

Pasto, 15 de enero de 2021

Señores

JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES

FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS

Dr. FABIO GUILLERMO BURBANO MUÑOZ

En su despacho

| | |
|-------------|---|
| Referencia: | Acción de tutela No. 52001407 1002 2020 00136 |
| Accionante: | Martha Sofía Gonzáles Insuasti y otros |
| Accionados: | Universidad de Nariño Consejo Superior Universitario – Universidad de Nariño |
| Vinculados: | La Nación – Ministerio de Educación Nacional y otros |

Escrito por medio del cual se presenta una impugnación al fallo de primera instancia. –

Señor Juez:

JAVIER MAURICIO OJEDA PEREZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Pasto, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98'380.999 expedida en la ciudad de Pasto, abogado portador de la tarjeta profesional No. 90.563 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado judicial del **CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO** de la Universidad de Nariño, de conformidad con poder que fuera conferido por su Presidente, a Ud. me dirijo por el presente documento, de forma respetuosa y manifiesto que presento una **impugnación** al fallo de primera instancia emitido por su Despacho, el día 12 de enero de 2021, y mediante el cual concedió el amparo solicitado. Esta actuación encuentra sustento en los términos expuestos a continuación.

I. IDENTIFICACION DE LA AUTORIDAD QUE REPRESENTO

Actúo en nombre y representación del **CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO** de la Universidad de Nariño, órgano colegiado, que constituye autoridad administrativa, y al cual se le atribuyen las violaciones a los derechos constitucionales fundamentales invocados en la acción de tutela, y por consecuencia, legitimado en la causa por pasiva, y de quien he recibido poder, de su Presidente.

II. LA DECISION DEL A QUO

Al realizar un recuento fáctico de la petición de amparo, indicó que los derechos constitucionales que serían objeto de protección, eran: el debido proceso, el derecho a elegir y ser elegido, igualdad y no discriminación, y cuya vulneración se imputó al actuar del Consejo Superior Universitario de la Universidad de Nariño, y para cuya protección se solicitó inaplicar el acto administrativo, en virtud del cual se realizó un encargo en el Sr. José Luis Benavides Passos como Rector de la Universidad de Nariño, y que se proceda a la convocatoria de elecciones, por medios virtuales, para designar en propiedad Rector del ente universitario autónomo.

Con tal propósito se realizó el siguiente recuento fáctico y procedimental, para efectos de lo que interesa para resolver el caso:

1. El día 22 de diciembre de 2020 el Consejo Superior Universitario decidió elegir como Rector en encargo de la Universidad de Nariño, al docente José Luis Benavides Passos. Se indica que dicha decisión fue dividida, de cinco (5) votos contra cuatro (4).
2. Que, sobre dicha decisión, es que gravita en concepto de los tutelantes, la violación de los derechos constitucionales fundamentales ya citados, en cuanto, se desconoció, se dice en el fallo que indicaron, el Estatuto General de la Universidad de Nariño vigente, contenido en el Acuerdo No. 083 de 23 de diciembre de 2019, en cuanto a la elección de Rector, al existir un procedimiento preexistente para ello, al cual debió ajustarse dicho órgano, y que fue inobservado, pues, no existe la designación en encargo, se dice que expusieron, en relación con la terminación del período electoral del Rector.

3. Dice el fallo en el recuento factico, que además los tutelantes expusieron que la elección se dio con violación del régimen de inhabilidades contemplado en el artículo 125 de aquel estatuto general, pues, debía el designado en encargo haber previamente dimitido de su cargo como Director de la Escuela de Posgrados de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas.
4. Que, se dio fuerza a un acto administrativo no ejecutoriado, por cuanto, el mismo había sido objeto del recurso de reposición, el que no había sido resuelto, y que incluso se dio la designación en encargo, sin haberse resuelto una recusación contra uno de los miembros del Consejo Superior Universitario, lo que no impidió la realización de la votación.
5. Citó el despacho *A quo* las pruebas que se acompañaron a la petición y realizó un recuento de la actuación procesal.
6. Se refirió a la medida provisional, e indicó que se había requerido de parte de la Universidad de Nariño que se alleguen unos documentos y que estos no fueron aportados en el término indicado en el auto que los solicitó, por lo cual, se procedió a resolver la misma, frente a los elementos de juicio existentes en el expediente. Frente a la medida provisional consideró:
 - 6.1. Que en efecto con la decisión del Consejo Superior Universitario de la Universidad de Nariño, se violó el derecho al debido proceso, el derecho a elegir y ser elegido, la igualdad de oportunidades y la no discriminación, entre otros;
 - 6.2. Lo anterior, por cuanto, soslayó el Consejo Superior Universitario, dice, las disposiciones estatutarias que están contenidas en el Acuerdo No. 080 de 2019, por medio del cual se regula la elección de las directivas en la Universidad de Nariño;
 - 6.3. Que, por su parte, las accionadas no dieron noticia del soporte normativo del encargo;
 - 6.4. Indicó también, que se no se había dado trámite a la

recusación presentada frente al miembro del Consejo Superior Universitario, Mejía Posada, y en darle firmeza a un acto administrativo que no estaba en firme, dada la interposición del recurso de reposición contra el mismo; y, 6.4. Consideró que era procedente, por ello, la medida provisional y que era necesario disponer la permanencia del Rector en el cargo, hasta tanto se decidiera de fondo la acción constitucional, de conformidad, señaló, con lo indicado por el numeral 17 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002. Para finalizar expuso, que si en gracia de discusión, fuera procedente el encargo, el mismo correspondería de conformidad con el Estatuto de personal de la Universidad de Nariño, a la Vicerrectora Académica. Y,

7. Citó las intervenciones de las entidades accionadas.

Y ya, en sus consideraciones para resolver expuso que, en materia de **competencia**, el Decreto No. 1382 de 2000, modificado por el Decreto No. 1983 de 2017, no regula tal, sino unas reglas de reparto, y que ello tiene asidero en lo dispuesto en Auto 457 de 2017 proferido por la Corte Constitucional, por lo cual, pese a encontrarse vinculadas al trámite de la presente acción de tutela, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y otras autoridades del orden nacional, no se alteran las reglas de competencia. La **legitimación en la causa por activa**, la encontró acreditada de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Nacional de 1991 y por pasiva, de la Universidad de Nariño y del Consejo Superior Universitario, porque de allí proviene la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la acción. También se encontró acreditado el requisito de inmediatez y sobre la subsidiaridad, indico que, el tema se analizaría en contexto, con la infracción de los restantes derechos constitucionales invocados como vulnerados, refiriéndose en principio, en abstracto, al derecho a elegir y ser elegido, el

