

RECURSO DE APELACION - Contra fallo que declaró la nulidad de la elección de la rectora del Colegio Mayor del Cauca / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Probada por cuanto ya se había declarado la nulidad del acto demandado

Corresponde a la Sala determinar si la sentencia a quo, que declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca por encontrarse inhabilitada, debe confirmarse o si, por el contrario, procede su revocatoria. Para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material y, por consiguiente, no puede existir un nuevo pronunciamiento en relación con el acto de elección de la señora Paola Umaña Aedo como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca para el periodo 2014-2018. Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el caso sub examine, se tiene lo siguiente: - De acuerdo con lo dicho en el acápite de antecedentes procesales, es claro que contra la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como rectora del Colegio Mayor del Cauca, a la par del presente proceso, también se adelantó otro que se identificó con el número 2015-00044. - Que, dentro del proceso electoral No. 2015-00044, el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 12 de junio de 2015, declaró la nulidad del acto acusado. - Esa decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo mediante fallo del 24 de septiembre de 2015. -Por otra parte, mediante sentencia del 3 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso de electoral No. 2009-00043, Dte. Luis Guillermo Céspedes, nuevamente declaró la nulidad del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Las anteriores precisiones permiten a la Sala concluir que: a) Tanto en el proceso electoral No. 2014-00044, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 12 de junio y del 24 de septiembre de 2015, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo del Cauca y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala, la demanda recae sobre el acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Es decir, existe identidad de objeto. b) Que la sentencia anulatoria de la elección de la demandada como rectora del Colegio Mayor del Cauca, se encuentra debidamente ejecutoriada, tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (material) y, por tanto, el asunto en ella debatido no puede ser nuevamente objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción. Esto es, la sentencia de anulación produce cosa juzgada de efectos absolutos y, por consiguiente, es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, pues la nulidad decretada, se reitera, tiene efectos erga omnes. A juicio de esta Sala, la decisión contenida en la sentencia del 24 de septiembre de 2015 de esta Corporación es de imposible desconocimiento y de obligatoria observancia, en cuanto que confirmó la sentencia del 12 de junio de 2015 en el sentido de declarar la nulidad del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014, por el cual se designó a la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Las consideraciones que anteceden son suficientes para que la Sala, en ejercicio del poder que le reconoce el artículo 187 inciso segundo del CPACA. y el artículo 282 del Código General del Proceso, estime que en el presente caso se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada. Por lo expuesto, como se anticipó, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, de oficio, se declarará probada la excepción de cosa juzgada material.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00043-01

Actor: LUIS GUILLERMO CESPEDES

Demandada: INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIO MAYOR DEL CAUCA

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a pronunciarse sobre los recursos de apelación que formularon la demandada y la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca contra la sentencia del 3 de agosto de 2015 del Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la citada institución.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.-

El señor Gustavo Adolfo Sánchez, en nombre propio, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral en contra del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo, como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, para el periodo 2014-2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. **La nulidad del Acuerdo No. 033 de 11 de diciembre de 2014** emitido por el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, *“Por el cual se designa Rector de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018.*

2. **La nulidad del Acta No. 08 de 11 de diciembre de 2014** del Consejo Directivo en la que se tomó la decisión de nombrar en el cargo de Rectora a la ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo.

En consecuencia de lo anterior se declare la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo, como Rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca”.

2. Hechos.-

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

-El consejo directivo de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca sesionó el 11 de diciembre de 2014, día en el que se realizó la votación y elección del rector de esa institución para el periodo 2014-2018.

-La señora Paola Andrea Umaña Aedo, quien resultó elegida, hizo parte del consejo directivo de la institución en cuestión, pues era la representante del sector académico.

-Que solo tres meses antes de la elección, presentó su respectiva renuncia como representante ante el consejo directivo y, por consiguiente, procedió con su pre-inscripción como candidata a la rectoría el día 30 de octubre de 2014.

-Según el actor, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 y el artículo 14 de los estatutos del Colegio Mayor del Cauca, la ingeniera Paola Andrea Umaña Aedo se encontraba inhabilitada, pues hizo parte del consejo directivo hasta dos meses antes de la elección.

-Puso de presente que el 4 de noviembre de 2014 se reunió el comité de verificación y acreditación de los participantes inscritos, pero no hubo pronunciamiento sobre las inhabilidades e incompatibilidades que pudieran recaer sobre los miembros del consejo directivo, análisis que era necesario, pues la candidata Paola Umaña Aedo había pertenecido a ese consejo, en tanto ellas se extienden al proceso de elección de rector, tal como lo dispone la Ley 30 de 1992¹

-Manifestó que el 25 de septiembre de 2014, un ciudadano (no especifica el nombre) informó al consejo directivo que la señora Umaña Aedo estaba inhabilitada para ser elegida como rectora pues estaba incurso en la causal que prevé el artículo 10 del Decreto 128 de 1976.

-Sobre el particular, la demandada se pronunció en el sentido de señalar que la prohibición que prevé dicha norma sólo se predica respecto de la vinculación a través de un contrato de prestación de servicios profesionales.

-Por su parte, el delegado del Ministerio de Educación concluyó que en la medida en que la señora Paola Umaña Aedo perteneció al consejo directivo de la institución se encontraba cobijada por la referida inhabilidad. Que, por esa razón, su postulación era irregular.

- A pesar de lo anterior, se continuó con el proceso de elección, resultando a la final elegida la ingeniera Umaña Aedo por cuatro votos frente a los tres que obtuvo el actor.

¹**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.

3. Normas violadas y concepto de la violación.-

El actor citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 275-5 de la Constitución Política.
- El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976.

En síntesis, el actor aduce que se desconoció el principio de igualdad que debe regir los procesos democráticos, toda vez que hasta tres meses antes de la elección la demanda pertenecía al consejo directivo de la Institución Colegio Mayor del Cauca, el cual fue precisamente el que fijó las reglas del proceso y las condiciones que debían observarse a fin de resultar electo como rector.

Que en ese orden de ideas la señora Umaña Aedo estaba impedida para postularse como candidata, máxime si se tiene en cuenta que el día de las elecciones aun se desempeñaba como auxiliar administrativa del decano (antes había sido vicerrectora y aspirante a la rectoría).

También sostiene que el Colegio Mayor del Cauca es un establecimiento público del orden departamental (no un ente universitario autónomo) y, por ende, le es aplicable la Ley 489 de 1998, en especial a lo que el régimen de inhabilidades atañe.

De conformidad con el artículo 79 de la Ley 489 de 1998², en concordancia con el artículo 102 ídem y el artículo 14 del estatuto general del Colegio Mayor del Cauca, el régimen de inhabilidades respecto de dicha institución se encuentra contenido en el Decreto 182 de 1976.

En concreto, el artículo 10 de la referida norma señala que “...*los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período 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*”.

Que en el caso concreto, es evidente que la señora Paola Andrea Umaña Aedo no podía resultar electa como rectora, pues la inhabilidad que se predica de los miembros del consejo directivo de prestar servicios profesionales a la institución mientras permanezcan en el cargo, también se extiende por un año después de aceptada la respectiva renuncia.

²“**Artículo 79. REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.** Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre **inhabilidades** de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.”

En esos términos, es evidente que si la demandada quería ser elegida como rectora debía renunciar a su cargo dentro del consejo directivo con un año de anticipación a la elección, mas no, como en efecto lo hizo, sólo dos meses antes del día que tendría lugar la contienda electoral, pues para esa fecha no había fenecido el término inhabilitante de un año.

Por último, argumenta que la acepción de “prestar servicios profesionales” que contiene el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 cobija tanto las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, así como aquellas que se realicen bajo una forma contractual.

4. Contestaciones de la demanda

4.1 De la señora Paola Andrea Umaña Aedo

La demandada, mediante memorial que obra a folios 273-284 y por intermedio de apoderado, contestó la demanda. Manifestó que algunos hechos eran ciertos, que otros no eran verdad y que otros eran apreciaciones subjetivas del actor. Se opuso a cada una de las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

-Puso de presente que el procedimiento para la designación de rector de la institución universitaria se definió por el Acuerdo No. 24 de 9 de octubre de 2014, fecha para la cual la demandada no era parte del consejo directivo, pues renunció el 2 de septiembre de 2014.

-Adujo que si bien el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 estableció una inhabilidad para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas de prestar servicios profesionales durante el respectivo periodo y el año siguiente a su separación del cargo, es lo cierto que la referida prohibición se circunscribe a la celebración de contratos, *“sin que pueda extenderse a las vinculaciones legales y reglamentarias o contractuales laborales”*.

Que, por consiguiente, no es correcto considerar que la demandada se encontraba inhabilitada para ser elegida, puesto que el cargo de rector de la institución universitaria es un empleo público que no constituye una prestación de servicios profesionales.

- A la par de lo anterior, adujo que el contenido de la prohibición que contiene el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 se reprodujo integralmente en los literales a) y e) del numeral 2º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Que, entonces, es evidente que esta última disposición normativa subrogó la primera y, por ende, no puede predicarse aplicación alguna de una disposición (Decreto 128 de 1976) que ya no está en el ordenamiento jurídico.

-Argumentó que en el presente asunto hubiera sido del caso aplicar el artículo 294 del Decreto 1222 de 1986, que es la norma especial de carácter departamental, pero que en la medida en que el actor no señaló su desconocimiento como

sustento de la demanda, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte del juez de la acción electoral.

-Que, por otro lado, es claro que a los establecimientos públicos departamentales (como la Institución del Colegio Mayor del Cauca) no les resulta aplicable el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, pues ésta normativa sólo se predica de las entidades del orden nacional.

4.2 De la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca

La Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca contestó la demanda por intermedio de apoderado (folios 248-264).

Propuso las excepciones que denominó: *“1.- Inexistencia de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por cuanto la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, es para la prestación de servicios profesionales, y no para la vinculación legal y reglamentaria; y 2.- Ineptitud sustantiva de la demanda por indebida integración de la proposición jurídica aplicable al caso; el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a las Entidades Descentralizadas del Orden Departamental es el Decreto 1222 de 1986”*.

En síntesis, adujo que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar, pues si bien la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, es un establecimiento público de educación superior, incorporado al departamento del Cauca y adscrito al despacho del gobernador mediante ordenanza No. 042 de 2006, la causal que se endilga a la demandada se limita a la prestación de servicios profesionales, es decir, se refiere a los contratos regulados por la Ley 80 de 1993. Por ende, de acuerdo con las reglas de la hermenéutica, no es posible entender que también cobija la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos.

Argumentó que de conformidad con una interpretación restrictiva de la norma la conclusión lógica es que limitación se refiere a *“la prestación de servicios profesionales por parte de los miembros de la Junta Directiva, lo cual no incluye las vinculaciones laborales y demás situaciones administrativas con personal de carrera”*, que es lo que sucedió en el presente caso.

Que incluso la postura del actor desconoce los criterios de razonabilidad y proporcionabilidad que rigen la administración de justicia, pues conduciría al absurdo *“que no pueda haber reelección de ningún Rector, que por disposición legal pertenecen al Consejo Directivo de la Institución, artículo 64 de la Ley 30 de 1992. Igualmente los representantes de las Directivas Académicas y de los Docentes, estarían inhabilitados no solo para ser Rector, sino contratistas, docentes de medio y/o cátedra al vencimiento de su periodo como miembro del Consejo Directivo”*.

Que, en efecto, la interpretación del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 -que contiene el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los establecimientos públicos que regula la Ley 489 de 1998- conllevaría a que los miembros de los

consejos directivos que tengan cualquier tipo de vinculación con la institución universitaria al vencimiento de su periodo deban ser desvinculados y, por ende, afectados en sus derechos de carrera y trabajo.

A juicio de esa institución, el carácter especial de las normas de educación superior impide que al caso concreto se pueda aplicar la reiterada interpretación que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha efectuado en relación con la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 - en el sentido de hacerla extensiva a relaciones contractuales como legales y reglamentarias.

Advirtió que la limitación para la prestación de servicios profesionales por parte de los miembros de la junta directiva, *"no incluye las formas en que sea posible proveer cargos de libre nombramiento y remoción o periodo con personal de carrera"*. En el caso concreto, la demandada ocupaba un cargo de carrera administrativa en la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, como docente de tiempo completo, por tanto no se encontraba inhabilitada para ser comisionada para desempeñar un cargo de periodo fijo, a través de una vinculación legal y reglamentaria.

Una prohibición en este sentido desconocería el derecho de acceso a la función pública, razón por la cual la inhabilitación en cuestión debe interpretarse de forma restrictiva y no extensiva o por analogía como erróneamente pretende el demandante.

Por último, consideró que en la medida en que se trata de establecimiento público del orden departamental -con carácter de institución universitaria-, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que lo rige no es el que regula el Decreto 128 de 1976 por la expresa remisión del artículo 79 de la Ley 489 de 1998, sino que es el contenido en el Decreto 1222 de 1986, *"Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental"*, que es la norma especial que se le aplica a esta clase de entidades.

5. Trámite en primera instancia

Mediante providencia del 29 de enero de 2015³, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso. Asimismo, se negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Por auto del 16 de marzo de 2015⁴, se dispuso no decretar la acumulación del proceso de la referencia al proceso identificado con radicación 2014-00044-00, que también se adelantó en contra de la elección de la demandada como rectora del Colegio Mayor del Cauca, pues en éste la causal de nulidad que se alegaba era de tipo objetivo, mientras que en el presente asunto la demanda se encuentra sustentada en que la señora Umaña Aedo estaba inhabilitada para acceder a dicho cargo, es decir, consiste en una acusación de naturaleza subjetiva.

³ Folios 227-235.

⁴ Folios 244-249.

El día 5 de mayo de ese mismo año se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA⁵. En ésta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se fijó el objeto del litigio⁶. En esa misma diligencia se decretaron pruebas, las cuales se practicaron en la audiencia del 3 de junio de 2015 (folios 274-276).

Posteriormente, tuvo lugar la audiencia de alegaciones y juzgamiento el día 22 de julio de 2015⁷

6. Fallo apelado

Mediante sentencia del 3 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del acto acusado. Como sustento de esa decisión, en síntesis, expuso:

-Que de conformidad con el artículo 2º del Acuerdo No. 11 de 2008, proferido por el consejo directivo, la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca es un establecimiento público de educación superior del orden departamental, *“incorporado a la estructura administrativa del departamento del Cauca y adscrito al despacho del Gobernador”*. Por tanto, al no ser un ente autónomo universitario, se encuentra sometida al régimen jurídico de los establecimientos públicos contenido en la Ley 489 de 1998 y al régimen de inhabilidades que prevé el Decreto 128 de 1976 y sus normas complementarias.

- Argumentó que el artículo 10º del citado decreto es enfático en señalar que *“...los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar servicios profesionales en la entidad en la cual actúan o actuaron...”*-

-De acuerdo con lo anterior, *“...la institución no podía designar como rectora a la demandada, en razón que la norma establece la prohibición a los miembros del Consejo Directivo de prestar sus servicios profesionales dentro del año siguiente al retiro. Como la elección del rector se produjo mediante Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014, y la renuncia al Consejo Directivo de la señora Umaña Aedo como representante de las directivas académicas se produjo el 2 de septiembre de 2014, incurrió en la referida inhabilidad”*

-Que a pesar de que se alegó que la inhabilidad en cuestión se circunscribe a la prestación de servicios profesionales y no respecto de la vinculación legal y reglamentaria, es lo cierto que el verbo rector de la prohibición, esto es, prestar servicios profesionales, debe entenderse que se efectúa a través de un

⁵ Folios 255-264..

⁶ El despacho dispone que los problemas jurídicos sean los siguientes: 1. ¿Es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en el Decreto 1222 de 1986, al caso concreto? 2. ¿Cuáles son las normas que regulan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el rector de la institución universitaria colegio mayor del Cauca? 3. ¿Se encontraba incurso la señora Paola Andrea Umaña Aedo en la inhabilidad contemplada en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, para ser elegida rectora de la institución universitaria colegio mayor del Cauca por haber pertenecido al Consejo Directivo que realizó la elección?

⁷ Folios 317-322.

vinculación legal o reglamentaria o por una relación contractual, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ “...no ha hecho una distinción que permita escindir dichos conceptos”.

-Por último, señaló que incluso aplicando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Código de Régimen Político y Departamental, se llegaría a una idéntica conclusión, pues el artículo 294 del Decreto 1222 de 1986 señala que “...los miembros de las 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 a la entidad en la cual actúan o actuaron...”.

7. Apelaciones

-De la institución Colegio Mayor del Cauca

Por escrito del 11 de agosto de 2015, el secretario general de esta institución apeló la decisión del a quo. En resumen, se ratificó en que:

Si bien “...el Tribunal de instancia acierta en la aplicabilidad del artículo 79 de la Ley 489 de 1998 a los establecimientos públicos del orden departamental y municipal, por virtud de la remisión de que trata el parágrafo 1 del artículo 68 de la misma ley, yerra en la aplicabilidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el presente caso, por cuanto una ley posterior y especial aplicable a los establecimientos públicos del orden departamental modificó o mejor reguló extensivamente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de dichos establecimientos del orden departamental, como son la (sic) contenidas en el Título X, Capítulo IV del Decreto 1222 de 1986 [del] Código de Régimen Departamental”.

Aseguró que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Colegio Mayor del Cauca, establecimiento público del orden departamental, no es el regulado por el Decreto 128 de 1976, por remisión expresa del artículo 79 de la Ley 489 de 1998, sino por el contrario es el contenido en el Decreto 1222 de 1986 “*Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental*”, que en su capítulo IV reguló lo relacionado con el régimen de “*las inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades*” de las entidades descentralizadas del nivel departamental.

Anotó que “...la remisión realizada por el artículo 79 de la Ley 489 de 1998 a la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, **NO APLICA PARA ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL NIVEL DEPARTAMENTAL**, por existir ley especial (DECRETO 1222 DE 1986), ya que por virtud de la ley 57 de 1887 “**LA DISPOSICION RELATIVA A UN ASUNTO ESPECIAL PREFIERE A LA QUE TENGA CARACTER GENERAL**”.

⁸ Sentencia del 24 de junio de 2004. Exp. 2004-010017. C.P. María Nohemí Hernández.

Resaltó que la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, no cobija vinculaciones legales y reglamentarias, así como tampoco cobija la situación administrativa del encargo para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción, sino que está ligada exclusivamente a la prestación de servicios profesionales.

Sostuvo que la interpretación que se debe dar a la norma en precedencia debe ser restrictiva⁹, bajo el entendido que al hablarse de la limitación para la prestación de servicios profesionales por parte de los miembros de la junta directiva, no incluye las vinculaciones laborales y demás situaciones administrativas con personal de carrera.

Refirió que la Corte Constitucional ha indicado que el legislador al momento de establecer prohibiciones y determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad -o incluso para regular su alcance-, no puede desconocer los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Que tales criterios se obvian con la interpretación que hace el actor, pues -según él- *“...no podría existir reelección de ningún Rector de ninguna Institución Universitaria, por la potísima razón, que por disposición legal pertenece al Consejo Directivo de dicha Institución, pues como ya enunciamos, los Rectores, en virtud del artículo 64 de la ley 30 de 1992, son miembros de dicho Consejo”*.

Concluyó que la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, es una limitación al derecho fundamental de acceder al ejercicio de funciones públicas, por lo que no sería dable extenderla o aplicarla por analogía a casos no comprendidos claramente en dicha limitante, razón por la cual para el caso bajo examen daría lugar a que se presentara una *“ausencia de tipicidad de la inhabilidad reprochada”*.

-De la demandada

Mediante escrito del 12 de agosto de 2015, el apoderado judicial de la señora Paola Andrea Umaña impugnó la decisión de primera instancia. En resumen, manifestó los siguientes motivos de reparo:

-Reiteró que la inhabilidad que prevé el artículo 10^o del Decreto Ley 128 de 1976 se limita a la prestación de servicios con ocasión de una vinculación contractual, mas no a una de carácter legal o reglamentaria, pues dicha acepción, según jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es propia de la contratación estatal¹⁰.

⁹ Lo sustenta el actor en la sentencia de tutela T-1039-06 al indicar que *“el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”*.

¹⁰ Que incluso en esos precisos términos se manifestó la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos por medio de concepto del 11 de abril de 2013 PAD 036-2013dirigido a la oficina jurídica de la Universidad de la Guajira.

-También adujo que esa disposición fue subrogada por el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, disposición que no solo impide la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, sino de todo tipo de contrato (suministro, obra, consultoría, etc.), pero que, valga la pena aclarar, no es aplicable a las autoridades departamentales, pues éstas se rigen por la norma especial, esto es, el Decreto 1222 de 1986 (artículo 294).

-Que, en efecto, si bien la Ley 489 de 1998 prevé que el régimen de las entidades descentralizadas se aplicaría en lo que fuere pertinente a las entidades territoriales, es lo cierto que dicha remisión no puede desconocer el carácter especial del Decreto 1222 de 1986 *“que constituye el régimen departamental vigente”*, normativa que no se alegó como desconocida en el presente asunto.

-Aunado a lo anterior, puso de presente que *“...en caso de considerar que la incompatibilidad en cuestión es aplicable, se llegaría al absurdo que ningún rector de una universidad estatal o institución universitaria podría ser reelegido, pues la norma en comento incluye a los rectores, quienes pueden ser reelegidos, de hecho el artículo 25 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca permite la reelección del Rector, como de hecho ha sucedido con las dos ex rectoras de la institución.”*

-Concluyó que *“...no es dable considerar que mi poderdante se encontraba inhabilitada para efectos de ser elegida como Rectora del Colegio Mayor del Cauca, empleo público que no constituye una prestación de servicios profesionales como tal, sino el ejercicio de unas funciones ejecutivas y de administración...”*

8. Trámite en segunda instancia

Una vez se efectuó el correspondiente reparto, por auto del 28 de septiembre de 2015 se admitieron los referidos recursos de apelación. En esa misma providencia, se dispuso que el memorial que sustenta dicho recurso se pusiera en conocimiento de las demás partes por el plazo de 3 días y que vencido ese término el expediente permaneciera en Secretaría a fin de que rindieran los alegatos de conclusión y de que el Ministerio Público emitiera el respectivo concepto.¹¹

9. Alegatos de las partes en segunda instancia

a) El actor, en síntesis, ratificó su postura bajo los siguientes términos:

“(...)

“Al haber pertenecido la demandada, PAOLA ANDREA UMAÑA AEDO, al Consejo Directivo como representante de las directivas hasta dos meses antes de que se surtiera la elección, se vulneró el principio de igualdad, ya que esa corporación, con la participación de la rectora electa como

¹¹ Folio 135.

representante de las directivas académicas, reguló las condiciones de la controvertida elección, lo cual revela una clara, amplia e ilegítima ventaja frente a los demás candidatos.

Es más clara esta ilegítima ventaja cuando, tal como quedó demostrado en el proceso, según Resolución No. 285 de febrero 29 de 2012 y acta de posesión No. 012 del 1 de marzo de 2012, la representante estudiantil ante el Consejo Directivo, LADY DIANA NICHOLLS SANDOVAL, era subordinada laboral de la candidata PAOLA ANDREA UMAÑA AEDO para el momento de la elección, lo cual debió haber conducido también a la declaratoria de un impedimento de la estudiante, basado en el numeral 4 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

*Ahora bien, es necesario argumentar que por tratarse el presente asunto de un acto electoral ocurrido en el Colegio Mayor del Cauca, que es un establecimiento público del orden departamental, con personería jurídica, que forma parte del sector descentralizado por servicios en el nivel departamental y **NO** un ente universitario autónomo, le es aplicable la Ley 489 de 1998, la cual, según su artículo 2 se aplica a todos los organismos y entidades de la rama ejecutiva del Poder Público y de la administración pública, dentro de la cual, siguiendo el inciso 4 del artículo 39 de la norma en comento, se encuentran los organismos adscritos a las gobernaciones, tal como lo es el Colegio Mayor del Cauca.*

(...)

Así las cosas, la Ley 489 de 1998; el artículo 67 de la Ley 30 de 1994 y el artículo 14 del Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca, remiten, en materia de impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades, a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 128 de 1976, las cuales no se aplican por analogía, sino por remisión expresa de la normatividad citada.

(...)

De los argumentos aquí puestos de presente, se deben dar por sentados los siguientes presupuestos lógicos:

1. Que la ley 489 de 1998 se aplica a la (sic) entidades territoriales según el parágrafo del artículo 2 de esa normatividad, y que también se aplica a la administración pública de esos entes descentralizados al tenor del artículo 39 inciso cuarto ibídem.

2. Que por ser el Colegio Mayor del Cauca un Establecimiento Público del orden departamental, le son aplicables los principios y disposiciones de la ley 489 de 1998, norma vigente y posterior al Decreto 1222 de 1986, y especial en materia de descentralización administrativa, por lo tanto la aplicable para el caso en discusión.

3. Por lo tanto, es viable y totalmente procedente advertir que la regulación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, para el caso de la rectora electa del Colegio Mayor del Cauca, se encuentra contenido en el Decreto 128 de 1976.

Así las cosas no le asiste razón a la rectora demandada al argumentar que el Decreto 128 de 1976 no es aplicable al presente asunto, pues una norma especial y posterior en materia de descentralización tal y como lo es la ley 489 de 1998 remite precisamente a dicha norma para lo correspondiente a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de juntas directivas, incluso de los establecimientos públicos del orden territorial.

(...) Respecto del argumento de la subrogación del Decreto 128 de 1976 y del Decreto 1222 de 1986

Los argumentos dados por la parte accionada carecen de solidez jurídica, al afirmar que el Decreto 128 de 1976 y el Decreto 1222 de 1986 fueron subrogados por el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por las siguientes razones:

1. *El artículo 10 del Decreto 128 de 1976 y el artículo 294 del Decreto 1222 de 1986 refieren a la prestación de servicios profesionales, no solamente al "contrato de prestación de servicios profesionales", como si lo hace la ley 80 de 1993.*

2. *El Consejo de Estado no ha tomado como subrogado el artículo 10 [del] Decreto 128 de 1976, pues respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Directivas, Gerentes y Directores de las empresas descentralizadas del Estado, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, mediante sentencia del 24 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Consejera Ponente MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON, confirmó su vigencia, y lo distinguió muy bien de la ley 80 de 1993..."*

b) La demandada así como la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca guardaron silencio.

10. Concepto del ministerio público

El procurador séptimo delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

Que, contrario a lo que señalan los recurrentes, el régimen de inhabilidades que debe aplicarse al presente caso es el que contiene el Decreto 128 de 1976 y no el Decreto 1222 de 1986, pues si bien este último decreto es posterior es lo cierto que la Ley 489 de 1998 es clara en remitirse de manera expresa al Decreto 128 de 1976.

Puso de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado¹² ha sido enfática en señalar que los servicios profesionales a los que se refiere la prohibición que prevé el artículo 10º del Decreto 128 de 1976 "...pueden ser prestados en virtud de una vinculación legal o reglamentaria o mediante una relación contractual"

¹² Entre otras, la sentencia del 24 de junio de 2004. Exp. 2004-00017-01.

Manifestó que no son de recibo los argumentos de la demandada, pues el artículo 8º de la Ley 80 de 1993 no subrogó el artículo 10º del Decreto 128 de 1976 por *“...la potísima razón de su inaplicabilidad al asunto litigioso propuesto, en efecto, la Ley 80 de 1993 regula el régimen de contratación pública y las inhabilidades que en ella se señalan lo son para efectos de la celebración de contratos, pero no pueden ser consideradas como causal de nulidad de actos de elección o nombramiento. Sus efectos se predicán en relación con los contratos.”*

Aunado a lo anterior, sostuvo que no cabe la menor duda que la institución Colegio Mayor del Cauca tiene la naturaleza de establecimiento público y que, por ende, se encuentra cobijada por la Ley 489 de 1998, en particular, por el artículo 79 que estableció que las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto Ley 128 de 1976 se tendrían en cuenta para los miembros de consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos.

Que, en conclusión, como la demandada integró el Consejo Directivo de la referida institución no podía resultar electa como rectora dentro del año siguiente a su renuncia como representante del estamento académico.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación presentado por los apoderados de la demandada y de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca contra el fallo del 12 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, está fijada en los artículos 150 y 152-9 del C.P.A.C.A; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. El acto acusado

Se trata del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014 “Por la cual se designa Rector de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018”.

3. Del asunto objeto de debate

Corresponde a la Sala determinar si la sentencia a quo, que declaró la nulidad de la elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca por encontrarse inhabilitada, debe confirmarse o si, por el contrario, procede su revocatoria.

4 El objeto de la impugnación

La parte demandada y la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca impugnaron la decisión del Tribunal respecto de estos aspectos:

i) El régimen de inhabilidades aplicable a dicha entidad no es el que contiene el Decreto 128 de 1976 como erróneamente sostuvo el a quo, sino que es el que prevé el Decreto 1222 de 1986, norma que no se adujo como desconocida por el demandante.

ii) La prohibición que prevé el artículo 10 del Decreto 128 de 1986 únicamente se circunscribe a contratos de prestación de servicios profesionales y, por ende, no tiene lugar cuando la vinculación es legal y reglamentaria, que es lo que sucede en el presente caso.

iii) Que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 fue subrogado por el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, disposición que no solo impide la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, sino de todo tipo de contrato (suministro, obra, consultoría, etc.), pero que, valga la pena aclarar, no es aplicable a las autoridades departamentales, pues éstas se rigen por la norma especial, esto es, el Decreto 1222 de 1986 (artículo 294).

En efecto, si bien la Ley 489 de 1998 prevé que el régimen de las entidades descentralizadas se aplicaría en lo que fuere pertinente a las entidades territoriales, es lo cierto que dicha remisión no puede desconocer el carácter especial del Decreto 1222 de 1986 “que constituye el Régimen Departamental vigente”, normativa que no se alegó como desconocida en el presente asunto.

5. Estudio de fondo del asunto

La Sala precisa que, de acuerdo con el principio de justicia rogada que rige la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el presente estudio se efectuará teniendo en cuenta las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y de las cuales explicó un real concepto de violación, así como los reparos que tanto la demandada como la Institución Colegio Mayor del Cauca formularon en los respectivos recursos de apelación.

Bajo la anterior premisa, esta Corporación anticipa que revocara la decisión de primera instancia y, en su lugar, declarará probada de oficio la excepción cosa juzgada material.

Para efectos de fundamentar esta decisión, la Sala se ocupará, en primer lugar, del tema de la cosa juzgada, para luego analizar el caso concreto.

A. De la cosa juzgada material

A la cosa juzgada o "res judicata" se le ha asimilado al principio del "non bis in idem"¹³ y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser

¹³ Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. Exp. 2000-00803.

debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 303 del Código General del Proceso y 189 del C.P.A.C.A., en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico.

Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.

Para ahondar en el tratamiento del tema es necesario comenzar por reproducir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 189 del C.P.A.C.A., que a la letra dice

“Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes”.

Sobre el particular, Esta Corporación con relación al aparte transcrito, precisó:

“...; pero cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del petitum que no prosperó, porque aún cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otras causas con diferente petitum y dejar de regir para ese efecto”.

Sentencia de junio 18 de 1984. Expediente 5985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Bernardo Ortiz A.).

De esta forma, la sentencia que **niega** la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión.

Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (para todo el mundo y sin importar la *causa petendi* o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado¹⁴.

En relación con este aspecto en particular, esta Corporación en sentencia del 19 de marzo de 2009, se pronunció en el siguiente sentido:

“(...) En lo atinente a la connotación de cosa juzgada, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a distinguir dos clases de la misma, denominadas cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial, las cuales, siguiendo al tratadista Eduardo J. Couture, dependen o están determinadas por las circunstancias de la impugnabilidad y de la inmutabilidad del asunto jurídico de que se trate, de suerte que habrá cosa juzgada formal cuando pese a que se han surtido o agotados los recursos, la eficacia de la decisión judicial es transitoria. “Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo en presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse”, en voces del citado tratadista; quien concluye que “Existe cosa juzgada sustancial cuando a la condición de inimpugnabile en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior”. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Exp. 2004-00203.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, al respecto dijo: “La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en

¹⁴ *Sobre este punto, la doctrina se ha pronunciado en el siguiente sentido: “Cuando un acto ha sido declarado nulo por ilegalidad, esta ilegalidad se reputa objetivamente establecida y por consiguiente producirá efectos respecto de todo el mundo (efectos en el espacio). Pero como también la anulación borra el acto del ordenamiento, en tal forma que puede considerarse como si no hubiera existido jamás, sin que sea necesario hablar de retroactividad, porque la sentencia implica la invalidación del acto desde la misma fecha de expedición, se entiende que esos mismos efectos están mirados desde una perspectiva temporal (efectos en el tiempo). Con todo, esta posición no es absoluta y presenta ciertos atenuantes. En primer lugar, la nulidad del acto de nombramiento de un funcionario lo invalida desde su origen pero los actos por él expedidos entre su nombramiento y la sentencia de nulidad son válidos...”. Weil citado por BETANCOUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Librería Señal Editora, Medellín, 2009, pág. 520.*

la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces.”¹⁵.

B. Del caso concreto

Para la Sala no cabe duda de que, en el caso objeto de estudio, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material y, por consiguiente, no puede existir un nuevo pronunciamiento en relación con el acto de elección de la señora Paola Umaña Aedo como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca para el periodo 2014-2018.

Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el caso sub examine, se tiene lo siguiente:

- De acuerdo con lo dicho en el acápite de antecedentes procesales, es claro que contra la elección de la señora Paola Andrea Umaña Aedo como rectora del Colegio Mayor del Cauca, a la par del presente proceso, también se adelantó otro que se identificó con el número 2015-00044.

- Que, dentro del proceso electoral No. 2015-00044, el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 12 de junio de 2015, declaró la nulidad del acto acusado.

- Esa decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo mediante fallo del 24 de septiembre de 2015. En concreto, en esa providencia se dijo:

“(...) la Sala anticipa que la sentencia apelada será confirmada por las razones que pasan a explicarse. Para el efecto, se impone el análisis de si en la elección que hizo el Consejo Directivo del Rector del Colegio Mayor del Cauca, se observaron las reglas del quórum y mayoría que exige el reglamento interno.

El artículo 13 del Acuerdo No. 11 del 25 de julio de 2008 “Por el cual se expide el Estatuto General del Colegio Mayor del Cauca” respecto del quórum dispone: “constituye quórum para deliberar, más de la mitad de los miembros acreditados ante el Consejo Directivo (...)”.

Ahora bien, se tiene que el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca dispone que el Consejo Directivo está conformado por 10 miembros; sin embargo, no se considera al Rector para efectos de establecer el quórum, por cuanto éste tiene voz pero no voto, en concordancia con el literal e) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992.

Así, se requiere la mitad más uno de los 9 miembros facultados para decidir; es decir, se requieren 5 votos para que esta Corporación pueda reunirse válidamente para cumplir su función, en este caso, elegir al Rector.

En el caso de autos, se observa que asistieron 8 miembros del Consejo Directivo a la sesión en la que resultó elegida la demandada, de conformidad

¹⁵ M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes. D-056 y D-092.

con el Acta No. 08 del 11 de diciembre de 2014, visible a folio 175 del expediente.

En efecto, sin la participación del Rector, por cuanto no tiene voto, y sin considerar la asistencia de uno de los miembros cuyo período, a juicio de los apelantes estaba vencido, se tiene que se encontraban presentes 6 miembros facultados para votar. En consecuencia, sí había quórum para decidir, el cuál es de 5, conforme con el Estatuto de esa Institución educativa.

Ahora bien, respecto de las mayorías, esto es, el número de votos mínimos que requiere un candidato para ser electo en esa corporación, el artículo 25 de los Estatutos del Colegio Mayor del Cauca dispone “El Rector será designado por el Consejo Directivo con el voto favorable de la mayoría de sus miembros con derecho a voz y voto”.

Entonces, es evidente que esta normativa tiene prevista taxativamente una mayoría decisoria calificada, esto es, que el Rector de la Institución debe ser elegido **con la mayoría de votos de los integrantes de la Corporación Electoral**, es decir, quien resulte escogido debe obtener **la mitad más uno de los votos de todos los miembros de la respectiva Corporación nominadora** por cuanto de esa forma se garantiza la confianza corporativa en la medida en que se logra conformar la voluntad mayoritaria, tomándose así una decisión efectivamente democrática.¹⁶

Es preciso tener en cuenta que la garantía de la transparencia electoral exige el cumplimiento estricto del régimen legal sobre el cual se edifica todo proceso electoral y de su respeto depende en gran medida la salvaguarda de las instituciones democráticas. Y el mismo, se aplica a toda clase de elecciones, incluyendo las que se realizan en el interior de los entes universitarios autónomos.

En consecuencia, no le asiste razón a los apelantes al afirmar que como a la fecha de elección de la demandada, el Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca se encontraba integrado solo por “6 o 7” miembros efectivos, y por tanto solo pueden ser considerados miembros con derecho a voz y voto aquellos que estén debidamente designados, delegados o electos con el lleno de las formalidades exigidas para cada caso.

En efecto, tal como lo manifestó la Vista Fiscal en su concepto, el hecho de que a la fecha de la elección de la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca faltare por designar a la Representante de los egresados ante el Consejo Superior o del Presidente de la República, no puede ser razón para considerar que la mayoría requerida para su designación debe ser simple, esto es, la mitad más uno de los asistentes, pues, el artículo 25 de los Estatutos de esa Institución es claro al indicar que el Rector será designado por la mayoría de los miembros del Consejo Directivo con derecho a voz y voto, para este caso, la mayoría de los 9 miembros, excluido el Rector.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 10 del Estatuto del Colegio Mayor del Cauca, el Consejo Directivo está compuesto por 10 miembros; pero como se dijo, el rector tiene voz pero no tiene voto; entonces, **el candidato**

¹⁶ Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente No. 11001-03-28-000-2003-0016-01(3115-3116).

requería, a su favor, la mitad más uno de los votos de los 9 miembros con voz y voto, esto es, mínimo 5 votos para que la designación de la demandada fuera válida.

(...) Se observa que en el proceso votaron 7 miembros del Consejo Directivo del Colegio Mayor del Cauca, en el que el actor obtuvo 3 votos afirmativos y la demandada 4, de manera que ninguno de los candidatos obtuvo la mayoría requerida para ser designado válidamente.

Entonces, es evidente que para el caso concreto, el acto administrativo que nombró a la señora Paola Andrea Umaña Aedo es irregular, como quiera que fue expedido sin la satisfacción de uno de los supuestos de legalidad necesarios del acto, en la medida en que se adoptó sin contar con la mayoría requerida para expedirlo.

Lo anterior, como quiera que la elección se produjo con cuatro (4) votos, cuando el número total de integrantes del Consejo Superior del Colegio Mayor del Cauca está compuesto por nueve (9) miembros con voz y voto, y el hecho de que a 2 o 3 de ellos se les hubiera vencido su periodo o no hicieran parte de aquel, en manera alguna puede tomarse como una circunstancia que releva a la Corporación nominadora de expedir la decisión administrativa demandada por mayoría, es decir, con cinco (5) votos y no con cuatro (4).

En esa medida, resulta evidente que el acto administrativo demandado está viciado y por esa razón se confirmará la decisión del a quo de declarar la nulidad del Acuerdo No. 33 del 11 de diciembre de 2014 que designó a la demandada como Rectora del Colegio Mayor del Cauca y que se inicie nuevamente el proceso de elección de dicho funcionario.

Esto, pues se insiste que la mayoría requerida para que las decisiones en este ente universitario sean válidas, es de la mitad más uno de los votos afirmativos de **los miembros de la respectiva corporación nominadora**, en aras de garantizar la confianza en la efectividad de las decisiones democráticas.

No debe olvidarse que el sistema electoral colombiano dispone que el nombramiento de un funcionario o la elección de los representantes democráticos debe basarse en el principio de las mayorías, por lo que nunca puede resultar elegido un candidato que obtiene menor votación que otros ni aquel que obtiene la misma votación que otro¹⁷. Por ello, el principio general que inspira al sistema democrático es el que las decisiones de las corporaciones públicas sean adoptadas por mayoría.¹⁸

Es por lo anterior, que resulta inane entrar a determinar la calidad en la que actuaron los Representantes de los egresados, de los ex rectores y del Presidente de la República.

(...) Por tanto, en desarrollo de los principios mencionados en precedencia, es imperativo que el Colegio Mayor del Cauca siguiera estrictamente las reglas previamente definidas por sus Estatutos en garantía de los principios

¹⁷ Sentencia del 24 de agosto de 2001. Exp. 2470.

¹⁸ Sentencia del 18 de marzo de 2004. Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente No. 11001-03-28-000-2003-0017-01(3117)

de legalidad y seguridad jurídica.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Confírmase el fallo de 12 de junio de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca”.

-Por otra parte, mediante sentencia del 3 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso de electoral No. 2009-00043, Dte. Luis Guillermo Céspedes, nuevamente declaró la nulidad del acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018.

Las anteriores precisiones permiten a la Sala concluir que:

a) Tanto en el proceso electoral No. 2014-00044, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 12 de junio y del 24 de septiembre de 2015, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo del Cauca y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala, la demanda recae sobre el acto de elección de la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la institución universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018. Es decir, existe **identidad de objeto**.

b) Que la sentencia anulatoria de la elección de la demandada como rectora del Colegio Mayor del Cauca, se encuentra debidamente ejecutoriada, tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (material) y, por tanto, el asunto en ella debatido no puede ser nuevamente objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción. Esto es, la sentencia de anulación produce cosa juzgada de efectos absolutos y, por consiguiente, es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, pues la nulidad decretada, se reitera, tiene efectos **erga omnes**.

A juicio de esta Sala, la decisión contenida en la sentencia del 24 de septiembre de 2015 de esta Corporación es de imposible desconocimiento y de obligatoria observancia, en cuanto que confirmó la sentencia del 12 de junio de 2015 en el sentido de declarar la nulidad del Acuerdo No. 033 del 11 de diciembre de 2014, por el cual se designó a la señora Paola Andrea Umaña como rectora de la Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca, periodo 2014-2018

Las consideraciones que anteceden son suficientes para que la Sala, en ejercicio del poder que le reconoce el artículo 187 inciso segundo del CPACA¹⁹. y el

¹⁹ **“Artículo 187. Contenido de la sentencia.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

artículo 282 del Código General del Proceso, estime que en el presente caso se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

Por lo expuesto, como se anticipó, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, de oficio, se declarará probada la excepción de cosa juzgada material.

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,

F A L L A:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia del 3 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca. En su lugar, **DECLARASE** probada la excepción de cosa juzgada material. En consecuencia, esta Sala se **INHIBE** de pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Luis Guillermo Céspedes.

SEGUNDO.- En firme esta decisión, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidenta

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

*En la **sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada** (...)*