente estudiar si el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Decreto 128 de 1976 es aplicable a los miembros del Consejo Superior Universitario de la Universidad Surcolombiana. Para lo anterior, se debe reiterar que en virtud de la normatividad y jurisprudencia³¹ en cita las universidades poseen autonomía para darse sus directivas

³¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 3 de agosto de 2017. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio Rad.: 11001-03-28-000-2017-00003-00; sentencia de 3 de diciembre de 2015. C.P.: Alberto Yepes Barreiro. Rad.: 11001-03-28-000-2015-00019-00. Sentencia de 15 de septiembre de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad: 11001-03-28-000-2016-00014-00 y otras.

y regirse por sus propios estatutos y con base en ello cuenta con la facultad de establecer un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que respete el principio de reserva legal.

Así mismo, esta Sala Electoral³² ha previsto que se pueden incorporar normas que contengan inhabilidades e incompatibilidades diseñadas para otra clase de entidades siempre y cuando la normativa universitaria lo autorice expresamente a efectos de llenar los vacíos que el régimen jurídico de la institución educativa posea. En un caso en el que se debatió la aplicación de la norma invocada por el apelante, esto es el Decreto 128 de 1976, esta Sala de Decisión dispuso:

*“Del análisis sistemático de esa normativa, de cara al Decreto 128 de 1976, la Sala encuentra que en principio, **por regla general, los miembros que hagan parte de los Consejos Superiores Universitarios, no son destinatarios de dicho Decreto**, pues la naturaleza jurídica de las instituciones educativas oficiales no tienen el carácter de establecimiento público, ni de empresa industrial o comercial del Estado y menos de sociedad de economía mixta con participación del Estado, razón por la cual el régimen de inhabilidades allí contenido no podría ser aplicado a los entes autónomos universitarios, **salvo como se viene afirmando, que sea la entidad académica quien, en ejercicio de su autonomía, indique expresamente en sus estatutos y normas propias, que así lo ha determinado***³³.

Por esta razón, es procedente hacer un análisis de las normas que fijan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, las cuales se encuentran en el Acuerdo No. 075 de 7 de diciembre de 1994, “Por el cual se expide el nuevo Estatuto General de la Universidad Surcolombiana”, que en su artículo 26 dispone:

“ARTÍCULO 26: (Modificado mediante Acuerdo No. 048 del 9 de noviembre de 2006, Artículo 1º). El artículo 26 del Estatuto General de la Universidad Surcolombiana, quedará así:

ARTÍCULO 26: Los miembros del Consejo Superior que tuvieren la calidad de servidores públicos, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidos por la Ley. Se exceptúan de lo previsto en este Artículo, los

³²Consejo De Estado. Sección Quinta sentencia 13 de octubre 2016. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00.

³³ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 15 de septiembre de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermudez Bermudez. Rad. 11001-03-28-000-2016-00014-00.

nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

Quienes ejerzan funciones como miembros del Consejo Superior Universitario, están inhabilitados mientras pertenezcan a éste y dentro de los seis meses siguientes a su retiro, para participar en licitaciones y concursos, contratar directamente o por interpuesta persona, o por alguna entidad por él representada, salvo las excepciones de ley, o ser designados o nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción en la Universidad.

No operará la inhabilidad para concursar de acuerdo con el inciso anterior, respecto de quienes se retiren del Consejo Superior Universitario, siempre que el concurso se relacione exclusivamente con actividades académicas, de proyección social o de investigación.

También quedan cobijados por las inhabilidades aquí establecidas los parientes de los miembros del Consejo Superior Universitario, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Se entienden incluidas en estas disposiciones las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución Política y en el Estatuto Único Disciplinario”.

De la lectura de esta norma se destaca que no hace remisión alguna al Decreto 128 de 1976 ni a ninguna otra disposición diferente a la Constitución Política y el Estatuto Único Disciplinario, por lo que en razón a la necesidad de que la regla universitaria disponga la remisión expresa a otros preceptos normativos a efectos de llenar su vacío, esta condición no se cumple para el Decreto 128 de 1976 y por tanto es dable concluir que éste no es aplicable a los miembros del Consejo Superior de la Universidad Surcolombiana, máxime cuando su contenido se dirige a los miembros de las juntas o consejos, de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos sin que allí se pueda incluir los establecimientos universitarios.