derecho a la igualdad y no discriminación, la no discriminación por cuestiones de género, y el debido proceso, y luego, se refirió al principio de autonomía universitaria, concluyendo frente al caso *sub examine* que: (i) Es función del Consejo Superior Universitario, "(...) Designar como Rector de la Universidad de Nariño a quien resulte elegido como lo determina el artículo 121 del presente Estatuto General, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para ejercer el cargo y el estricto cumplimiento de las reglas de la elección"; (ii) De conformidad con el artículo 118 *ibidem*, las directivas de dicha Universidad, se escogen mediante elección, es decir, que existe vulneración del derecho de los electores a elegir; (iii) El Consejo Superior Universitario no ha adoptado, dijo, decisiones que viabilicen el derecho de participación democrática, tales como elecciones a través de medios tecnológicos, y que aquí, *contrario sensu*, se realizó una elección a espaldas de la población que se encontraba habilitada para elegir; (iv) Expuso que incluso, en el evento de no ser posible ello, se debió adelantar un proceso de designación, dada la vacancia en el cargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Acuerdo No. 080 de 2019, cuando indica que, "(...) si la vacancia definitiva se produce cuando el período respectivo ha sido superado en más del cincuenta por ciento, el reemplazo será designado para terminar el período respecto de la siguiente manera: 1. Para el caso del Rector, este nombramiento lo realizará el Consejo Superior de listas que presenten separadamente las asambleas de representantes profesoriales y estudiantiles del Consejo Académico, de los consejos de facultad y de los comités curriculares", encontrando entonces, que a los accionantes se les cercenó la posibilidad de postular candidatos; (v) Señaló que se violó el derecho a la igualdad, puesto que el encargo en el Rector, surgió de una postulación de un grupo minoritario, y no tuvo en consideración otros sectores del ente universitario, y que se desconoció además, la perspectiva de género, por cuanto, no existió postulación de ninguna mujer; (vi) Frente al debido proceso expuso que, el acto de designación en encargo careció de fundamento normativo y que resulta contrario a las disposiciones estatutarias de la Universidad de Nariño, dado que en su sentir se desconocieron los procesos de participación democrática, canal a través del cual, se debe hacer

la designación del Rector, y que, incluso, frente a la vacancia absoluta, se desconoció lo que prevé el artículo 123 del Acuerdo No. 080 de 2019, y sumo a estos argumento, el que, se dio alcance a un acto administrativo que no se encontraba en firme, puesto que, no se había aún resuelto un recurso de reposición incoado por los docentes, frente al acto administrativo que contiene la designación del Rector, puesto que, consideró que tal acto administrativo no era de carácter general, sino particular y concreto, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 031 de 2017, pues allí se realizó una clasificación taxativa de los actos que son generales y de los que son particulares, y que tampoco se había resuelto una recusación presentada en contra de uno de los miembros del Consejo Superior Universitario, al considerar que la misma podía presentarse incluso, después de agotado el procedimiento administrativo, y para finalizar se refirió a la inhabilidad del designado en encargo, para indicar que se violó el artículo 125 del Acuerdo No. 080 de 2019. Dada las conclusiones anteriores, y la necesidad según indicó, de que se inaplique la Resolución No. 11 de 23 de diciembre de 2011, se refirió a la forma de como se debe suplir la vacancia, y frente esto consideró que era necesario prorrogar el período de quien ocupa actualmente la Rectoría, lo que sustentó, principalmente, en lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y/o proceder conforme al artículo 123 *in fine* contenido en el estatuto general. Decidió tutelar los derechos fundamentales invocados como violados y dejar sin efectos la Resolución No. 11 de 23 de diciembre de 2020, ordenando que se adelante el proceso de selección, por medios virtuales, de Rector en propiedad en un término de un (1) mes y que, en el entre tanto, permanezca en ejercicio el actual Rector.

III. SUSTENTACION DE LA IMPUGNACION

La sustentación de la impugnación desarrollará los siguientes puntos: (i) La improcedencia de la acción de tutela; (ii) El régimen de personal administrativo de las universidades públicas y la forma de atender sus diferentes situaciones administrativas: licencias, vacaciones, permisos, encargo, etc. – frente al principio de autonomía universitaria; (iii) El período estatutario e institucional del cargo de Rector de la Universidad de Nariño y la inaplicabilidad del numeral 17 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 al caso concreto; (iv) La forma de provisión de vacancia absoluta en el cargo de Rector de la Universidad de Nariño por vencimiento del período estatutario e institucional; (v) La no aplicación al caso de los artículos 118 y 123 del Acuerdo No. 080 de 2019; (vi) El recurso contra el acto de designación en encargo; (vii) La figura de la recusación en actuaciones administrativas y su oportunidad; y (viii) La solución del caso concreto.

1. La improcedencia de la acción de tutela

En el caso *sub examine* la acción incoada es improcedente, y para ello se exponen las razones que siguen:

1. La decisión del Consejo Superior Universitario de la Universidad de Nariño, contenida en la Resolución No. 11 de 23 de diciembre de 2020, sin duda, constituye un acto administrativo.
2. Ahora bien, la naturaleza de un acto administrativo es asunto legal y no reglamentario, de allí que, protuberante error cometió el *A quo*, cuando para desentrañar si el acto es general

o particular y concreto, acudió a los reglamentos de la Universidad, indicando que allí, es en donde con carácter taxativo se indica si un acto tiene una u otra condición, y que, para el caso, la Resolución No. 11 de 23 de diciembre de 2020, era de carácter particular.

3. Lo anterior es así, por cuanto, son los siguientes criterios los que definen si un acto es de carácter general o particular y concreto, según lo explica la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"(...) *Actos administrativos particulares*. Nuestra legislación es especialmente exigente en lo que se refiere a la fundamentación de los actos administrativos de contenido particular. En el artículo 36 del C.C.A.¹ se establece al efecto que "(...) *habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que deberá ser motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares*".

"b) *Actos administrativos generales*. Respecto de los actos administrativos de carácter general, en razón de su naturaleza y alcance, por regla general es suficiente tener como motivación en ellos la indicación de sus fundamentos legales y de su objeto, salvo que exista una disposición en la ley que ordene una motivación diferente, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación.

"La Sala, reitera que los actos administrativos generales son aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica abstracta e impersonal, que no puede vincularse en forma directa e inmediata con una persona determinada o determinable. Uno de los factores que suele asociarse erradamente a la determinación de los actos de esa naturales es la cantidad de personas que se ven afectadas por la manifestación de voluntad de la administración, sin

¹ Artículo 42 de la Ley 1437 de 2011.

embargo ello no es característico de los mismos ya que lo que los define es <<(…) la abstracción o indeterminación individual de sus destinatarios o de las personas que pueden resultar cobijadas por el acto (…)>>.

“Por su parte el acto administrativo particular o individual es aquel que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas personales y subjetivas, generando consecuencias directas e inmediatas sobre personas que la misma decisión identifica o que podrían ser identificables.

“Un aspecto esencial que a juicio de esta Sala debe tenerse en cuenta es que cuando la administración pública, debiendo adoptar una decisión que por esencia es de carácter general, lo hace a través de un acto que en apariencia es de contenido particular, no se desnaturaliza la condición de acto administrativo de carácter impersonal y abstracto que tiene tal manifestación de voluntad a efectos de definir la procedencia de la acción. (…).”² (Las negritas y subrayas son fuera del texto original).

4. El encargo, es catalogado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con el medio para su control, de la siguiente manera:

“(…) Uno de los objetivos principales del legislador al expedir la Ley 1437 de 2011 fue, entre otros, definir expresamente cuando debía utilizarse una u otra de las herramientas judiciales con las que la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta para controlar las decisiones adoptadas por la administración.

“Para cumplir tal cometido, el principal cambio que se introdujo en el CAPACA fue el de eliminar la diferencia entre acción y pretensión, debido a que se entendió que la acción es

² Consejo de Estado -Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación No. 110010325000201000064 00 (0685 – 2010).

una sola y que lo que diferencia los distintos medios de control es la pretensión de la demanda y el acto que se controvierte. Por ello, contrario a lo que ocurría en el derogado Decreto 01 de 1984, la Ley 1437 de 2011 estipuló de, forma expresa, cuáles son los actos controvertibles a través de cada medio de control así:

| Medio de Control | Acto que se puede cuestionar |
|--|--|
| Nulidad - Artículo 137 - | Actos generales y particulares solo en los eventos previstos en el artículo 137 del CAPACA |
| Nulidad y restablecimiento del derecho - Artículo 138 - | Actos de carácter particular y concreto |
| Nulidad electoral - Artículo 139 - | Actos electorales: <ul style="list-style-type: none"> • Elección • Nombramiento • Llamamiento a proveer vacantes |
| Nulidad por inconstitucionalidad - Artículo 135 - | - Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional - Actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional |

“Como puede observarse, a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011 lo que determina la procedencia de uno u otro medio de control es la **naturaleza del acto acusado**, de forma que este debe ser el parámetro a tener en cuenta para establecer si el medio de control elegido por la parte actora fue idóneo o; si por el contrario, atañe al juez, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 171 *ibidem*, adecuarla, si ello es posible, al trámite correspondiente.

“El artículo 139 del CPACA establece que el medio de control de nulidad electoral procede contra actos electorales, los cuales según lo ha entendido esta Sección son aquellos emanados

del ejercicio de la función electoral, la cual es distinta de la función administrativa y por ello, estos deben entenderse autónomos, especiales y distintos del acto administrativo, como quiera que el acto electoral tiene su origen en la materialización de la democracia participativa y el derecho a elegir y ser elegido que consagra la Carta Política.

“Ahora bien, según las voces de la disposición objeto de estudio existen, si se quiere cuatro clases de actos electorales a saber: i) elección popular; ii) elección a cargo de cuerpo colegiado; iii) nombramiento y, iv) **llamamiento a proveer vacantes**, los cuales se pueden distinguir de la siguiente manera:

“i) El originario en la elección popular, la cual esta precedida por voto popular y cuyo acto constituye, por su naturaleza, la expresión más directa de la democracia, pues materializa la voluntad del electorado en la designación de los dignatarios del Estado que se somete a esa forma de escogencia. Un ejemplo de esta clase de actos son las designaciones hechas para elegir alcaldes, congresistas, etc.

“ii) El acto de llamamiento, que se utiliza para proveer curules ante las vacancias temporales o absolutas que se generen al interior de una corporación pública de elección popular y que son ocupadas por las candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le siguen en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral;

“iii) El de elección por cuerpos colegiados a través del cual, en aplicación del sistema de pesos y contrapesos se designan servidores públicos, en los diferentes niveles nacional y territorial;
y

“iv) Los actos de nombramiento, a través de los cuales se proveen los diferentes cargos de la función pública a efectos de que el designado adquiera la categoría de servidor público.

Así pues, la Sección Segunda de esta Corporación frente a esta clase de actos ha entendido que:

"Respecto a la naturaleza jurídica del acto de nombramiento, esta Corporación ha señalado que se trata de un acto condición que esta sujeto a la verificación de unos presupuestos legales que conducen a formalizar el nombramiento y a completar la investidura de servidor".

"Es de advertir que aunque los actos de nombramiento son expresión propia de la función administrativa, como el legislador los enlistó como acto electoral la Sala los conoce como tal, pese a que no responden a la lógica de la función electoral. Ahora bien, debido a esta "doble naturaleza" que el ordenamiento jurídico quiso asignarle al acto de nombramiento, la Sala Electoral ha establecido que, aquel, en principio, puede controlarse mediante dos vías distintas, dependiendo de la pretensión de la demanda.

"Así las cosas será procedente la nulidad electoral *"cuando la pretensión es discutir la legalidad del acto declaratorio de la elección o acto electoral propiamente dicho y, la nulidad y establecimiento del derecho, cuando el propósito pretensional sea la obtención de un restablecimiento, expreso si se solicita por postulación de parte, o tácito, implícito o automático, cuando del planteamiento de la causa petendi así se advierta".*

"Por supuesto, en cada caso se deberán cumplir los presupuestos propios de caducidad, legitimación, los requisitos de procedibilidad y demás presupuestos procesales para la procedencia de cada medio de control, sin que la escogencia de uno u otro dependa del arbitrio del actor, sino de sus pretensiones quienes serán las que determinarán cuando se pueda activar uno u otro camino.

"(...).

“Ahora bien, según los artículos 23 y 24 de la Ley 909 de 2004, dependiendo de si el cargo es de libre nombramiento y remoción o de carrera, el nombramiento será: (i) ordinario; (ii) en período de prueba; (iii) en propiedad; (iv) en provisionalidad o (v) encargo.

“Las anteriores son modalidades en las que puede realizarse un nombramiento, sin que por supuesto, el uso de una u otra cambie la naturaleza del acto, es decir, tanto una designación ordinaria, como una en provisionalidad se entienden como actos a través de los cuáles se proveen los empleos públicos, lo que sucede es que, según el caso, el nombramiento tendrá connotaciones y consecuencias distintas.

“Ahora bien, debe tenerse especial cuidado en la modalidad de encargo, pues si bien esta es una forma de provisión de los empleados – acto de nombramiento – también puede constituirse como una situación administrativa. Así, el artículo 2.2.5.4.7 del Decreto 1083 de 2015 establece:

“Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo”.

“Para evidenciar la distinción de encargo como provisión del cargo y de encargo como situación administrativa, la Sección ha establecido:

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

"En otros términos, el encargo del cargo, implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del encargo de funciones éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no pueda desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo".

"Ahora bien, es de señalar que el "encargo del cargo" es la verdadera situación que constituye un encargo en el estricto sentido del concepto, habida cuenta que el denominado "encargo de funciones" es en realidad una delegación de éstas, y por ello, claramente, no corresponde a una forma de provisión de un empleo que es lo que se pretende hacer a través del encargo.

"En igual sentido, también se ha precisado:

"En este orden de ideas, haber sido meramente encargado del despacho del Gobernador no significa haberlo reemplazado. No es posible reemplazar a quien no se ha desvinculado del cargo, a quien continúa siendo el titular pero se encuentra en comisión, o está en licencia, o en vacaciones, o suspendido provisionalmente.

"Solo es posible reemplazar, en toda la extensión de la palabra, y más aún para el período para el cual fue elegido, cuando realmente se sustituye al titular, quien deja de serlo.

"Por su parte la situación administrativa del encargo la caracteriza la transitoriedad y brevedad en el servicio. Obedece a esta particular condición, que es diferente de cuando el cargo se ejerce en condición de titular".

"Como puede observarse, tratándose de los "encargos" corresponde al juez determinar si a través de esta modalidad se proveyó verdaderamente el cargo, es decir, si se trata de un verdadero acto de nombramiento pasible de nulidad electoral; o si por el contrario, se trata de una mera situación administrativa que escaparía de esa órbita.

“Quiere decir lo anterior, que el acto solo será susceptible de ser controlado en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 139 del CAPACA, si con él se realiza un *“encargo del cargo”*, por el contrario, si lo que se materializa es un *“encargo de funciones”* aquel desborda las competencias del juez electoral, y por ende, lo que le corresponde es remitirlo a la autoridad competente.

“En consecuencia, para determinar si existe un acto de nombramiento bajo la modalidad de encargo que sea susceptible de nulidad electoral, lo que debe estar acreditado es que en efecto a través de él se haya dispuesto el acceso a un cargo público, pues solo en esa medida se está en presencia de un acto de nombramiento.

“(…).

“Al analizar la Resolución No. 2471 de 29 de noviembre de 2017, se encuentra que independientemente de su nombre, aquella constituye en realidad un verdadero acto de nombramiento en la modalidad de encargo, pues es claro que a través de este se dispuso el acceso al empleo de Director Regional del SENA.

“En efecto, en el plenario – folio 13 del expediente – obra copia del acto acusado, y en el se observa que se designó al señor Pardo Jiménez como Director Encargado del SENA, **ante la vacancia definitiva de dicho empleo**. Asimismo, en el folio 14 obra copia del acta de posesión, en la que se evidencia que el demandado tomó posesión del cargo de director en la modalidad de encargo.

“Para la Sección, la vacancia definitiva del cargo de Director y la forma de posesión por parte del demandado de dicho empleo evidencian, sin lugar a duda, que a través del acto demandado

si se proveyó, aunque de manera temporal, el cargo de Director Regional del SENA, lo que lo erige como un verdadero acto de nombramiento.

"(...),

"En otras palabras, contrario a lo asegurado por el *a quo*, a través del acto acusado, no se "encargaron al demandado unas funciones", sino que se aprovisionó de manera temporal un cargo que se encontraba vacante en forma definitiva, lo que significa que se realizó un acto de nombramiento.

"(...).

"En este contexto, y como se observa que con la demanda se busca únicamente un control abstracto de legalidad del acto acusado, sin que se genere algún tipo de restablecimiento del derecho tácito o implícito para la señora (...) o algún tercero, la Sala estima que la validez de la Resolución No. 2471 de 29 de diciembre de 2017 si puede controvertirse mediante el medio de control de nulidad electoral".³ (Las negritas y las subrayas fuera de texto).

De donde, sin hesitación alguna, el encargo es acto general, pasible de control por la vía de la acción de nulidad electoral prevista en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 y con el fin de controlar su legalidad abstracta.

5. Dispone el citado artículo:

³ Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Bogotá C.D., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación No. 25000 – 23 – 41 – 000 – 2018 – 00165 – 01.

“ART. 139. – **Nulidad electoral.** Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

“(...)”. (Las subrayas fuera de texto).

El encargo, como ya se vio, es un nombramiento cuando se trata de una forma transitoria de provisión de un cargo, por vacancia absoluta de su titular, y entre los eventos que dan lugar a la vacancia se encuentra, sin duda y como fue referido, la terminación de un período.

Y sobre el medio de control de nulidad electoral, dice la jurisprudencia:

“(...) El único medio de control previsto en el ordenamiento jurídico para someter a examen de constitucionalidad y legalidad el acto que da acceso a la función pública, vía nombramiento o designación o vía elección, es la “acción de nulidad electoral” que preveía el anterior Código Contencioso Administrativo en el artículo 227 y que prevé el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 139 en concordancia con el artículo 275 y siguientes.

“De tal manera que cuando se trate de controlar judicialmente un acto de elección o nombramiento, no es de libre escogencia por el demandante acudir a otra vía procesal, puesto que se trata de un mecanismo reglado en tales términos.”

“De conformidad con el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CAPACA “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de 30 días. (...)”.⁴

(Las subrayas son fuera de texto).

6. Entonces, no reviste discusión que el medio de control que en el caso *sub examine*, debió emplear la parte accionante – todos – es el de nulidad electoral, para realizar el control del nombramiento en encargo, como forma de provisión transitoria de Rector en la Universidad de Nariño, ante la terminación del período estatutario e institucional del Rector en ejercicio y dado ello que, **no se cumple con el requisito de subsidiaridad.**
7. El anterior análisis, ni de lejos, fue realizado por el *A quo*, avizorando desde ya, la falta a su obligación de motivar debidamente y en derecho, sus decisiones. En efecto, si se hubiera realizado tal estudio, habría encontrando que el medio de control de nulidad electoral tiene un trámite especial en la Ley 1437 de 2011, a partir del artículo 276 y s.s. Y al revisar dicha regulación tenemos que su trámite es preferente y que, garantiza prontitud en la decisión.
8. Proceden además, en el proceso de nulidad electoral, medidas cautelares, reguladas desde el artículo 229 y s.s. de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

“(...) En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, **antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y**

⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto 2015 – 00010, jun. 9/2015. M.P. Lucy Jeannete Bermudez Bermudez.

garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)”.

(Las negritas y subrayas fuera de texto).

Entonces, si de conformidad con el artículo 276 de la Ley 1437 de 2011, recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar al día hábil siguiente y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes, y sí, la medida cautelar se puede adoptar incluso antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, no otra conclusión queda, que el amparo y/o protección pretendida por los accionantes, lo obtendrían con la acción de nulidad electoral, en un período máximo de cinco (5) días hábiles, contados así, a) el día de radicación de la demanda; b) El día hábil siguiente para su reparto; y c) Su admisión dentro de los tres (3) días siguientes, en donde, se resuelve sobre la medida cautelar, siendo un total, entonces, de cinco (5) días hábiles, **que no justifican que se desplace este procedimiento, por el de la acción de tutela.**

Máxime si se considera que el radio de acción del Juez Contencioso Administrativo, resulta además, muy amplio, para decidir sobre la misma. Dice la jurisprudencia:

“(…) De esta manera, lo que en la Ley 1437 de 2011 representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico – procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia *sine qua non* que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces, ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en el análisis o estudio pues la transgresión debía aparecer *prima facie*. **Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que, desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación**

normativa alegada, pudiendo al efecto: 1) realizar un análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2) que también pueda allegar las pruebas allegadas con la solicitud.

“(...)”.⁵ (Las negritas y las subrayas son fuera de texto).

Y entre las medidas procedentes, de conformidad con el artículo 220, numeral 3 *ibidem* se encuentra la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, y dado ello, solo requiere para su prosperidad, que la violación de las normas superiores, surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, y no requiere caución de acuerdo con el inciso final del artículo 232 *ibidem*.

Y para no llamar a dudas, el Consejo de Estado, sobre la suspensión de actos jurídicos de contenido electoral, ha expuesto:

“(...) existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden aportarse medios de prueba aportados por el interesado”. (Sección Quinta. Auto 2015 – 00031, ene 28/2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro).

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto 2013 – 00021, jul. 11/2013. M.P. Lucy Jeannette Bermudez Bermudez.

9. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional de 1991, el carácter residual de la acción de tutela significa que, no existan otros medios de defensa a los cuales se pueda acudir, o cuando se promueva para evitar un perjuicio irremediable, y ninguno de estos dos eventos se da en el caso en estudio. En efecto, como ya se miró existe otro mecanismo de defensa judicial y el mismo, es rápido y efectivo, y en consecuencia, tampoco es posible sostenerse que se desplace por ausencia de protección, o porque, su tardanza genere un perjuicio irremediable. Y además, por cuando, se entiende por éste a luz de lo expuesto por la jurisprudencia constitucional,

“(…) La valoración del perjuicio irremediable, en tanto riesgo de afectación negativa, jurídica o fáctica a un derecho fundamental exige que concurren los siguientes elementos. Por una parte, debe ser *cierto*, es decir que existan fundamentos empíricos que permitan concluir que el riesgo que se pretende evitar sí puede ocurrir dentro del contexto fáctico y jurídico del caso. En otros términos, debe existir *plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado*. Además, la certeza del riesgo debe tener una *alta probabilidad* de ocurrencia; no puede tratarse de una simple conjetura hipotética o de una simple percepción del solicitante. De la misma forma el riesgo debe ser *inminente*, o sea, que esta por *suced*er en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa sobre un posible menoscabo”.⁶

Y resulta que aquí no se dan esos presupuestos, para configurar un perjuicio de carácter irremediable. En efecto, la actuación del Consejo Superior Universitario de la Universidad de Nariño, no obstaculiza o impide la realización de elecciones para la designación de un Rector en propiedad, de conformidad con los Estatutos Internos de la entidad, y por ende, no afecta el derecho fundamental de acceso a un cargo público y al trabajo, como al debido

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T 425/19. M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido.

proceso, y a la igualdad, que justifiquen una actuación perentoria de un Juez de tutela. Por el contrario, se trató de un nombramiento en cargo, en tanto, se surte el proceso para la selección por elecciones, que no se llevaron a cabo derivado de un hecho de fuerza mayor, externo e irresistible, como la pandemia en salud generada por la aparición y propagación del virus Covid - 19.

No existe en ninguno de los accionantes, supuestos fácticos que permitan concluir en ellos la titularidad de un derecho a ocupar el cargo de Rector en propiedad o en encargo, se trata tan solo de una posible aspiración a participar en una elección o a postular, por lo cual aplica lo dicho por la Corte Constitucional "(...) En relación con el derecho de acceso a cargos públicos, no existe certeza del acaecimiento del perjuicio irremediable, precisamente, porque de los hechos que fundamentan la tutela no se derivan los presupuestos facticos que permitan concluir la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo al cual simplemente aspiraban (...)".⁷

De ahí que no se den los requisitos de inminencia y certeza, para predicar la existencia de un perjuicio irremediable. De otra parte, nótese que el *A quo*, ni siquiera concedió amparo de manera transitorio, para este objeto, sino que desplazando al juez natural, decidió un tema de legalidad, por vía del mecanismo de protección de derechos constitucionales. Y no hay nada más injurídico que dicha actuación.

10. Finalmente considerar que, a todo operador judicial le asiste una carga de sustentación, de razonabilidad en su decisión y resulta que, en el caso *sub examine*, los argumentos para que no aplique la residualidad frente a los medios ordinarios de defensa, no fue sustentada, sino

⁷ *Idem*.

solo en apariencia, con argumentos abstractos y sin concatenación al caso analizado, que como se vio, al aterrizarlo, no deja más camino, que solicitar la corrección del fallo emitido por el *A quo*, para que en su lugar se declare improcedente la acción incoada, al existir un mecanismo efectivo de protección, en donde, incluso pueden solicitarse medidas cautelares que puedan decretarse previa a la notificación de la admisión de la demanda, inclusive.

2. **El régimen de personal administrativo de las universidades públicas y la forma de atender sus diferentes situaciones administrativas: licencias, vacaciones, permisos, encargo, etc. – frente al principio de autonomía universitaria**

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto 1906 de 2008, expuso:

“(…) En efecto, cuando se comparan, por una parte, las normas contenidas en la Ley 30 para la regulación de la carrera del personal docente y por otra las del personal administrativo con el fin de revisar su alcance, se observa que las disposiciones que diseñan la carrera docente, no dejan duda sobre los parámetros a tener en cuenta por los entes universitarios autónomos al elaborar sus estatutos docentes, según lo disponen los artículos 70 y siguientes. No ocurre lo mismo con respecto al personal administrativo, pues si bien el artículo 79 señala unos contenidos mínimos que deberá tener el estatuto general, la ley en realidad no fijó parámetros concretos para orientar el estatuto (...). Por lo tanto, es necesario acudir a la regulación que trae la Ley 909 de 2004 (...).

“Mediante la Ley 909 de 2004 se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, al tiempo que deroga la Ley 443 de 1998 (...).

"Su ámbito de aplicación, de conformidad con el artículo 3º, es

"Art. 3º. *Campo de aplicación de la presente ley.*

"1. *Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:*

"a) *A quienes desempeñen empleos pertenecientes a la carrera administrativa de las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional y de sus entes descentralizados.*

"- (...).

"2. **Las disposiciones contenidas en la presente ley se aplicarán igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de carreras especiales tales como:**

"Rama Judicial del Poder Público.

"Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

"Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

"Fiscalía General de la Nación.

"Entes Universitarios Autónomos.

"(...)"

“(…) los Consejos Superiores Universitarios al expedir el estatuto de los empleados administrativos, aplicarán supletoriamente las normas de la Ley 909 de 2004, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2º de su artículo 3º.

“(…)”.⁸ (Las negritas y subrayas fuera de texto).

Y en el mismo sentido,

“(…) Las universidades estatales u oficiales – nacionales o territoriales – son Instituciones de Educación Superior, organizadas como órganos autónomos del Estado por su naturaleza y función, vinculadas al Ministerio de Educación Nacional en los que se refiere a las políticas y planeación del Sector Educativo, sujetas a un régimen legal especial consagrado en la Ley 30 de 1992, **por consiguiente sus servidores son públicos, clasificados entre docentes empleados públicos, empleados administrativos y trabajadores oficiales**, cuyos salarios y prestaciones sociales cubre el Estado a través del presupuesto nacional, específicamente las asignaciones para gastos de funcionamiento.

“El artículo 69 de la Constitución Política, dispone que las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos **conforme a la ley**, la cual establece un régimen especial.

“En desarrollo del artículo 69 *ibidem*, el Congreso de la República expidió la Ley 30 de 1992 “*Por la cual se organiza el servicio público de educación superior*” en donde reiteró en el artículo 3º, el principio referido.

“A su vez, en los artículos 28 y 29 fijó el alcance de la autonomía de acuerdo a los siguientes parámetros:

⁸ C.P. Dr. Gustavo Aponte Santos. Radicación No. 11001 – 03 – 06 – 000 – 2008 – 00043 – 00. Número Interno 1906. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008).

"ARTICULO 28. *La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos, y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional".*

"ARTICULO 29. *La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo a la presente ley en los siguientes aspectos:*

"a) Darse y modificar sus estatutos.

"b) Designar a sus autoridades académicas y administrativas.

"c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.

"d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.

"e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.

"f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.

"g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

"(...)".

"De esta regulación se puede concluir que la **autonomía universitaria**, implica su no pertinencia a ninguna de las ramas del poder público, es decir, por tratarse de entes educativos de nivel superior,

el legislador quiso darles libertad de acción en los campos propios de su naturaleza, con restricciones excepcionales por los principios de equidad, justicia y pluralismo y, además, para que esta formación académica se alcance en un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico, como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo y financiero.

“Esta autonomía debe reflejarse entonces en los estatutos que para el efecto dicten estos entes, **siempre ajustados a la Constitución y la ley**. En este orden de ideas, debe recordarse que los estatutos son disposiciones reglamentarias que se obligan a incluir conforme a los artículos transcritos, todo el funcionamiento de la Institución, su organización administrativa en lo atinente a los docentes y discentes, su selección, ascensos, concursos, régimen disciplinario, financiero, contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, etc. En fin, este instrumento debe convertirse en la brújula que marque los puntos cardinales en materia académica y administrativa.

“No obstante, la aparente claridad no es diáfana para evidenciar si dentro de tal autonomía, las universidades pueden regular lo atinente a la nomenclatura y clasificación de empleos, o de lo contrario, le corresponde al Gobierno Nacional en virtud de la competencia concurrente para hacerlo.

“De la nomenclatura se ha dicho jurisprudencialmente que es un catálogo o una distribución jerarquizada y escalonada de los empleos del sector oficial y esta directamente relacionada con el salario. (...).

“(…).

“Para puntualizar lo dicho, la jurisprudencia constitucional ha resaltado frente a las universidades estatales, que del artículo 69 de la Carta surge no solamente su derecho a la autonomía, sino también su sujeción a un régimen especial de autonomía desarrollada de acuerdo a la ley, **de manera que la autonomía encuentra límites en la Constitución y en la Ley, pero siempre que el legislador no afecte su esencia**.

“No encuentra entonces la Sala violación al principio de reserva de ley, porque precisamente sobre el tema planteado, el legislador resolvió (...) que el tema salarial y prestacional fuera legislado conforme a la Ley 4ª de 1992 y esto es precisamente lo que hizo el Gobierno Nacional (...)”.⁹ (Las negritas y las subrayas son fuera de texto).

De forma que, por doble vía, se arribará a la misma conclusión: La primera, porque si el régimen de personal de las universidades es de empleados públicos y trabajadores oficiales, ello denota que, frente a esta categoría de empleos aplica el régimen de personal del legislador, previsto para los empleados públicos, en materia salarial y prestacional en el Decreto No. 1042 de 1978 y demás normas concordantes, y frente a situaciones administrativas en la Ley 909 de 2004, *verbi gratia*, el encargo, excepción de la carrera administrativa que es especial, y para los trabajadores oficiales en la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario No. 2127 de 1945 y demás normas concordantes, sin que, como acaba de verse, sobre tales aspectos pueda disponerse en sus propios estatutos, ya que existe reserva de ley, y Segundo, porque, en cualquier caso, al no encontrarse regulado el caso de vacancia absoluta en el cargo de Rector, por vencimiento del período estatutario, subsidiariamente aplica la Ley 909 de 2004, de donde, resulta procedente la figura del encargo, para suplir el vacío de forma transitoria, como quedó antes citado.

Baste para sustentar lo aquí dicho, lo expuesto por el Consejo de Estado, en un caso de similares contornos al que es materia de estudio, así:

“(...) **Respecto de la naturaleza del encargo.**

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., primero (1º) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación No. 11001 – 03 – 25 – 000 – 2011 – 00204 – 000679 – 11.

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

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

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

"En otros términos, el encargo del cargo implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del encargo de funciones, éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no pueda desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.

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

"2.3.3.1.3. Esta postura se reitero cuando posteriormente se señaló:

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

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

“En otras palabras, contrario a lo asegurado por el *a quo*, a través del acto acusado no se “encargaron al demandante unas funciones”, sino que se aprovisionó de manera temporal un cargo que se encontraba vacante en forma definitiva, lo que significa que se realizó un acto de nombramiento.

“2.3.3.1.4. Descendiendo al caso en particular se concluye que el acto mediante el cual se encargó al Señor Pedro León Reyes Gaspar de la Rectoría de la Universidad Surcolombiana, constituye un acto de nombramiento, PUES EL CARGO QUE OCUPO DE MANERA TRANSITORIA SE ENCONTRABA VACANTE DE FORMA DEFINITIVA POR LA CULMINACION DEL PERIODO INSTITUCIONAL, SIENDO POR ELLO QUE SE DISPUSO EL ENCARGO DEL CARGO EN CABEZA DEL DEMANDADO y no simplemente el desempeño de alguna de sus funciones.

“2.3.3.1.5. Así las cosas, la situación del demandado se analizará desde la perspectiva de un nombramiento efectuado para suplir la vacante definitiva que existía en el cargo de rector de la Universidad Surcolombiana y no como la situación jurídica del encargo de funciones como lo argumentó el señor Pedro León Reyes Gaspar en su escrito de contestación de la demanda, pues esta no fue la circunstancia ocurrida en el presente caso como se explicó precedentemente”.¹⁰ (Las mayúsculas, negritas y subrayas son fuera de texto).

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate. Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil diecinueve (2019). Radicación No. 11001 – 03 – 28 – 000 – 2018 – 00111 – 00.

Lo que corrobora que: 1. Ante el vencimiento del período institucional y estatutario de un Rector de un ente universitario autónomo, se genera una vacancia absoluta en el cargo; 2. Que la forma de suplir la vacancia absoluta en el cargo es con el nombramiento en encargo, como una forma de provisión transitoria, cuya competencia radica en el Consejo Superior Universitario; y 3. Que estos temas, son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de nulidad electoral, y no, mediante acción de tutela.

3. El período estatutario e institucional del cargo de Rector de la Universidad de Nariño y la inaplicabilidad del numeral 17 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 al caso concreto

Sobre este tema, también se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y ha dicho lo siguiente:

"(...) Los períodos institucionales.

"La Constitución de 1991 en su texto original no hizo distinción entre cargos de período e institucional y personal. No obstante, temas concretos como las inhabilidades o la provisión de vacantes absolutas requirieron de precisiones que dieron lugar a que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado estructuran algunos elementos que no fueran coincidentes.

"Como lo señala la Sala en concepto No. 2085 de 2011, las dificultades derivadas de las distintas interpretaciones jurisprudenciales fueron resueltas por el Acto Legislativo No. 1 de 2003, en su artículo 6º, al estatuir:

"ARTICULO 6º. *El artículo 125 de la Constitución Política tendrá un párrafo del siguiente tenor:*

"Parágrafo: Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán para el resto del período para el cual este fue elegido".

"En el mismo concepto 2085, la Sala se refirió al campo de aplicación de la reforma constitucional en cita en los siguientes términos:

"Del texto transcrito, destaca la Sala que la expresión "cargos de elección" es genérica y por lo tanto es comprensiva de los empleos de elección popular y de todos los demás empleos respecto de los cuales la facultad de nominación está radicada en un conjunto de voluntades, sea que integren un solo cuerpo colegiado o bien que correspondan a diferentes autoridades que concluyen en un proceso complejo de postulación y designación".

"Más adelante, en el concepto 2095 de 2012, se dijo:

"En relación con el citado artículo, esta Sala ha tenido oportunidad de indicar con base en los antecedentes de la reforma y un análisis sistemático de la Constitución, que la expresión "cargos de elección" es genérica y no se limita particularmente a los cargos de elección popular, comprende también, por tanto, salvo norma en contrario, los cargos cuyo período está fijado en la Constitución y la ley, y cuya provisión se hace por el sistema de elección de cuerpos colegiados o con la intervención de varias autoridades.

"Nótese además, que la generalidad del contenido del párrafo en cuestión viene dada también por la ubicación en el texto de la Constitución del artículo 125 al que fue adicionado. En efecto, ha de tenerse en cuenta que este forma parte del capítulo de la Constitución que regula de manera general el ejercicio de la función pública. Igualmente, que la norma no fue ubicada en el capítulo referente a las elecciones y la organización electoral (artículo 258 y s.s.), lo que quizá le habría dado un campo de aplicación más

restringido. De hecho, en los antecedentes del trámite parlamentario la propuesta de modificación del artículo 125 se tituló genéricamente "designación de servidores públicos y períodos institucionales", lo que denota el carácter amplio de la disposición estudiada.

"(...)".¹¹ (Las negritas y las subrayas son fuera de texto).

De donde, no queda duda alguna, que los cargos de periodo son institucionales, y que tal regla es de aplicación en el caso *sub examine*.

Siendo ello así, como en efecto lo es, terminado el período del actual Rector de la Universidad de Nariño, no podía predicarse su permanencia en el empleo, pues, ello a todas luces constituye una situación irregular de ejercicio de la función pública, y ante la vacancia, se itera, lo procedente era el encargo, como ya quedó dilucidado en el acápite precedente y como una forma transitoria de provisión y hasta tanto se realice el proceso electoral de conformidad con los estatutos del ente universitario para la designación del Rector en propiedad.

El A *quo* equivocó el sendero de su decisión, cuando optó por aplicar al caso, como formula para resolverlo, el artículo 34, numeral 17 de la Ley 734 de 2002¹², en cuanto estatuye que, son deberes de todo servidor público: "(...) 17. Permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal, reglamentaria, o de quien deba proveer el cargo", y se equivocó por cuanto, tal norma no es oponible al Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 6º, por ser el último norma superior, porque, regula un tema diferente, y se refiere a los servidores

¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Germán Alberto Bula Escobar. Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación No. 11001 – 03 – 06 – 000 – 2013 – 00518 – 00. Número interno: 2185.

¹² Artículo derogado a partir del 1º de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019.

públicos **que no ocupan cargos de periodo**, pues, *contrario sensu*, en el último caso, terminado el período cesan en el ejercicio de sus funciones y se presenta la vacancia absoluta, que se suple con el encargo, en tanto, se realiza el procedimiento de elección, de quien haya de reemplazarlo, y para demostrar la hipótesis, *verbi gratia*, piénsese en la terminación del período de los Magistrados de las altas Cortes, en donde, **no** puede sostenerse que hasta que no se elija a quienes hayan de ser su reemplazo, deban permanecer en el cargo, generándose tácitamente, incluso, una prorroga de un período que es institucional.

La mirada apresurada del *A quo*, lo inclinó a cometer fatal dislate.

4. **La forma de provisión de vacancia absoluta en el cargo de Rector de la Universidad de Nariño por vencimiento del período estatutario e institucional**

Este acápite, realmente ya ha sido desarrollado en los anteriores, sin que sea del caso, nuevamente reiterar lo ya dicho. En consecuencia, nos permitirá arribar a algunas conclusiones premilinares en el caso bajo estudio, así:

- El cargo de Rector de la Universidad de Nariño, es de período estatutario e institucional.
- Lo anterior significa que tiene una fecha de inicio y una de terminación.
- El período del Rector de la Universidad de Nariño feneció el día 31 de diciembre de 2020.

- Ante la finalización del período del Rector, se da la vacancia absoluta en el cargo, puesto que, por circunstancia derivadas de la pandemia, por la aparición y propagación del Covid – 19, no se pudo llevar en la debida oportunidad, el proceso electoral previsto en los estatutos para la elección de Rector en propiedad.
- La forma de suplir las vacancias absolutas es el encargo, y dicha figura se encuentra en la Ley 909 de 2004, artículo 24, y se puede dar por el término de tres (3) meses, prorrogables por tres (3) meses más. Nótese además que, en los Estatutos Internos de la Universidad de Nariño, no se regula el caso de la vacancia absoluta del cargo por vencimiento del período estatutario, y sí, solo aquellos eventos en los cuales, se da la vacancia antes de terminar el periodo estatutario, que es hipótesis distinta, o las vacancias temporales, evento en el cual el encargo de funciones debe recaer en la Vicerrectoría Académica, que también es, un caso diferencial al objeto de análisis en esta oportunidad.¹³ La falta de regulación, entonces, da lugar a la aplicación supletiva de la Ley 909 de 2004, que regula la hipótesis del encargo, en casos de vacancia absoluta, como el presente, y que como se vio, no es extraña la figura en el caso de entes universitarios autónomos, en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴.

5. La no aplicación al caso de los artículos 118 y 123 del Acuerdo No. 080 de 2019

En el caso *sub examine* no aplican los artículos que consideró el *A quo* debieron observarse, y que se encuentran previstos en los Estatutos Internos de la Universidad de Nariño, en cuanto, el primero regula el proceso electoral de Rector en propiedad y tal no es el caso, y el segundo alude a la figura del encargo por el Rector, ante sus ausencias durante su período estatutario e institucional.

¹³ El *A quo* confundió todas las figuras para resolver el caso, y de allí su protuberante equivocación.

¹⁴ Sentencias ya citadas en el desarrollo de los acápite precedentes.

Sobre lo primero explicativo resulta lo expuesto por el Consejo de Estado. Veamos:

"(...) En este orden de ideas, es claro que tanto el encargo como la interinidad son formas de vinculación transitoria o temporal con el sector público, para las cuales no se requiere el adelantamiento de procesos de selección o convocatoria complejos, que si son necesarios para los nombramientos en propiedad.

"Es decir, conforme a las posturas jurisprudenciales en cita es evidente que las designaciones en encargo o en interinidad difieren radicalmente de las elecciones en propiedad.

"En este evento, el señor Omar Albeiro Mejía Patiño ocupó el cargo de Rector de la Universidad de Tolima en encargo y luego en interinidad, es decir, en forma temporal o transitoria, de manera previa a ser elegido en propiedad para desempeñar dicha posición.

"Por lo tanto, es claro que el demandado aunque había ocupado el cargo de Rector de la Universidad del Tolima de manera previa a la elección objeto de controversia, lo había hecho sin haber participado con anterioridad en el proceso de selección formal, es decir, no había sido elegido en el cargo de Rector sino designado de manera temporal o transitoria, motivo por el cual no le es aplicable la prohibición contenida en el parágrafo tercero del artículo segundo del Acuerdo 015 de 2018 del Consejo Superior de la Universidad del Tolima.

"En tales condiciones asiste razón a los recurrentes al afirmar que el *A quo* erró al haber concluido que el demandado se encontraba incurso en la prohibición anteriormente estudiada.

“(…)”.¹⁵

Denotándose entonces que, para realizar el nombramiento en encargo, **no era necesario realizar el proceso electoral**, que es necesario para la designación en propiedad. De ahí, la falta de acierto del *A quo*, cuando hizo vista gorda de la figura del encargo, y no vio lo fino, para reclamar así la aplicación del artículo 118 de los Estatutos Internos de la Universidad de Nariño, donde no lo era.

Y sobre lo segundo, indicar que el artículo 123 del Acuerdo 080 de 1990, cuando indica que, “(…) si la vacancia definitiva se produce cuando el período respectivo ha sido superado en más del cincuenta por ciento, el reemplazo será designado para terminar el período respecto de la siguiente manera: 1. Para el caso del Rector, este nombramiento lo realizará el Consejo Superior de listas que presenten separadamente las asambleas de representantes profesoriales y estudiantiles del Consejo Académico, de los consejos de facultad y de los comités curriculares”, de donde, salta a la vista la falta de aplicación de la figura, por cuanto, en este caso, no se trata de un reemplazo, se itera, “(…) para terminar el período (...)”, de donde, la norma no regula el tema. Aquí, *a contrario sensu*, existió una vacancia absoluta por la terminación del período del Rector, y ante ello lo procedente era la designación en encargo como así sucedió, y como una forma de provisión transitoria hasta tanto se realizara la designación en propiedad, mediante proceso electoral.

Por lo tanto, las normas citadas como infringidas no eran aplicables.

6. El recurso contra el acto de designación en encargo

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación No. 73001 – 23 – 33 – 000 – 000 – 2018 – 00383 – 01.

Ya se definió *ab initio* la naturaleza del acto de nombramiento en encargo, y la procedencia para su cuestionamiento por la vía del medio de control de nulidad electoral de que trata el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, dado su carácter general en su contra no proceden recursos administrativos. De conformidad con el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, estos actos no se notifican, pues de acuerdo con su parágrafo los actos de nombramiento, y el nombramiento en encargo es uno de ellos, solo se publicitan, y pueden serlo por cualquier medio, como aquí sucedió. Y no se notifican por cuanto no se resuelven una situación de contenido particular y concreto, y en dicho sentido, no proceden en su contra recursos en sede administrativa. En concordancia con ello, el artículo 66 *ibidem* alude al deber de notificación de los actos de contenido particular y concreto, que se itera, no es el caso. Y el artículo 75 expresamente indica:

“(…) No habrá recursos contra los actos de contenido general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”.

Y queda claro que, en el caso *sub examine* el recurso incoado, ni siquiera frente al acto que realizó la designación en encargo, sino, frente al acta – que no es acto administrativo – que contiene las deliberaciones y votaciones realizadas frente a los asuntos que fueron tratados en la sesión de Consejo Superior Universitario del día 22 de diciembre de 2020, se encuentra debidamente resuelto – al advertirse sobre su improcedencia, de donde, ninguna vulneración al debido proceso se pudo configurar por este aspecto.

7. La figura de la recusación en actuaciones administrativas y su oportunidad

Sobre la recusación, indicar que, la misma no se formuló antes de la decisión, sino *a posteriori* y ello configura una extemporaneidad. Piénsese, por ejemplo, en la que se formule, una vez emitida la sentencia de segunda instancia en una actuación judicial ya ejecutoriada, porque contra la misma no proceda el recurso extraordinario de casación, en tratándose de la jurisdicción ordinaria, para que se mire la inoportunidad de la alegación, y el yerro de su aceptación por el *A quo*.

El asunto, en verdad, no reviste mayor análisis, pues, las reglas de la lógica llevan la conclusión. En las actuaciones administrativas, la figura se regula en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011, y la primera disposición indica que "(...) Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, éste deberá declararse impedido (...)", y que podrá ser recusado sino manifiesta su impedimento. Las causales son taxativas y son las que allí se encuentran enlistadas y no otras, y el caso plantado en la acción de tutela, además no encuadra en ninguna de ellas. Y es claro, conforme al artículo 12 *ibidem* que, se debe presentar antes de que se adopte la decisión, pues, conforme el inciso final del artículo, "(...) La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación de impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. (...)", de donde, si ya se decidió no hay nada por suspender.

En el caso *sub examine* la presunta recusación no se presentó *ex ante* a la decisión y, por ende, fue extemporánea, sin lugar a darle trámite. Ello sería como tramitar memoriales de las partes, en los procesos ya archivados, y el escrito, se dice como anécdota, no cumplía con los requisitos para su procedencia, pues, no citó la causal taxativa en que se basaba, tal vez, ante la imposibilidad jurídica de encuadrarse típicamente en alguna.

De allí que, por este aspecto, tampoco haya existido violación al debido proceso.

8. La solución del caso concreto

Se da de la siguiente manera: (i) la acción de tutela es improcedente, porque, existe mecanismo idóneo y efectivo de defensa judicial contra el acto administrativo de nombramiento en encargo; (ii) Tal acción es la de nulidad electoral; (iii) En la acción de nulidad electoral se pueden solicitar medidas cautelares, y uno de ellas es la suspensión de los efectos del acto administrativo; (iv) Tal medida se puede adoptar, en el auto admisorio de la demanda, y antes de la notificación al sujeto o partes demandadas; (v) En la acción electoral, y para arribar a la medida cautelar no se requieren más de cinco (5) días hábiles, así: un día, presentación de la demanda, segundo día reparto de la demanda, y tres días después auto admisorio con decisión sobre la medida cautelar; (vi) El juez de lo contencioso administrativo, también es juez constitucional, y en consecuencia, al resolver sobre la medida cautelar verifica que no exista vulneración de derechos constitucionales fundamentales, y puede realizar análisis probatorios, de ser necesario, al contrastar el acto acusado frente a las normas acusadas de violación; (vii) De otra parte, el asunto puesto a consideración de la judicatura, no es de vulneración de derechos constitucionales fundamentales, sino de pura legalidad, y por ende, no es dable desplazar de su conocimiento al juez competente, administrativo, y que deriva la misma del artículo 238 constitucional, que indica que la presunción de legalidad de este tipo de actos administrativos, solo puede decaer con su intervención; (viii) En el fondo, el periodo de Rector en la Universidad de Nariño es estatutario e institucional, y tiene fecha de inicio y de terminación; (ix) Al terminar el período se da la vacancia absoluta en el cargo, y no haberse elegido a quien debe reemplazarlo, mediante el sistema electoral previsto en los estatutos, y hasta que ello se dé, es procedente la figura del encargo; (x) Al caso, no aplica el artículo 34, numeral 17 de la Ley 734 de

2002, pues no regula los empleos de período, y en consecuencia, no puede oponerse a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2013, artículo 6º; (xi) Para el nombramiento en encargo, no resulta necesario adelantar un proceso electoral, y la competencia radica en el Consejo Superior Universitario para su designación, libremente, solo cumpliendo con los requisitos del cargo designado; (xii) Las inhabilidades para ejercer el cargo de Rector en propiedad, no aplican para el caso del encargo, y así se puede ver en la lectura completa de las jurisprudencias citadas en esta impugnación; (xiii) El recurso de reposición incoado contra el acto de nombramiento en encargo, es improcedente, y así se resolvió el que fue presentado, pues, el acto no define situación alguna particular y concreta; (xiv) La recusación presentada fue extemporánea, y además, no se basó en ninguna causal de las taxativas previstas para el caso, y por ende, no estaba llamada a tramitarse, pues la decisión ya se había adoptado, y no tenía instancia posterior de revisión alguna; (xv) No aplican en el caso, la forma de provisión por encargo, durante el período estatutario del Rector, ya sea llamando a que ocupe el cargo, la Vicerrectoría Académica, y de la forma prevista en el artículo 123, numeral 1º de los estatutos internos de la Universidad de Nariño, porque tal no es la hipótesis del *sub examine*, que es vacancia absoluta por terminación del período institucional y estatutario, en donde, lo que procede, se reitera, es el encargo; y, (xvi) El fallo del *A quo* ha legitimado que se dé el ejercicio de función pública, por un servidor que ya terminó su período institucional, siendo contrario este sí, a las disposiciones constitucionales, y en especial al Acto Legislativo 01 de 2013, artículo 6º, y a la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia del Consejo de Estado, como quedó ya advertido.

Antes de finalizar, deberá el *Ad quem*, revisar su competencia, puesto que, recuérdese que formar parte de esta actuación, un representante del Presidente de la República, según las reglas para el

reparto de la acción de tutela, su conocimiento debió ser por el Tribunal Superior de Distrito Judicial en primera instancia o por el Tribunal Administrativo de Nariño.

IV. PETICION

Con base en lo expuesto, solicito que por presentarse en tiempo y encontrarse sustentada en forma debida, se conceda la presente impugnación y del *Ad quem*, que al haberse quebrado la presunción de acierto del fallo recurrido, se lo revoque, y en su lugar se declare improcedente el medio tutelar incoado o en subsidio, sea denegado al no existir la amenaza o violación alegada.

Del Sr. Juez, con el debido respeto.

Atentamente,


JAVIER MAURICIO OJEDA PEREZ
C.C. No. 98380.999 expedida en Pasto
I.P. No. 90563 otorgada por el C.S.J.