2.3.2 Ahora bien en relación con el acervo probatorio obrante dentro del expediente se tiene que por Resolución No. 009 de 12 de agosto de 2016³⁴, el Consejo Superior de la Universidad

³⁴ Folios 8 al 10 del cuaderno No. 1

Surcolombiana designó en el cargo de decano de Educación de Universidad a la señora Nidia Guzmán Durán como resultado del proceso estatutario previsto para seleccionar y designar decano en propiedad ordenado por el Acuerdo 021 de 10 de junio de 2016³⁵.

Dentro de este proceso fue expedida el Acta No. 001 de 28 de junio de 2016³⁶ en la que se acreditó el cierre de las solicitudes de inscripción de aspirantes para ser decanos en las facultades de ciencias sociales y humanas, educación, ingeniería y economía y administración de la Universidad Surcolombiana y donde consta que la demandada Nidia Guzmán Durán realizó su inscripción dentro del término legalmente previsto. Así mismo reposa el Acta No. 002 de 7 de julio de 2016³⁷ relativa a la verificación de requisitos y publicación de aspirantes admitidos y no admitidos para la convocatoria de elección de decano de las facultades de ciencias sociales y humanas, educación, ingeniería y economía y administración de la Universidad Surcolombiana, en la que se expone en relación con la demandada que³⁸:

“NIDIA GUZMAN DURAN: Aspirante admitido de conformidad con la siguiente información:

1.	Ser ciudadano colombiano en ejercicio o extranjero residente en Colombia	• Ciudadana colombiana identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.156.860 expedida el 26 de mayo de 1976 en Neiva
	(...)	(...)
6	No estar incurso de (sic) inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución Política o la Ley	• No registra sanciones disciplinarias, fiscales o judiciales y una vez revisadas las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley y la Constitución Política no se evidencia que el aspirante se encuentre incurso en alguna de ellas

Esta determinación fue asumida en consideración al contenido del artículo 26 del Acuerdo No. 075 de 7 de diciembre de 1994, “*Por el cual se expide el nuevo Estatuto General de la Universidad Surcolombiana*”, disposición que no remite de forma expresa al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Decreto 128 de 1976 y que por tal razón no le podía ser exigible a la demandada.

³⁵ Folios 11 al 15 del Cuaderno No. 1
³⁶ Folios 16 y 17 del Cuaderno No. 1
³⁷ Folios 19 al 29 del cuaderno No. 1
³⁸ Folio 24 del cuaderno No. 1

Igualmente, dentro del plenario reposa el Acta No. 003 de 22 de julio de 2016³⁹, que al resolver unos recursos y observaciones en contra de las decisiones asumidas en el Acta No. 02 de 2016, decide confirmar la habilitación de la señora Nidia Guzmán Duran, por considerar que “... *la tipicidad en el presente caso, no es clara, puesto que los supuestos jurídicos del artículo 10° del Decreto 128 de 1976 desconocen las normativas internas de la Universidad*”, postura que se encuentra conforme con la normatividad y jurisprudencia que se ha expuesto precedentemente en esta providencia y que, se reitera, excluye la aplicación de dicha norma para el subjudice.

Finalmente, allega el impugnante con su escrito de apelación copia de la Resolución No. 083 de 27 de abril de 2017, “*por medio de la cual se acepta un impedimento y se designa un Decano Ad hoc de la Facultad de Salud para que actúe como miembro de la Junta Directiva de la E.S.E. Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva*” en la que pretende demostrar que la Universidad Surcolombiana si da aplicación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Decreto 128 de 1976.

Al respecto se destaca que este documento fue allegado por fuera de las oportunidades probatorias previstas en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, que en su inciso 5 dispone los casos en los cuales se pueden allegar y decretar pruebas en la segunda instancia, sin que el citado documento cumpla con las condiciones allí enlistadas.

Ahora bien, si en gracia discusión se aceptara como allegado oportunamente, esta resolución no tendría la virtualidad de afectar las consideraciones aquí expuestas por tratarse de una situación diferente fáctica y jurídicamente con el presente caso, pues se trata del trámite de un impedimento para ejercer un cargo en la *Junta Directiva de la E.S.E. Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva*, circunstancia que difiere de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para la designación de decano para la facultad de educación.

³⁹ Folio 30 al 37 del Cuaderno No. 1

3. Conclusión

El señor Duván Andrés Arboleda Obregón no desvirtuó los argumentos plasmados por el fallador de primera instancia que sustentaron su decisión de negar las pretensiones de la demanda, razón por la cual se confirmará la sentencia impugnada.

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.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Huila, denegó las pretensiones de la demanda

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO.- ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera