

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

REF: Expediente núm. **11001 03 24 000 2016 00284 00**

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Actora: UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA - UNAD.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Consejera

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones núms. 12010 de 3 de agosto de 2015 “Por medio de la cual se adoptan medidas preventivas para la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD” y 5156 de 18 de marzo de 2016 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición



interpuesto contra la Resolución No. 12010 de 3 de agosto de 2015” expedidas por el Ministerio de Educación Nacional. Subsidiariamente, la actora solicitó la suspensión del procedimiento o actuación administrativa adelantada en virtud de la expedición de los referidos actos administrativos.

I. ANTECEDENTES.

I.1.- La demanda.

La UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA, actuando a través de apoderado judicial, instauró demanda ante esta Corporación en ejercicio del medio de control de nulidad, al que se le dio el trámite de nulidad y restablecimiento del consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional de los efectos –o del procedimiento administrativo- de las Resolucionesnúmeros. 12010 de 3 de agosto de 2015 y 05156 de 18 de marzo de 2016, expedidas por la entidad demandada.

I.2.- Solicitud de las medidas cautelares.

Como fundamento de la solicitud, expone los siguientes cargos:

- «Violación al debido proceso administrativo previo.»

Sostuvo que según lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 487 de la Ley 30 de 1992, 17 de la Ley 1740 de 2014 y 3º de la Ley 1437 de 2011, todos los procedimientos y actuaciones administrativas, incluidos los del Ministerio de Educación Nacional, deben garantizar el debido proceso, ya que es un principio constitucional de obligatorio cumplimiento y aplicación.

Manifestó que el Ministerio de Educación Nacional vulneró su derecho fundamental al debido proceso, al imponerle unas medidas cautelares, so pretexto del cumplimiento de sus funciones de



inspección y vigilancia, sin ser escuchada previamente y sin permitirle solicitar o aportar pruebas y mucho menos controvertir aquellas utilizadas en su contra.

Advirtió que la entidad demandada no le corrió traslado del informe 2015-ER-108755, el cual contenía los hallazgos de la visita de inspección y vigilancia llevada a cabo los días 13, 14, 15 y 19 de mayo de 2015, que sirvieron de fundamento para expedir las Resoluciones demandadas.

Informó que tampoco se le permitió ejercer su derecho de contradicción en una diligencia realizada el día 10 de julio de 2015, en la Secretaría de Educación Departamental del Meta, la cual consta en el acta con radicado 2015-IE-022597.

- «Indebida notificación de la Resolución demandada.»

Recordó que el artículo 12 de la Ley 1740 de 2014, expresamente establece que las medidas preventivas que imponga el Ministerio de Educación Nacional, serán notificadas personalmente de conformidad con lo indicado en los artículos 67 a 69 de la Ley 1437 de 2011, es decir, con una citación de comparecencia y a falta de ésta, una notificación por aviso, etapas pretermitidas en su caso.

Señaló que las notificaciones personales, en atención a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y Código General del Proceso, deben surtirse en “horas de despacho u horas de trabajo” y “horas hábiles”, pero en su caso, la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2014, fue notificada el día 4 de agosto de 2015 a las 8.30 pm, tal y como consta en la respectiva acta, esto es, por fuera del horario de atención establecido en la Institución, por lo tanto claramente se desconocieron las reglas procesales señaladas.

Explicó que la notificación irregular del acto administrativo constituye una causal para su anulación, de conformidad con lo señalado en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

- «Violación al principio constitucional de autonomía universitaria y su núcleo esencial.»



Arguyó que la entidad accionada, con el pretexto del cumplimiento del ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, desconoció el principio de autonomía consagrado en el artículo 69 de la Constitución Política, el cual expresamente señala que “las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley” y “La Ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado”.

Expresó que en desarrollo de la norma referida se expidió la Ley 30 de 1992 “Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior” y en ella se desarrolló a profundidad el principio de la autonomía universitaria, particularmente, en sus artículos 28, 29 y 57, en los que se estableció, entre otras cosas, la posibilidad de darse y modificar sus propios estatutos, arbitrar y aplicar sus recursos, establecer su régimen de contratación y control fiscal, organizar y elegir sus directivas, personal docente y administrativo, etc.

Adujo que a pesar de estas prerrogativas, el Ministerio de Educación Nacional, a través de las Resoluciones demandadas, a modo de “recomendaciones”, le impuso unos instructivos y condiciones, que injustificadamente quebrantan el principio de autonomía mencionado, ya que la obligarían a cambiar su normativa para evitar medidas más intervencionistas y sanciones contra los directivos.

Manifestó que los hallazgos a que hacen alusión los actos administrativos demandados, controvierten y critican aspectos de la reglamentación interna y con imposiciones disfrazadas de recomendaciones, la obligan a adoptar otros modelos o trámites distintos de los ya previstos.

Sostiene que en las Resoluciones atacadas, por ejemplo, inexplicablemente se dice que el personal directivo cumple los requisitos establecidos en los manuales de funciones pero a renglón seguido, considera que los perfiles de éstos no prevén un nivel de experiencia y estudio acorde con la naturaleza y dimensión de sus responsabilidades, estudio que es competencia absoluta de la Universidad al expedir sus estatutos y manuales de funciones.

Expresó que la entidad demandada desconoce el derecho de la Institución de arbitrar y aplicar sus recursos cuando la acusa de hacer una “destinación diferente” de los mismos, por realizar



transferencias de dineros provenientes de la ejecución de un contrato a la Seccional de la Florida, omitiendo que dicho trámite está permitido por el “Manual para el Manejo del Presupuesto” consagrado en la Resolución núm. 004707 de 30 de diciembre de 2011 y que fue debidamente verificado y avalado por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

Agregó que las Resoluciones controvertidas usan un lenguaje artificioso en el que se insiste en el respeto por la autonomía, pero a la vez se impone una medida preventiva y se amenaza con la futura apertura de procedimientos administrativos sancionatorios de no cumplir las recomendaciones elevadas por la Cartera Ministerial.

Afirmó que las decisiones administrativas del Ministerio de Educación Nacional, se inmiscuyen abiertamente en sus competencias internas, haciendo nugatorio el principio de la autonomía que, precisamente, lo que pretende es evitar la intromisión de la Rama Ejecutiva del Poder Público en las Universidades.

Advirtió que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos ha reiterado los alcances del principio de la autonomía universitaria y las limitaciones del Ministerio de Educación Nacional en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia frente a las entidades de educación superior, en especial, las oficiales.

- «Infracción a la Ley de Inspección y Vigilancia de la Educación Superior –Ley 1740 de 2014- y desconocimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida preventiva decretada.»

Señaló que si bien la Ley 1740 de 2014, dotó al Estado de mecanismos y herramientas prácticas para la materialización de su función constitucional de inspección y vigilancia de la educación superior, entre ellos, la posibilidad de adoptar medidas preventivas –artículo 10- como las contenidas en las Resoluciones demandadas, era evidente que en el caso objeto de estudio, dichas decisiones carecían de toda proporcionalidad y racionalidad, no solo por la improcedencia de los hallazgos, sino porque aún si alguno de ellos tuviera vocación de certeza, carecía de importancia frente al hecho cierto y verificable de que el servicio público de educación superior se estaba prestando con calidad y continuidad.



Reiteró que nunca ha estado en riesgo la continuidad y calidad del servicio educativo, ni existía situación alguna que amenazare o afectare su adecuada prestación o el cumplimiento de sus objetivos, de manera que no se requerían medidas preventivas para superar un peligro que no existía.

Insistió en que no se presentaba ninguna circunstancia que ameritara la expedición de las Resoluciones demandadas y si eventualmente existía alguna, tenía un impacto absolutamente irrelevante respecto de la calidad y prestación del servicio educativo, por lo tanto la medida preventiva adoptada en las mismas no atiende a la finalidad perseguida por el legislador.

- «Violación del principio de irretroactividad de la Ley.»

Manifestó que la imposición de la medida preventiva contenida en las Resoluciones demandadas se fundamentó en unos hallazgos levantados en el mes de mayo del año 2015, debido a unos presuntos hechos o actuaciones que tuvieron lugar antes de la expedición de la Ley 1740 de 2014, por lo tanto dicha norma no podía ser invocada como sustento jurídico de las decisiones administrativas proferidas por el Ministerio de Educación Nacional, en virtud de la aplicación del principio de irretroactividad de la Ley.

Adujo que en materia de actuaciones administrativas, especialmente aquellas con repercusiones sancionatorias, se debe aplicar la norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos materia de la investigación, en aras de garantizar el principio de legalidad y el derecho fundamental al debido proceso, éste último entendido como la obligación de que nadie pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Sostuvo que el Ministerio de Educación Nacional, en la Resolución núm. 05156 de 2016, abiertamente reconoce que aplica retroactivamente la Ley 1740 de 2014 y justifica su actuar



alegando que los hechos objeto de los hallazgos que fundamentan la decisión, a pesar de ser originados con anterioridad a la expedición de la norma citada, se continúan materializando con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, argumento que falta a la verdad, tal y como se puede constatar de la sola revisión de la fecha de su ocurrencia o de la fecha de su superación.

Afirmó que los hallazgos 2, 3, 4, 5, 8, 10, 11, 14 y 15, los cuales fueron consignados en los actos administrativos controvertidos, hacen referencia a hechos ocurridos antes del 23 de diciembre de 2014, fecha en la que entró en vigencia la Ley 1740 de 2014, por lo tanto es clara la vulneración del principio de la irretroactividad de la Ley.

- «Violación del derecho a la valoración de las pruebas y a la naturaleza conminatoria de una medida preventiva.»

Aseveró que el Ministerio de Educación Nacional omitió valorar el material probatorio aportado oportunamente a la actuación administrativa, con el cual se demostraba que la mayoría de los supuestos hallazgos habían sido plenamente superados al momento de la expedición del segundo acto administrativo, esto es, la Resolución núm. 05156 de 18 de marzo de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición dentro del trámite objeto de estudio.

Arguyó que la entidad accionada desconoció la naturaleza preventiva de las medidas impuestas e injustificadamente insistió en los hallazgos con propósitos, al parecer, sancionatorios, sin tener en cuenta los avances en el cumplimiento de las “recomendaciones” y desconociendo las pruebas aportadas en el recurso de reposición y en las visitas de seguimiento al plan de mejoramiento que se vio obligada a implementar.

Aseguró que si se llegare a determinar que las medidas preventivas impuestas no son de naturaleza sancionatoria, también sería forzoso concluir que las mismas tienen como función compelerla u obligarla a superar los hallazgos levantados por el Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto sería necesario respetar un límite temporal elemental que permita el cumplimiento o superación de las situaciones o circunstancias que dieron lugar a la imposición de la medida.

- «Violación al principio de non bis in ídem.»

Recordó que algunos de los hallazgos que dieron lugar a la adopción de las medidas preventivas ya han sido objeto de investigación administrativa en el pasado, como por ejemplo, la participación del señor Benjamín Triana como representante de los egresados de la UNAD en el Consejo Superior Universitario – Hallazgo 3-, situación que previamente había sido resuelta por el Ministerio de Educación Nacional en sendas resoluciones sancionatorias que fueron anuladas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Bogotá a través de sentencia proferida en octubre de 2015, dentro del expediente radicado bajo el núm. 2014-00091.

Advirtió que el hallazgo sobre la transferencia de unos recursos a la sede de la Florida, también ha sido objeto de pronunciamientos en otras instancias y actualmente está siendo investigado por la Subdirección de Vigilancia del Ministerio de Educación Nacional en actuaciones administrativas regidas por la Ley 30 de 1992.

I.3.- Traslado de la solicitud de medida cautelar.

De la solicitud de suspensión provisional, se corrió traslado al Ministerio de Educación Nacional, entidad que solicitó la denegatoria de las medidas cautelares solicitadas con fundamento en los siguientes argumentos:

- «Improcedencia constitucional, legal y fáctica de las medidas cautelares solicitadas.»

Señaló que según el tenor literal del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, cuando se demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y se pretende la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo controvertido, además de acreditar la violación de las normas superiores invocadas, también es necesario probar, al menos



sumariamente, la existencia de los perjuicios alegados, requisito que no fue cumplido por la actora en el caso de marras.

Manifestó que la medida cautelar subsidiaria también es improcedente, ya que la actora no demandó la Resolución núm. 12008 de 3 de agosto de 2015, que fue la que dio apertura, en cumplimiento de lo ordenado en los actos administrativos controvertidos, a la investigación sancionatoria objeto de la solicitud de suspensión.

Recordó que no es posible solicitar la suspensión provisional de un acto administrativo que no fue objeto de la demanda de nulidad.

Explicó que las Resoluciones demandadas fueron expedidas con plena competencia y ejercicio de sus facultades constitucionales y legales de inspección y vigilancia sobre las Instituciones de Educación Superior, particularmente, las establecidas en la Ley 1740 de 2014.

Señaló que los reparos alegados por la actora frente a su actuación en la expedición de los actos administrativos demandados atacan directamente las disposiciones establecidas en la Ley 1740 de 2014, cuyo contenido, vigencia y constitucionalidad no pueden ser objeto de debate en este proceso judicial.

Resaltó que el artículo 29 de la Constitución Política, invocado en el escrito contentivo de la solicitud de las medidas cautelares, claramente establece que cada juicio o actuación administrativa tiene sus propias formas, por lo tanto no es posible asumir o afirmar que solo existe un debido proceso, como lo alega la actora.

- «Los actos demandados no violan el debido proceso administrativo previo.»

Expresó que el argumento de la vulneración del debido proceso por no haber agotado el procedimiento administrativo previo establecido en los artículos 48 de la Ley 30 de 1992 y 17 de la Ley 1740 de 2014, no es de recibo en el presente caso, toda vez que la primera de las normas



señaladas no está vigente y la segunda solo es aplicable a los procesos administrativos sancionatorios no a las actuaciones y medidas preventivas, que son las controvertidas en el presente asunto.

Sostuvo que ninguno de los artículos de la Ley 1740 de 2014 establece el procedimiento previo que reclama la actora, ya que para implementar y ordenar medidas preventivas como las contenidas en las Resoluciones demandadas únicamente basta con que se evidencie o constate que en una Institución de Educación Superior se requiere “promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias, o la superación de situaciones que amenacen o afecten la adecuada prestación del servicio de educación o el cumplimiento de sus objetivos”.

Reiteró que las medidas preventivas no constituyen una sanción sino la facultad que tiene el Estado para actuar y reaccionar de forma temprana ante una situación de riesgo, con el ánimo de garantizar la satisfacción de un derecho.

Afirmó que la adopción de medidas preventivas se hace sin perjuicio de la investigación e imposición de las sanciones administrativas a que haya lugar, tal y como lo establece el artículo 10º de la Ley 1740 de 2014.

Resaltó que la finalidad de las medidas preventivas no es identificar responsables ni analizar su grado de injerencia en los hechos y omisiones que originan la implementación de las mismas, sino proteger los bienes, garantías o derechos superiores, como el servicio educativo en condiciones de calidad y continuidad, los recursos, el mejoramiento institucional y los demás que señala expresamente la Ley 1740 de 2014.

Añadió que lo que hace procedentes las medidas preventivas no es qué o quién está causando las circunstancias que fundamentan su adopción, sino las repercusiones de las mismas en la prestación del servicio o en las rentas de la respectiva Institución.



Adujo que de todas las medidas preventivas que se podían adoptar en el caso de la Universidad UNAD, se optó por ordenarle que elaborará y ejecutará un plan de mejoramiento en aras del fortalecimiento institucional, ya que no se trata de una medida sancionatoria, como lo quiere hacer ver la demandante, por lo que no es entendible que se tilde a la misma como un factor de “grave repercusión” para su funcionamiento.

Señaló que de suspenderse el plan de mejoramiento adoptado en virtud del cumplimiento de las Resoluciones demandadas, como lo pretende la actora con la solicitud de medidas cautelares, se retrocedería en la implementación de actividades y se volverían a presentar los hallazgos que dieron lugar al mismo, afectando nuevamente las condiciones de calidad de la Universidad.

Destacó que en el trámite administrativo demandado no se vulneró el derecho de contradicción y se le permitió a la UNAD presentar y controvertir las pruebas, teniendo en cuenta que en las visitas preventivas que se llevaron a cabo en las instalaciones de la referida Institución, el personal que las atendió aportó la información y documentación que se le solicitó y que consideró necesaria y pertinente; así mismo, se recibieron testimonios de los directivos sobre sus actuaciones y todo ese material fue analizado y valorado antes de expedir los actos administrativos contentivos de las medidas preventivas.

Aseguró que los elementos probatorios referidos fueron los que precisamente sirvieron de fundamento para imponer las medidas preventivas consignadas en los actos administrativos demandados.

Recordó que las razones que motivaron, sustentaron y justificaron las medidas preventivas adoptadas para la UNAD fueron debidamente controvertidas en el recurso de reposición interpuesto por dicha Institución contra la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2015, el cual fue resuelto mediante la Resolución núm. 05156 de 18 de marzo de 2016.

Expuso que cumplió a cabalidad lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1740 de 2014, que es el que consagra el procedimiento para la adopción de las medidas preventivas impuestas en las Resoluciones demandadas.

- «La Resolución núm. 12010 de 2015 no fue notificada indebidamente.»



Afirmó que según lo señalado en el artículo 106 del Código General de Proceso, “las audiencias y diligencias iniciadas en hora hábil podrán continuarse en horas inhábiles sin necesidad de habilitación expresa”, tal y como sucedió en el trámite de la notificación de la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2015, la cual se surtió dentro una actuación administrativa que inició el día martes 4 de agosto a las 3.00 p.m., según se puede evidenciar del acta de notificación debidamente aportada al proceso.

- «Las Resoluciones demandadas no violan la autonomía universitaria ni su núcleo esencial.»

Advirtió que la autonomía universitaria no es absoluta y el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia es una de las limitantes legítimas de dicho principio, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional en las sentencias C-1435 de 2000, T-310 de 1999, T-933 de 2005, T-141 de 2003, entre otras.

Manifestó que las acciones del plan de mejoramiento adoptado en virtud de las medidas preventivas contenidas en los actos administrativos demandados, son elaboradas, definidas, implementadas y ejecutadas por la misma Institución de Educación Superior, por lo tanto no puede afirmarse que dichas decisiones vulneran su autonomía universitaria.

Reiteró que cuando se evidencia que en una Institución de Educación Superior no se está ejerciendo adecuadamente su derecho de autonomía universitaria, es deber de las autoridades competentes que ejercen las funciones de inspección y vigilancia, utilizar los mecanismos o herramientas que el Legislador le ha otorgado, con la finalidad de garantizar la calidad de la educación, el cumplimiento de sus fines y la mejor formación moral, intelectual y física de los educados; el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

- «Las Resoluciones demandadas no infringen la Ley de inspección y vigilancia de educación superior – Ley 1740 de 2014, ni desconocen los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida decretada.»



Adujo que en la inspección llevada a cabo en la UNAD, se corroboró la existencia de una serie de irregularidades en materia académica, administrativa, contractual y financiera, soportadas en un extenso y riguroso material probatorio recaudado en el trámite administrativo, que obligaban al Estado a imponerle unas medidas preventivas con la única finalidad de superar las anomalías encontradas y garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio educativo, por lo tanto no es de recibo afirmar que las Resoluciones demandadas, expedidas en virtud de dichas circunstancias, son desproporcionadas o irrazonables.

Expresó que el argumento del desconocimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad obedece a un criterio eminentemente subjetivo y errado, ya que omite la realidad y contenido de los hallazgos que dieron lugar a la imposición de las medidas preventivas.

- «El Ministerio de Educación Nacional no violó el principio de irretroactividad de la Ley al expedir los actos demandados.»

Recordó que el argumento de que algunos de los hallazgos constituyen hechos que ocurrieron con anterioridad a la expedición de la Ley 1740 de 2014, no tiene asidero jurídico, toda vez que de las actas e informes de las visitas de inspección realizadas a la UNAD en el año 2015, se puede constatar que para esa fecha, que es posterior a la entrada en vigencia de la referida norma, persistían las situaciones irregulares que dieron origen a los actos administrativos demandados.

Precisó que el hecho de que la UNAD haya superado los hallazgos con posterioridad a las visitas y a la expedición de las Resoluciones demandadas no justifica la nulidad de esos actos ni mucho menos su suspensión provisional, pues, por el contrario, dicho actuar evidencia que sí existían irregularidades y que fue gracias a las medidas preventivas que la Institución pudo superarlas.

Indicó que lo importante para que proceda la aplicación de las medidas preventivas señaladas en el artículo 10º de la Ley 1740 de 2014, es la verificación del estado en que se encuentre la Institución Educativa al momento en que se realiza la inspección y vigilancia, no la fecha de ocurrencia de los hechos que causaron y originaron dicha situación.

- «La actuación del MEN en el trámite y expedición de las Resoluciones demandadas no viola el derecho a la valoración de las pruebas y a la naturaleza conminatoria de la medida preventiva.»

Alegó que el hecho de que la actora argumente que la mayoría de los hallazgos se debían tener por superados al momento de resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2015, de conformidad con las pruebas allegadas en ese entonces, demuestra que reconoce la existencia de los mismos.

Adujo que para determinar si ya se superaron los hallazgos que dieron lugar a la expedición de los actos administrativos demandados es necesario un amplio y profundo análisis probatorio que no es propio de esta etapa procesal.

Aseveró que a la fecha la actora aún no ha cumplido con la implementación y ejecución total del plan de mejoramiento originado de las órdenes emanadas de los actos administrativos demandados, por lo tanto no es de recibo señalar que para el momento de la expedición de la segunda Resolución demandada ya se habían superado las situaciones irregulares halladas en la Institución Educativa Superior.

- «Las resoluciones no violan el principio de non bis in ídem.»

Recordó que la actora fundamentó la violación del principio del non bis in ídem en que dos^[1] de los dieciocho hallazgos, ya habían sido investigados en otros trámites administrativos, argumento que por sí solo no justifica la nulidad o suspensión de los actos administrativos controvertidos, teniendo en cuenta las demás irregularidades encontradas.

Agregó que el argumento de la presunta vulneración del referido principio carece de mérito, toda vez que desconoce que la función de inspección y vigilancia es autónoma e independiente, con objetivos y procedimientos propios que tienen origen constitucional y legal, por lo que no se encuentra limitada ni depende de los resultados de actuaciones que hayan adelantado otras autoridades en las cuales se analiza y define otro tipo de responsabilidad, como la penal, civil, fiscal, etc.



Adujo que es posible que una conducta haya sido declarada sin efectos penales, fiscales o de otra índole pero sí tenga consecuencias en materia de inspección y vigilancia, porque afecte o amenace el servicio educativo en la Institución, su calidad continuidad, finanzas o el cumplimiento de sus objetivos.

II.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

II.1. Los actos acusados:

A través de la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2015, el Ministerio de Educación Nacional decidió adoptar unas medidas preventivas para la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, en uso de las facultades conferidas en los artículos 3º, 4º y 10º de la Ley 1740 de 2014, así:

“ARTÍCULO PRIMERO: Adoptar la siguiente “MEDIDA PREVENTIVA” para la UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA – UNAD, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1740 de 2014, y las motivaciones anotadas anteriormente en este acto administrativo, sin perjuicio de la investigación administrativa sancionatoria que adelante este Ministerio:

1. Ordenar a la Universidad Nacional ABIERTA Y A Distancia – UNAD que elabore, presente a este Ministerio, implemente y ejecute un plan de mejoramiento institucional, encaminado a solucionar los hallazgos detectados por el Ministerio de Educación Nacional en los aspectos específicos y plazos que se le indiquen.

Este plan de mejoramiento debe ser elaborado, presentado e implementado dentro de los plazos y con las condiciones y lineamientos señalados por la Dirección de Calidad para la Educación Superior de este Ministerio.



La ejecución del plan de mejoramiento se realizará con el acompañamiento de la Subdirección de Apoyo a la Gestión de las Instituciones de Educación Superior del Ministerio de Educación Nacional.

2. El Ministerio de Educación Nacional emitirá instrucciones Y señalará condiciones que la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, deberá atender para corregir o superar en el menor tiempo posible los hallazgos anotados en esta Resolución; estas instrucciones y/o condiciones serán impartidas por este Ministerio a través de comunicaciones enviadas a la institución por la(s) dependencia(s) competente(s) de esta entidad.

ARTÍCULO SEGUNDO: El Ministerio de Educación Nacional realizará seguimiento al cumplimiento de las medidas ordenadas, dentro de las facultades de inspección y vigilancia, y podrá adoptar posteriormente nuevas medidas dentro de las establecidas legalmente, modificar la adoptada mediante esta Resolución, adicionarla o darla por terminada, dependiendo del nivel de avance demostrado por la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD y, en general, de la evolución de la situación en la Institución.

ARTÍCULO TERCERO: Compulsar copias del informe radicado 2015-ER-108755 y sus anexos, a la Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República y Fiscalía General de la nación para lo de su competencia por conducto de la Subdirección de Inspección y Vigilancia de este Ministerio.

ARTÍCULO CUARTO: Envíese copia de esta resolución al Gobernador del Departamento del Meta y al supervisor del Convenio No. 1063 de 2013.

ARTÍCULO QUINTO: Envíese copia de esta resolución al Viceministro de Educación Superior y sus dependencias para lo de sus competencias.

ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese la presente Resolución al Representante Legal de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, siguiendo el procedimiento establecido especialmente para este acto administrativo por el artículo 12 de la Ley 1740 de 2014, informándoles que esta



Resolución es de cumplimiento inmediato y que contra la misma procede el recurso de reposición ante el Despacho de la Ministra dentro del término y con los requisitos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), el cual se concederá en el efecto devolutivo, por lo cual no suspenderá la ejecución de la presente decisión ni de la medida que en ésta se adopta.

ARTÍCULO SÉPTIMO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación.”

Dicho acto fue modificado parcialmente a través de la Resolución núm. 05156 de 18 de marzo de 2016^[2], en la que se resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Modificar parcialmente en reposición la parte considerativa de la Resolución No. 12010 del 3 de agosto de 2015, “por la cual se adoptan medidas preventivas para la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta resolución, así:

1. Modificar el primer párrafo del tercer Hallazgo de «Secretaría General» el cual queda así:

«Se verificó que el señor Benjamín Triana quien ostenta la representación de los egresados en el Consejo Superior Universitario tiene vinculación con la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, a la fecha de la visita presta sus servicios profesionales en la planta de personal desempeñando el cargo de Profesional Especializado Grado 17.»

2 Modificar el primer párrafo del Hallazgo Único sobre «Rectoría», el cual queda así:

«De la muestra solicitada se evidenció que en la comisión otorgada mediante Resolución No. 5153 de 2014, una vez se desistió de la misma, no se ha gestionado eficazmente la recuperación efectiva de los valores causados por el pago de los tiquetes a la aerolínea y valor de su comisión.»

3. Modificar el Hallazgo Único sobre «Talento Humano», el cual queda así:



«El manual de funciones vigente de ser revisado por la Universidad en el marco de su autonomía universitaria, con un criterio técnico, para establecer la necesidad de ajustarlo o no, revisando que el nivel de experiencia y estudios de cada cargo esté acorde con la naturaleza y dimensión de sus responsabilidades. En caso de encontrarlo procedente con base en los resultados de la revisión técnica, la Universidad podrá proceder como se anota en el recuadro denominado “Recomendaciones”.»

4. Modificar el primer y tercer párrafo del primer Hallazgo sobre «Contratación», los cuales quedan así:

(Primer párrafo) «el día 1 de noviembre de 2013 la UNAD firma contrato No. 1063 con el Departamento del Meta con el objeto de fortalecer el programa de competencias en lengua extranjera ingles a través de la formación de 200 docentes de básica secundaria y media en el manejo de tecnologías para la enseñanza de lengua extranjera y la formación en el nivel de inglés b1 del MCERL de 10.000 niños, niñas y adolescentes de las instituciones educativas focalizadas en los 29 municipios del departamento, a partir del 2013 y durante el tiempo que sea necesario hasta lograr los productos propuestos, por la suma de \$5.008.250.000 para un tiempo de ejecución de 24 meses.»

(...)

(Tercer párrafo) «Lo anterior evidencia que la UNAD financió la operación de la vigencia 2014 de la UNAD Florida (que es otra persona jurídica diferente) con recursos públicos del presupuesto del Departamento del Meta asignados al Contrato No. 1063 de 2013, como se evidencia en el acta de fecha 17 de julio de 2014 del Board of Directors»

5. Suprimir el segundo Hallazgo sobre «Contratación», relacionado con la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del Contrato Interadministrativo No. 1063 de 2013.

6. Suprimir el tercer Hallazgo de «Aspectos Financieros», relacionado con el avalúo de tres (3) inmuebles de la Universidad.

7. Modificar el sexto Hallazgo de «Aspectos Financieros», el cual queda así:

«Se evidencian legalizaciones de gastos de viaje sin la totalidad de los soportes documentales exigidos en el reglamento interno de la Universidad, ni reintegros de sumas utilizadas.»

PARÁGRAFO: La Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD debe ajustarse al «Plan de Mejoramiento» en los hallazgos modificados mediante esta Resolución, dentro del término y las condiciones que le señale la Dirección de Calidad para la Educación Superior de este Ministerio, para el adecuado cumplimiento de los fines de esa medida preventiva.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar los demás considerandos y en su totalidad la parte resolutive de la Resolución No. 12010 del 3 de agosto de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar por conducto de la Secretaría General de este Ministerio el contenido de la presente resolución al representante legal de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD o a su apoderado, haciéndole saber que contra ésta no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: La presente resolución rige a partir del día siguiente al de su notificación.”

II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.



Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso^[3].

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren «necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia» (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.^[4]

Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A., la cual se orienta a considerarlas preventivas, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; conservativas, si buscan mantener o salvaguardar un statu quo; anticipativas, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de suspensión, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.^[5]

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma «podrá decretar las que considere necesarias»^[6]. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo «regulado» en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar «documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla» (Resaltado fuera del texto).

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

«La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.»^[7] (Negrillas fuera del texto).

Y en providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

«Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad.»^[8] (Negrillas no son del texto).

Así pues, conforme a la Jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos



tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) fumus boni iuris, o apariencia de buen derecho, (ii) periculum in mora, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

II.3. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

En el marco de las diversas medidas cautelares consagradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo^[9] se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida. Su finalidad, pues, es la de «evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho».^[10]

Merece resaltarse, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la manifiesta infracción de la norma invocada, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en referirse expresamente a la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas^[11].

Acercas de la manera en la que el Juez aborda este análisis inicial, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:



«Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.» (Resaltado fuera del texto).

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el Legislador al advertir que la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica prejuzgamiento, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de «mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto».^[12]

II.4.- Requisitos de procedencia de la suspensión de los efectos del acto acusado.

A voces del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, «cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud». Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado^[13]. Dice así el citado artículo:

«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación 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. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.



En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.» (Negrillas fuera del texto).

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que 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, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.



II.5. El caso concreto.

En el presente asunto, la actora solicita como medida cautelar principal, la suspensión provisional de los efectos de la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2015 “Por la cual se adoptan medidas preventivas para la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD” y de la que la modificó, la núm. 05156 de 18 de marzo de 2016^[14], expedidas por el Ministerio de Educación Nacional.

La UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA - UNAD considera que dichos actos administrativos vulneran la siguiente normativa:

- Constitución Política. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.



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

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

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

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

- Ley 30 de 1992. Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes, y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de función institucional.

- Ley 30 de 1992. Artículo 29. La autonomía de las instituciones universitarias, o, escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente ley, en los siguientes aspectos:



- a. Darse y modificar sus estatutos;
- b. Designar sus autoridades académicas y administrativas;
- c. Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos;
- d. Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión;
- e. Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que sus alumnos;
- f. Adoptar el régimen de alumnos y docentes, y
- g. Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

Parágrafo. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y c) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes.

- Ley 30 de 1992. Artículo 48^[15]. El incumplimiento de las disposiciones consagradas en la presente ley por parte de las instituciones de educación superior según lo previsto en el artículo siguiente, dará lugar a la iniciación de las acciones administrativas correspondientes y previa observancia del debido proceso, a la imposición de las sanciones que a continuación se indican:

- a. Amonestación privada;
- b. Amonestación pública;
- c. Multas sucesivas hasta de cien (100) veces el salario mínimo legal mensual vigente en el país;
- d. Suspensión de programas académicos y de admisiones por el término hasta de un (1) año;
- e. Cancelación de programas académicos;
- f. Suspensión de la personería jurídica de la institución, y



g. Cancelación de la personería jurídica de la institución.

Parágrafo. A los representantes legales, a los rectores y a los directivos de las instituciones de educación superior les podrán ser aplicadas las sanciones previstas en los literales a), b) y c) del presente artículo, las cuales serán impuestas por el Ministro de Educación Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Educación Superior, CESU, mediante resolución motivada, una vez adelantado y concluido el correspondiente proceso administrativo, con observancia de la plenitud de sus formas propias.

- Ley 30 de 1992. Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

<Inciso modificado por el artículo 1 de la ley 647 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley .

PARÁGRAFO. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente Ley, deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.



PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 647 de 2001. El texto es el siguiente:> El sistema propio de seguridad social en salud de que trata este artículo, se regirá por las siguientes reglas básicas:

a) Organización, dirección y funcionamiento. Será organizado por la Universidad como una dependencia especializada de la misma, con la estructura de dirección y funcionamiento que igualmente se establezca para el efecto. Sin embargo, las universidades podrán abstenerse de organizarlo, para que sus servidores administrativos y docentes y sus pensionados o jubilados elijan libremente su afiliación a las entidades promotoras de salud previstas por la Ley 100 de 1993;

b) Administración y financiamiento. El sistema se administrará por la propia Universidad que lo organice y se financiará con las cotizaciones que se establezcan en los términos y dentro de los límites máximos previstos en el inciso 1o. del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. El sistema podrá prestar directamente servicios de salud y/o contratarlos con otras instituciones prestadoras de servicios de salud;

c) Afiliados. <Literal modificado por el artículo 1 de la Ley 1443 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Únicamente podrá tener como afiliados a los miembros del personal académico, a los empleados y trabajadores de la respectiva Universidad, y a las personas que al término de su relación laboral se encuentren afiliadas al Sistema Universitario de Salud y adquirieran el derecho a la pensión con la misma Universidad o con el Sistema General de Pensiones.

Se garantizará el principio de libre afiliación y la afiliación se considerará equivalente para los fines del tránsito del Sistema General de la Ley 100 de 1993 al sistema propio de las universidades o viceversa, sin que sean permitidas afiliaciones simultáneas.

d) Beneficiarios y plan de beneficios. Se tendrán en cuenta los contenidos esenciales previstos en el Capítulo III de la Ley 100 de 1993;

e) Aporte de solidaridad. Los sistemas efectuarán el aporte de solidaridad de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

f) <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 1443 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de la presente ley se dará aplicación a la Planilla Integrada de Aportes consagrada en el Decreto 1931 de 2006 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

- Ley 1740 de 2014. Artículo 2. Prevención. El Ministerio de Educación Nacional propenderá por el desarrollo de un proceso de evaluación que apoye, fomente y dignifique la Educación Superior, velando por la prevención, como uno de los elementos de la inspección y vigilancia, en los siguientes aspectos:

1. La calidad de la Educación Superior dentro del respeto a la autonomía universitaria y a las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.
2. El cumplimiento de sus fines.
3. El adecuado cubrimiento de los servicios de Educación Superior.
4. La implementación de ejercicios de autoevaluación institucional permanente por parte de las Instituciones de Educación Superior.
5. Construcción de planes de seguimiento con indicadores de gestión de las Instituciones de Educación Superior en temas de calidad, que permitan verificar que en las Instituciones de Educación Superior estén cumpliendo los objetivos y la función social que tiene la educación.
6. La Formulación e implementación, por parte de las Instituciones de Educación Superior que lo requieran, de planes de mejoramiento. Para ello, el Ministerio de Educación Nacional podrá apoyarse en las Instituciones de Educación Superior que estén acreditadas con Alta calidad mediante convenios interinstitucionales, en el marco de la autonomía universitaria.

PARÁGRAFO 1o. En el acompañamiento a los planes de seguimiento, de mejoramiento y de continuidad, transición y reubicación de los estudiantes en las Instituciones Educativas, a los que se refiere esta ley, el Ministerio de Educación Nacional deberá diseñar un conjunto de alternativas que permita la continuidad del servicio público de educación en esa institución o en otras, en procura de garantizar los derechos de los estudiantes.

PARÁGRAFO 2o. Las instituciones de educación superior deberán entregarle a cada estudiante, durante el proceso de matrícula, el plan de estudios del programa respectivo y las condiciones en que este se desarrollará.

- Ley 1740 de 2014. Artículo 10. Medidas Preventivas. El Ministerio de Educación Nacional, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior, podrá adoptar, mediante acto administrativo motivado, una o varias de las siguientes medidas de carácter preventivo, con el fin de promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias, o la superación de situaciones que amenacen o afecten la adecuada prestación del servicio de educación o el cumplimiento de sus objetivos, sin perjuicio de la investigación y la imposición de las sanciones administrativas a que haya lugar:

1. Ordenar la presentación y adopción de planes y programas de mejoramiento encaminados a solucionar situaciones de irregularidad o anormalidad y vigilar la cumplida ejecución de los mismos, así como emitir las instrucciones que sean necesarias para su superación.
2. Ordenar abstenerse de ofrecer y desarrollar programas sin contar con el registro calificado; en este caso el Ministerio informará a la ciudadanía sobre dicha irregularidad.
3. Enviar delegados a los órganos de dirección de las instituciones de educación superior cuando lo considere necesario.
4. Señalar condiciones que la respectiva institución de educación superior deberá atender para corregir o superar en el menor tiempo posible irregularidades de tipo administrativo, financiero o de calidad que pongan en peligro el servicio público de educación.
5. Disponer la vigilancia especial de la institución de educación superior, cuando se evidencien una o varias de las causales que señala a continuación esta ley para ello.
6. Salvaguardar los derechos adquiridos de los estudiantes matriculados en los programas de las instituciones de educación superior, aprobados por el Ministerio de Educación Nacional.

- Ley 1740 de 2014. Artículo 17. Sanciones. El Ministerio de Educación Nacional podrá imponer las siguientes sanciones administrativas, previa observancia del debido proceso señalado por la Ley 30 de 1992, especialmente en sus artículos 51 y 52, así como en esta ley:



I. A los directivos, representantes legales, consejeros, administradores, revisores fiscales, o cualquier persona que ejerza la administración y/o el control de la institución de educación superior, que sean investigados:

1.1. Amonestación privada.

1.2. Amonestación pública.

1.3. Multas personales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.4. Suspensión en el ejercicio del respectivo cargo, hasta por el término de dos (2) años.

1.5. Separación del cargo.

1.6. Inhabilidad de hasta diez (10) años para ejercer cargos o contratar con Instituciones de Educación.

2. A las instituciones de educación superior investigadas:

2.1. Multas institucionales de hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Suspensión de programas académicos, registros calificados, o nuevas admisiones, hasta por el término de dos (2) años.

2.3. Cancelación de programas académicos o de registros calificados.

2.4. Suspensión de la personería jurídica de la institución.

2.5. Cancelación de la personería jurídica de la institución.

PARÁGRAFO 1o. Las sanciones establecidas en los numerales 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5 y 1.6 del presente artículo, serán impuestas por el Ministerio, previo concepto del Consejo Nacional de Educación Superior, CESU, mediante resolución motivada, una vez adelantado y concluido el correspondiente proceso administrativo, con observancia de la plenitud de sus formas propias.

PARÁGRAFO 2o. El Ministerio de Educación Nacional llevará el registro de las sanciones impuestas y adoptará las medidas conducentes para que ellas se hagan efectivas.



- Ley 1740 de 2014. Artículo 12. Procedimiento para la adopción de medidas preventivas y de vigilancia especial. Las medidas preventivas y de vigilancia especial se adoptarán por el Ministerio de Educación Nacional mediante resolución motivada; este acto administrativo se notificará personalmente al representante legal o a quien va dirigida la medida, y si el mismo no se puede notificar de esta forma, se notificará por un aviso que se fijará en lugar público de las oficinas de la administración principal de la institución de educación superior, de conformidad con los artículos 67 a 69 de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, procederá la notificación electrónica de la resolución, cuando se haya autorizado de manera expresa, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011. Este acto administrativo será de cumplimiento inmediato.

Contra este acto administrativo solo procede el recurso de reposición, el cual se concederá en efecto devolutivo y no suspenderá la ejecución o ejecutoriedad del mismo, ni de las medidas adoptadas.

Según la actora, los actos censurados vulneraron la anterior normativa, toda vez que: a) desconocieron el debido proceso administrativo; b) fueron notificados indebidamente; c) no valoraron las pruebas allegadas en el trámite administrativo; d) omitieron la naturaleza conminatoria de las medidas preventivas; e) desconocieron los principios constitucionales de la autonomía universitaria, irretroactividad de la Ley y non bis in ídem y f) inaplicaron los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Para determinar la procedencia de la suspensión provisional solicitada, lo primero que es pertinente recordar es que los actos administrativos controvertidos fueron expedidos por el Ministerio de Educación Nacional en cumplimiento de su función de inspección y vigilancia expresamente establecida en el inciso quinto del artículo 67 de la Constitución Política de 1991, el cual señala:



“Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.”

Por su parte, la Ley 1740 de 2014, que es un desarrollo legislativo del artículo 67 de la Constitución Política, incorporó una serie de herramientas para que el Ministerio de Educación Nacional pudiese ejercer con eficacia sus funciones de inspección y vigilancia, entre ellas, la posibilidad de imponerle medidas preventivas a las entidades de educación superior.

El artículo 10º de la citada norma, expresamente señala que las medidas preventivas se impondrán “con el fin de promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias, o la superación de situaciones que amenacen o afecten la adecuada prestación del servicio de educación o el cumplimiento de sus objetivos...”.

A través de la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2015, el Ministerio de Educación Nacional le impuso a la actora la medida preventiva consagrada en el numeral 1 del artículo 10º de la Ley 1740 de 2014, esto es, “1. Ordenar la presentación y adopción de planes y programas de mejoramiento encaminados a solucionar situaciones de irregularidad o anormalidad y vigilar la cumplida ejecución de los mismos, así como emitir las instrucciones que sean necesarias para su superación.”

Para sustentar la referida decisión administrativa, el Ministerio de Educación Nacional se fundamentó en una serie de irregularidades de tipo administrativo, académico y financiero, encontradas en la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD, denominadas “Hallazgos”, que, a su juicio, ameritaban la imposición de una medida preventiva, ya que afectaban la prestación del servicio educativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta valoración inicial de legalidad, la Sala Unitaria considera necesario hacer un recuento de los hallazgos con los que el Ministerio de Educación Nacional fundamentó la imposición de las medidas preventivas objeto de controversia en el presente medio

de control, a fin de constatar si las mismas cumplen la finalidad para las cuales fueron consagradas o si por el contrario, vulneraron las normas en las que se sustentaron, tal y como lo alega la actora.

Los hallazgos del Ministerio de Educación Nacional, consignados en la Resolución núm. 12010 de 3 de agosto de 2015 se resumen así:

Respecto del Consejo Superior Universitario y Consejo Académico.

1. La aprobación de las actas no tiene una reglamentación precisa, lo cual dilata su aprobación. Se expiden acuerdos sustentados en actas no aprobadas. Las actas de 2015 no están firmadas por quienes estatutariamente deben hacerlo.
2. Falta de acreditación en el Consejo Académico de la Universidad de dos de sus miembros durante el año 2014, no aparecen convocados ni se registra su participación. (Director del Instituto y Director de Educación Permanente).
3. El señor Benjamín Triana, quien ostenta la representación de los egresados en el Consejo Superior Universitario, está vinculado con la Entidad de Educación Superior como Profesional Especializado Grado 17, lo cual viola el artículo 10º del Decreto 128 de 1976, concerniente al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas.

Respecto del sistema de peticiones, quejas y reclamos.

4. No existe un plan de mejoramiento que evidencie acciones concretas para mitigar las solicitudes de gran volumen que llegan de manera reiterativa y que evidencian una problemática interna de la comunidad universitaria – Sistema PQRS.



Respecto de la Rectoría.

5. Las comisiones autorizadas mediante las Resoluciones núm. 5153 de 2014 y 5844 de 2014, se encuentran sin el informe exigido en el artículo 7º del Acuerdo 19 de 2012, para su legalización y pago. En la comisión autorizada mediante Resolución núm. 4529 de 2014, la comisionada presentó informe por fuera del término establecido en el artículo 7º ibídem.

Respecto de la oficina de talento humano.

6. Los perfiles establecidos para el personal directivo no prevén un nivel de experiencia y estudio acorde con la naturaleza y dimensión de las referidas responsabilidades.

Respecto de la oficina de Bienestar Universitario.

7. No hay acciones que permitan la participación activa de todos los estamentos de la comunidad universitaria en las actividades de bienestar.

8. Las actas de los comités zonales de bienestar no están debidamente firmadas, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo núm. 56 de 2012 y en la Resolución núm. 6424 de 2014.

Respecto de la sede de la Florida - USA.

9. No se desarrollan actividades académicas y administrativas ni se cumplen funciones de docencia, investigación y extensión en la Sede de Florida – USA. No se ha soportado ni reglamentado los alcances al interior de dicha sede como proyecto internacionalización, integración y articulación.



Respecto de la contratación.

10. Destinación diferente de los recursos girados por el Departamento del Meta, en el marco del Convenio Interadministrativo núm. 1063 de 2013, el cual tenía como objeto fortalecer el programa de competencias en lengua extranjera inglés a través de la formación de 200 docentes del Departamento y 10.000 niños; sin embargo, parte de dichos dineros se usaron para el pago de la hipoteca del inmueble en el que funcionaba la sede de la Florida.

11. Incumplimiento del inciso 2 del artículo 35 del Decreto 1510 de 2013, toda vez que el Convenio 1063 de 2013 tiene establecida la entrega de un anticipo del 40% de su valor, por lo que surgía la obligación legal de constituir un encargo fiduciario para el manejo de los recursos entregados como tal.

12. Incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 26 del Estatuto de Contratación y en los artículos 11 y 14.1 de la Resolución núm. 5973 de 2012, respecto del Convenio núm. 20 y 21 de 2015 celebrado con RobogruopT.E.K., ya que omitieron la realización del estudio de mercado para la selección del proveedor con las mejores condiciones técnicas y económicas. No se suscribió póliza para garantizar el cumplimiento, funcionamiento y calidad del servicio contratado.

Respecto a los aspectos financieros

13. El software de contabilidad denominado "Datum Finanzas 2000" no cuenta con la licencia y/o autorización respectiva del desarrollador informático para su uso. La información financiera es generada en un software diferente al programa mencionado.

14. Existe una pérdida del 36% de la cartera sobre el total de los recursos por recaudar.

15. La información suministrada por el outsourcing "KABA Counselling" acerca de los estados financieros de la sede de la Florida con corte a 31 de diciembre de 2014 y marzo de 2015, no

coincide en ninguna de sus partidas contables con los reportes de estados financieros generados por la UNAD Colombia.

16. Tres inmuebles no cuentan con el respectivo avalúo técnico, situación que no es congruente con lo establecido en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, modificado por el artículo 2 del Decreto 1536 de 2007 y demás normas concordantes.

17. Falta de disponibilidad de la información documental, documentación suelta sin archivar en sus correspondientes carpetas, constancias de pago de impuestos prediales legajados conjuntamente con las de los impuestos de vehículos, mantenimientos y bitácoras de control de algunos vehículos.

18. Legalización de gastos de viajes sin soportes documentales y sin reintegros de sumas no utilizadas.

Cabe resaltar que la Resolución núm. 05156 de 18 de marzo de 2016, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo anteriormente referenciado, modificó algunos de los hallazgos en virtud de los documentos aportados por la actora y expresamente suprimió los hallazgos 11^[16] y 16^[17].

Teniendo en cuenta el recuento hecho en líneas anteriores, esta Sala Unitaria, en la presente etapa procesal previa, considera que ninguno de los hallazgos o irregularidades en los que se fundó el Ministerio de Educación Nacional para expedir las Resoluciones demandadas, constituye un peligro para la continuidad de la prestación del servicio educativo en la UNAD o para las finanzas y recursos de la misma y mucho menos interfiere o menoscaba la calidad académica brindada en dicha Institución, ya que se reducen a irregularidades ínfimas y de fácil subsanación, que, incluso, de ser ciertas ni siquiera reflejarían una situación estructural grave o inquietante que amerite la imposición de una carga de la magnitud de las medidas preventivas dispuestas en el artículo 10º de la Ley 1740 de 2014.

Cabe recordar que la norma señalada no solo crea las medidas preventivas como una herramienta útil para el Ministerio de Educación Nacional en el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, sino que también consagra sus propias limitantes al establecer expresamente que deben ser utilizadas para “promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias, o la superación de situaciones que amenacen o afecten la adecuada prestación del servicio de educación o el cumplimiento de sus objetivos”.

Lo anterior significa que si no se presenta ninguno de los requisitos o necesidades transcritas, no hay lugar a la utilización de las medidas preventivas y de hacerlo, el Ministerio de Educación Nacional estaría desconociendo abiertamente las limitaciones del ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia y de contera, contradiciendo lo expresamente establecido en el propio artículo 10º de la Ley 1740 de 2014, tal y como sucede en el caso de marras. Además, se estarían vulnerando los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben existir en este tipo de decisiones impositivas, ya que la presunta falta, irregularidad o hallazgo sería absolutamente menor e intrascendente frente a la robustez de la medida preventiva que, en algunos casos, como el estudiado, implica incluso, el cambio de los estatutos de la Universidad, desconociendo los principios de autonomía y autogobierno.

Este primer análisis de legalidad permite advertir que los actos administrativos demandados desconocen, en primera medida, el propio fundamento normativo en el que se sustentan, es decir, el artículo 10º de la Ley 1740 de 2014, pero ahondando en el estudio de los mismos, también se observa una violación palpable del artículo 69 de la Constitución Política que reconoce y protege la autonomía universitaria, al intentar introducir, a modo de recomendación o conminación, cambios sustanciales en aspectos propios y esenciales de dicho principio, como lo es la forma y requisitos para escoger a sus directivas o controvertir reglamentaciones internas que le competen a las Universidades en el ejercicio de sus funciones de auto-gobierno.

Sobre este aspecto, es importante resaltar que las medidas preventivas impuestas en las Resoluciones demandadas, están acompañadas de una serie de recomendaciones para superar cada uno de los hallazgos, en las cuales se conmina a la Universidad, por no decir se le obliga - pues se utiliza la palabra “debe” impropia de una sugerencia como la que se supone se está haciendo- a tomar decisiones respecto de asuntos internos de competencia de las directivas de la misma, a pesar de la existencia de reglamentaciones autónomas debidamente expedidas para el efecto.

Para explicar lo expuesto, es necesario analizar las inconsistencias de cada uno de los hallazgos que sustentaron la expedición de las medidas preventivas contenidas en las Resoluciones demandadas; su evidente contradicción frente a las normas que regulan la procedencia de su imposición, particularmente, el artículo 10º de la Ley 1740 de 2014 y el claro desconocimiento, en algunos casos, del principio constitucional de autonomía universitaria.

En lo que respecta a los hallazgos núms. 5^[18], 7^[19], 8^[20] 15^[21], 17^[22] y 18^[23], esta Sala Unitaria considera que aún si se demostrase su veracidad, lo cual será objeto de análisis en el desarrollo del presente proceso, no tienen la entidad o magnitud para poner en peligro o impedir la prestación del servicio educativo en la Universidad UNAD o sus recursos y mucho menos la calidad académica de la misma, requisitos sin los cuales no proceden las medidas preventivas impuestas, como ya se explicó, pues se trata de situaciones absolutamente marginales que no denotan ningún problema estructural en la Institución, como por ejemplo: la falta de organización de unas carpetas, la mora en la legalización de unos gastos particulares, la falta de presentación del informe de una comisión, la ausencia de una firma en una acta de un comité de bienestar zonal o la inexactitud de un reporte financiero de una Seccional frente a la sede principal debido a la falta de conversión de la divisa en la que éste se proyectó.

Para esta Sala Unitaria, dichas irregularidades, de constatarse, pueden ser subsanadas o corregidas con simples requerimientos aclaratorios y a través de los trámites propios de la organización interna de la Universidad, pero de ninguna manera pueden servir de fundamento para imponer unas medidas que, en algunos casos, implican la modificación de los estatutos de la Institución.

Ahora bien, en cuanto al hallazgo núm. 1^[24], en el que Ministerio de Educación Nacional afirmó tajantemente que no existía una “reglamentación precisa” en lo concerniente a la aprobación de las actas de dicho estamento gubernamental universitario; esta Sala Unitaria considera que de la sola lectura de los artículos 7º, 8º, 13 y 16 del Acuerdo núm. 10 de 25 de junio de 2010^[25], se puede advertir que sí hay una reglamentación expresa, precisa y clara frente a la elaboración, aprobación y suscripción de los referidos documentos.

En efecto, los artículos señalados rezan:



“ARTÍCULO SÉPTIMO. Funciones del Presidente.- Le corresponde al Presidente del Consejo Superior:

- a) Convocar cuando lo estime necesario y ajustado a las necesidades de la Institución las reuniones ordinarias y/o extraordinarias de acuerdo al presente Reglamento.
- b) Asistir y presidir las sesiones del Consejo Superior y participar en la adopción de las decisiones.
- c) Llamar al orden al Consejo cuando: Se profieran injurias, se aleje el miembro o expositor del tema del asunto a discusión, se insista en discutir un asunto resuelto en la misma sesión o en anteriores, o se pretenda discutir un asunto no relacionado con los temas del orden del día.
- d) Suscribir las actas y acuerdos que expida el Consejo Superior.
- e) Cumplir el presente Reglamento,
- f) Las demás que señale la Ley y los reglamentos.”

“ARTÍCULO OCTAVO. Funciones de la Secretaría. La Secretaría del Consejo Superior ejercerá las siguientes funciones.-

- a) Realizar las citaciones para las respectivas sesiones de acuerdo a la Convocatoria realizada por el Presidente del Consejo Superior, el Rector o los demás miembros de conformidad con lo establecido en el presente reglamento.
- b) Elaborar las agendas con el orden del día a discutir en las sesiones.
- c) Recopilar la documentación correspondiente para ser enviada con antelación a los miembros e invitados del Consejo Superior para su consideración y deliberación.
- d) Elaborar las actas del Consejo Superior para su posterior aprobación y firmas, donde conste el orden del día y se determinen de forma ejecutiva los asuntos a tratar al igual que las decisiones que se adopten.
- e) Remitir a los miembros del Consejo Superior, borradores de actas para su consideración dentro de los quince (15) días siguientes a la sesión correspondiente.
- f) Tramitar los asuntos de competencia del Consejo Superior y emitir sus comunicados y documentos respectivos.
- g) Conservar y custodiar los archivos de los actos administrativos del Consejo Superior y hacer seguimiento a la implementación de sus decisiones.



- h) Publicar, comunicar y/o notificar en los términos legales y reglamentarios las decisiones del Consejo Superior.
- i) Adelantar los procesos de elección de los miembros del Consejo Superior y acreditar a los mismos que resulten elegidos o designados.
- j) Recibir correspondencia dirigida al Consejo Superior e informar en las sesiones.
- k) Cumplir el presente Reglamento.
- l) Las demás que señale la Ley y los reglamentos.”

“ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO. Inicio y Duración. Se abrirá la sesión tan pronto como haya quórum. Leído el orden del día, se considerará y someterá a aprobación el acta de la sesión anterior. Se procurará que las sesiones no superen en tiempo cuatro (4) horas, de requerirse más tiempo podrá estudiarse la posibilidad de declarar el Consejo en sesión permanente, con votación de los asistentes por mayoría simple.”

“ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. Contenido de las actas. Las actas del Consejo Superior deberán contener como mínimo:

- a) De cada sesión se levantará acta, que contendrá, como mínimo las circunstancias de lugar y tiempo en que se celebró, identificación de los miembros que asistieron, los invitados, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de votación y el concepto de los acuerdos discutidos.
- b) Los miembros del Consejo Superior presentes en la votación podrán hacer constar en acta su salvamento de voto y los motivos que lo justifiquen, así como cualquier otra circunstancia que estimen pertinente.
- c) La elaboración del acta corresponderá a la Secretaría del Consejo.
- d) Las actas son documentos públicos. Una vez aprobada será suscrita por el Secretario y Presidente del Consejo Superior y publicadas en el portal Web de la Universidad.

PARÁGRAFO. Se procurará que las sesiones del Consejo Superior se graben en cintas magnetofónicas, las cuales quedarán bajo custodia de la Secretaría. El Consejo Superior cuando lo estime necesario podrá interrumpir la grabación.” (Negrillas fuera del texto original)



De las normas internas de la Universidad traídas a colación, se evidencia que sí existe una reglamentación clara para la aprobación de las actas del Consejo Superior Universitario, por lo tanto la medida preventiva se basa en un argumento impreciso y conmina a la Universidad a expedir una norma interna ya existente, lo que afecta el principio de autonomía universitaria y autogobierno.

Cosa distinta sería si el órgano de inspección y vigilancia hubiera sustentado el mencionado hallazgo en el desconocimiento por parte del Consejo Superior Universitario de sus propias normas, en este caso, del Acuerdo núm. 10 de 25 de junio de 2010 y lo hubiera exhortado a su cumplimiento. No obstante, aún si esta última hipótesis se hubiera dado, para la Sala dicha irregularidad no comporta tal entidad para poner en peligro la continuidad o calidad de la prestación del servicio y mucho menos amenazaría las rentas o recursos de la Universidad, requisitos sin los cuales, se reitera, no es procedente imponer medida preventiva alguna.

Respecto del hallazgo núm. 2^[26], se observa que la ausencia de los dos miembros del Consejo Superior Universitario invocados por el Ministerio de Educación Nacional, en algunas de las secciones de dicho estamento llevadas a cabo durante el año 2014, no se debió a la falta de convocatoria de los mismos o por la omisión de la integración completa del Consejo, sino porque en ese momento no habían sido vinculados a la planta de personal de la Institución Universitaria, lo que hacía imposible su asistencia, situación esta que no constituye una falencia de la reglamentación interna.

La recomendación dada por el Ministerio de Educación Nacional para subsanar o remediar este hallazgo, que como bien lo explicó la UNAD, no constituye irregularidad alguna, refleja una intromisión en la autonomía universitaria, ya que se la conmina a implementar mecanismos para constatar la integración del Consejo Académico, desconociendo que éste siempre ha estado debidamente integrado y que las ausencias de algún miembro han sido eminentemente temporales por cuestiones que no se relacionan con la carencia de reglamentación interna, sino porque, por ejemplo, como ya se dijo, no ha sido nombrado en la planta de personal de la Universidad al momento de llevarse a cabo alguna reunión.

Aunado a lo anterior, este es un hallazgo absolutamente temporal y momentáneo, que de ninguna manera impide el desarrollo normal de la Universidad, ni representa un peligro para la calidad y continuidad en la prestación del servicio.

Frente al hallazgo núm. 3^[27], en el que el Ministerio de Educación Nacional advirtió sobre una presunta inhabilidad o incompatibilidad del representante de los egresados de la Universidad, Benjamín Triana, por estar vinculado laboralmente a la misma en cargo de Profesional Especializado Grado 17, fundamentándose en lo establecido en el artículo 10º del Decreto 128 de 1976^[28], esta Sala Unitaria considera que la referida norma no es aplicable a las Universidades Públicas, tal y como se puede inferir de la sola lectura de su artículo 1º que reza: “Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.”

Es importante recordar que las universidades estatales u oficiales, como es el caso de la UNAD, según lo literalmente establecido en el artículo 57 de la Ley 30 de 1992^[29], son entes autónomos en su administración, academia y finanzas, con régimen especial, personería jurídica y están vinculados al Ministerio de Educación Nacional únicamente en lo concerniente a las políticas y planeación del sector educativo, por lo tanto no pueden ser tenidos como un Establecimiento Público, una Empresa Industrial o Comercial del Estado o una Sociedad de Economía Mixta, que son las entidades a las que se les aplica la norma que sirvió de fundamento para levantar el hallazgo núm. 3 del capítulo denominado “Consejo Superior Universitario y el Consejo Académico”.

Esta Sala Unitaria recuerda que el Decreto 2770 de 16 de agosto de 2006, en su artículo primero, expresamente transformó a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD, en un “Ente Universitario Autónomo del orden nacional, con régimen especial en los términos de la Ley 30 de 1992, personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera; patrimonio independiente y capacidad para gobernarse...”, despejando todo asomo de duda respecto de su naturaleza jurídica, por lo tanto no era procedente que el Ministerio de Educación Nacional levantara este hallazgo fundamentándose en una norma que no cobijaba a la actora.

Es pertinente advertir que la propia jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido expresamente que el Decreto 128 de 1976, no le es aplicable a las universidades públicas, ya que su naturaleza jurídica es totalmente distinta de las entidades alcanzadas por el ámbito de aplicación de dicha normativa.

En efecto, en sentencia de 4 de diciembre de 2014, la Sección Quinta de esta Corporación señaló:

“Resulta evidente que los miembros que hagan parte del Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía no son destinatarios del Decreto 128 de 1976 pues la naturaleza jurídica de dicha institución educativa no tiene el carácter de Establecimiento Público, ni de Empresa Industrial o Comercial del Estado y tampoco se trata de una Sociedad de Economía Mixta, razón por la cual el régimen de inhabilidad allí contenido no puede ser aplicado al caso del demandado. Situación que obliga a negar el cargo formulado por la parte actora.

Aclara la Sala que no hay lugar a realizar la integración normativa que requiere el demandante con el contenido del artículo 67 de la Ley 30 de 1992 pues, como bien lo señala en sus alegaciones, dicho precepto alude “a los integrantes de los Consejos Superiores de los Consejos Directivos y al Rector de las Universidades Públicas o Estatales, como la Universidad de la Amazonía”. Mientras que el citado decreto, nuevamente se repite, se dirige “...a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta...” y no a miembros de Consejos Superiores Universitarios.”^[30] (Negrillas fuera del texto original)

Por su parte, la Sección Segunda de esta Corporación, en caso similar, en el que a pesar de que no se trataba de una Universidad Oficial sino de Empresa Social del Estado, también hizo un estudio sobre el ámbito de aplicación del Decreto 128 de 1976, en el que concluyó:

“No obstante, que el Legislador reprocha la vulneración del régimen de inhabilidades considerándola como falta gravísima y que, tanto el artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, son preexistentes a la conducta endilgada a la demandante; encuentra la Sala que la última de las disposiciones citadas que describe la supuesta inhabilidad en la que incurrió la accionante, no es aplicable expresa ni claramente a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las Empresas Sociales del Estado, si se tiene en cuenta que, el artículo 1 del Decreto 128 de 1976 señala que son destinatarios de ese cuerpo normativo, los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. En efecto, la disposición en cita prevé:



(...)

Téngase en cuenta que i) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 (que creó las E.S.E) las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o los Concejos, según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley, ii) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, éste tipo de empresas públicas se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicionen y iii) que, como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en consonancia con el artículo 1 de esa misma normatividad, no señala expresamente que el mismo se aplica a las Empresas Sociales del Estado (de hecho, cuando se expidió dicho Decreto, las E.S.E. no existían); no hay certeza sobre si, la infracción del artículo 10 de dicho Decreto, por parte de un miembro de una Junta Directiva de una E.S.E. constituye falta disciplinaria.”

Aunado a lo anterior, esta Sala Unitaria advierte que los hechos que fundamentaron este hallazgo, también sirvieron de sustento al Ministerio de Educación Nacional para imponerle una sanción pecuniaria al señor Benjamín Triana, representante de los egresados en el Consejo Superior Universitario, a través de las Resoluciones núms. 8691 de 10 de julio de 2013 y 13786 de 7 de octubre de 2013, las cuales fueron declaradas nulas por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el núm. 2014-00091, precisamente con el mismo argumento de la indebida aplicación del Decreto 128 de 1976 para las Universidades Oficiales^[31].

En cuanto al hallazgo núm. 4^[32], en el que el Ministerio de Educación Nacional advierte sobre la presunta inexistencia de un plan de mejoramiento para mitigar y contrarrestar el volumen de solicitudes elevadas a la Universidad, esta Sala Unitaria considera que tampoco constituye una irregularidad de tal relevancia que amenace la continuidad en la prestación del servicio o la calidad del mismo y que amerite la imposición de una medida preventiva, puesto que, como bien se extrae del trámite administrativo objeto de estudio, el Sistema Integrado de Gestión de la UNAD, se encuentra actualmente certificado con las normas de gestión ISO 9001 y NCT GP1000^[33], en las cuales se analizó a profundidad el tema de las PQRS^[34], lo que da seguridad sobre el cumplimiento de los estándares internacionales mínimos de calidad, sin perjuicio, obviamente, de los inconvenientes propios que se puedan presentar en toda estructura organizacional al momento de

gestionar la resolución de las peticiones, máxime si se trata de entidades que manejan un gran número de usuarios.

Además, es evidente que para la fecha de la expedición de la segunda Resolución, esto es, el 18 de marzo de 2016, ya la Universidad había tomado una serie de medidas para mejorar los tiempos de respuesta y disminuir el volumen de las PQRS, aclarando las razones técnicas y académicas por las cuáles se presentaba un gran número de peticiones, como por ejemplo, las solicitudes de recalificación, publicación de notas o apertura de cursos.

Frente al hallazgo núm. 6^[35], para la Sala denota una intromisión indebida en los asuntos propios de la Universidad por parte del Ministerio de Educación Nacional, en franco desconocimiento del principio de autonomía universitaria y auto-gobierno.

En efecto, en el referido hallazgo la entidad accionada, a pesar de reconocer expresamente que los directivos de la UNAD cumplen los requisitos establecidos en los manuales de funciones internos, la conmina y obliga a cambiarlos o ajustarlos, alegando que los perfiles señalados en los mismos no prevén un nivel de experiencia y estudio acorde a la naturaleza y dimensión de las responsabilidades de ese personal, lo que evidentemente toca con la autorregulación para consagrar los requisitos y perfiles mínimos que deben tener las personas que ocuparan dichos cargos, desconociéndose con ello el artículo 69 de la Carta Política que garantiza a las Universidades el derecho a darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos.

Si el Ministerio de Educación Nacional corroboró que las directivas de la UNAD cumplían los requisitos establecidos la Resolución núm. 405 de 9 de marzo de 2007 o Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales, no existía motivo alguno para levantar el presente hallazgo, pues este tipo de instituciones de educación superior tienen la prerrogativa constitucional de “darse sus propias directivas”. Cosa distinta hubiera sido si el ente de inspección constatará que las personas nombradas no cumplían las exigencias mínimas de los manuales internos de la Universidad.

Así mismo, cabe resaltar que el hecho de que el Ministerio de Educación Nacional no esté de acuerdo con lo establecido en el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de la UNAD, no le da la facultad para promover, via conminación o recomendación impositiva, la reforma

de un estatuto interno que solo le compete a la respectiva Universidad, como garantía de su autonomía, independencia y auto-gobierno, por lo tanto cualquier injerencia en esta materia, por mínima que parezca, constituye una conculcación flagrante del artículo 69 constitucional y a la esencia de la Ley 30 de 1992.

En lo que respecta al hallazgo núm. 9^[36], en el que el Ministerio de Educación Nacional sostuvo que en la sede de la Florida no se desarrollaba ninguna actividad académica o administrativa y no se encontraba integrada a la UNAD Colombia, del material probatorio allegado en el trámite administrativo y de lo establecido en el Acuerdo núm. 037 de 27 de julio de 2012 o Estatuto Organizacional de la UNAD, se extrae que dicha filial cuenta con más de diez programas académicos, entre ellos, cuatro maestrías y tres doctorados, un Centro de Investigación, cuatro grupos de investigación, se dictan cursos de bajo costo a la comunidad y existe un programa de extensión en formación de lengua extranjera.

Aunado a lo anterior, se evidencia que no existe la desintegración planteada por el Ministerio de Educación Nacional, ya que en el artículo 15 del Decreto 217 de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, expresamente se establece que la Seccional de Florida hace parte de la organización estructural de la UNAD.

En efecto, dicha norma señala:

“Artículo 15. Organización Seccional. La Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD- funcionará en el territorio nacional e internacional tomando como referencia geográfica ocho Seccionales, las que no constituyen por sí mismas dependencias administrativas, dentro de las cuales se articulará el proceso administrativo, académico y operativo de los Centros de Educación Abierta y a Distancia, CEAD, que operen en tales seccionales, así:

- a) Atlántico;
- b) Centro Oriente;
- c) Centro;



d) Centro Sur;

e) Sur;

f) Occidente;

g) Amazonia y Orinoquia;

h) National College Open and Distance, CNAD.” (Hoy UNAD – Florida) (Negrillas fuera del texto original).

En el Acuerdo núm. 037 de 27 de julio de 2012 o Estatuto Organizacional de la UNAD, se estableció que la Vicerrectoría de Relaciones Internacionales, tendría la función de “Consolidar y dirigir la operación de la UNAD Florida como herramienta educativa en los niveles de grado, postgrado y no formal para el ámbito Latinoamericano desde los Estados Unidos.”

Igualmente, el Acuerdo núm. 003 de 25 de febrero de 2015, estableció las políticas de internacionalización de la Universidad UNAD, la reglamentación de los convenios y la doble titulación, incluyendo los programas de la sede de la Florida y el Acuerdo núm. 020 de 26 de mayo de 2015^[37], expresamente reguló todo lo concerniente a la articulación académica entre dicha filial y la UNAD Colombia, lo que permite inferir que la Seccional ubicada en los Estados Unidos sí prestaba servicios educativos activamente y sí se encontraba debidamente integrada con la sede principal.

Es menester resaltar que los entes de control (Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República), en pronunciamientos que se traerán a colación más adelante, ya habían reconocido que la UNAD Florida no es un tercero que actúa con independencia de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD, sino que se trata de una Seccional de su propiedad que fue creada y estructurada bajo su arbitrio.

Lo anterior reafirma el argumento de que el Ministerio de Educación Nacional desconoció los estatutos de la Universidad UNAD y fundó las Resoluciones demandadas en situaciones que de ninguna manera ameritan la imposición de medidas preventivas, contradiciendo lo ordenado en el propio artículo 10º de la Ley 1740 de 2014.

Ahora, respecto del hallazgo núm. 10^[38], que hace alusión a unas presuntas irregularidades de la UNAD al remitir algunos recursos provenientes del Contrato Interadministrativo núm. 1063 de 2013 suscrito con el Departamento del Meta, a la sede de la Florida, esta Sala Unitaria considera que tampoco es constitutivo de irregularidad que amerite medida preventiva alguna por parte del Ministerio de Educación Nacional, pues no atiende a la realidades del funcionamiento de la Universidad y omite unos pronunciamientos de los entes de control, en los que se había concluido que las referidas transacciones no constituían ninguna irregularidad disciplinaria o fiscal.

En efecto, si la UNAD Florida se considera una seccional o sede de la Universidad UNAD, nada impide que ésta le pueda enviar recursos que permitan su funcionamiento, como es lógico.

Sobre este particular, cabe recordar que de conformidad con los documentos aportados por la parte actora, se pudo constatar que estos hechos, es decir, la destinación de recursos a la sede de la Florida, ya han sido objeto de investigación por parte de la Contraloría General de la República, que es el órgano de control por antonomasia encargado de la inspección de los recursos públicos, la cual concluyó^[39] que las transferencias a dicha sede eran necesarias para el cumplimiento de los propósitos académicos y administrativos de la misma.

A esa misma conclusión llegó la Procuraduría General de la Nación en fallo de responsabilidad disciplinaria de 2 de junio de 2015^[40], tramitado en contra del Rector y la Gerente Administrativa y Financiera de la UNAD, al señalar que la destinación de recursos a la sede de la Florida no comportaba hecho irregular alguno que ameritara una sanción disciplinaria para los referidos directivos que permitieron dichas transacciones financieras, por lo tanto no había justificación alguna para que el Ministerio de Educación Nacional levantara un hallazgo con fundamento en estas transacciones que son propias del ejercicio de la autorregulación y autonomía presupuestal universitaria.

Aunado a lo anterior, la UNAD informó y explicó que el diseño, implementación de contenidos y mantenimiento de la plataforma tecnológica utilizada para dar cumplimiento al objeto del contrato a que hizo alusión el Ministerio de Educación Nacional, fue desarrollado desde la UNAD Florida, lo que justificaba la contraprestación económica reprochada por el Ministerio de Educación Nacional.



Respecto del hallazgo núm. 12^[41], en el que el Ministerio de Educación Nacional advirtió que en la celebración de Convenios núms. 20 de 2014 y 21 de 2015, suscritos con la firma Robogruop T.E.K., la UNAD incumplió los requisitos establecidos en el artículo 26 del Acuerdo núm. 047 de 2012^[42] -Estatuto de Contratación de la UNAD- y los artículos 11^[43] y 14.1^[44] de la Resolución núm. 5973 de 2012 -Manual de Procesos y Procedimientos de Contratación-, esta Sala Unitaria considera que dichos convenios sí cumplieron las normas referidas, pues contaban con los estudios previos echados de menos por la entidad accionada, incluyendo, los estudios de mercado, tal y como se demuestra en los documentos aportados en el anexo 75.

En el referido anexo obra una copiosa documentación que corrobora la existencia de la totalidad de los estudios previos de ambos convenios, que es a lo que se refieren las normas supuestamente incumplidas, lo que prueba que la irregularidad alegada por el Ministerio de Educación Nacional era absolutamente inexistente, por lo tanto este hallazgo no podía servir de fundamento para imponer las medidas preventivas del artículo 10º de la Ley 1740 de 2014, contenidas en las Resoluciones demandadas.

Por otra parte, el Ministerio de Educación Nacional también fundamentó este hallazgo en el supuesto incumplimiento de la UNAD de su obligación de solicitarle al contratista, esto es, Robogruop T.E.K., la constitución de una garantía, situación que desconoce abiertamente las normas propias de la Universidad, ya que el artículo 1º numeral 6 de la Resolución núm. 006345 de 2012, “Por la cual se definen los criterios para la celebración de convenios...”, expresamente establece que en los casos de “convenios de carácter internacional celebrados con otros Estados o con Organismos Internacionales” la UNAD podrá prescindir de la exigencia de la garantía y el cooperante podrá asegurar por otros mecanismos el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

En el caso de marras, los Convenios núms. 20 y 21 de 2015, inspeccionados por el Ministerio de Educación Nacional, se suscribieron en desarrollo de un Convenio Marco de Cooperación Internacional y Asistencia Técnica entre la UNAD y una entidad operativa del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Israel, tal y como se constata de los anexos 70, 71, 72, 73 y 74, por lo tanto era absolutamente potestativo de la Institución Educativa solicitar la garantía echada de menos por la accionada, lo que evidencia que la ausencia de la misma de ninguna manera constituía una irregularidad y mucho menos ameritaba la imposición de una medida preventiva.

No obstante la discrecionalidad explicada, de la sola lectura de la cláusula sexta de los Convenios núms. 20 y 21 de 2015, se advierte que la UNAD sí solicitó una garantía, al acordar:

“CLAUSULA 6- GARANTÍA: ROBOGROUP se compromete a entregar junto con los sistemas una garantía de funcionamiento y mantenimiento y las respectivas actualizaciones correspondientes.”

De lo expuesto se concluye que el Ministerio de Educación Nacional, al levantar este hallazgo, no solo desconoció abiertamente los estatutos de la Universidad sino que también conculcó el principio de autonomía universitaria y aplicó indebidamente del artículo 10º de la Ley 1740 de 2014.

En cuanto al hallazgo núm. 13^[45], en el que el Ministerio de Educación Nacional afirmó que el software de contabilidad utilizado por la Universidad UNAD, denominado “Datum Finanzas 2000”, no cuenta con una licencia de uso y que la información financiera se estaba gestionado en un programa distinto al referido, esta Sala Unitaria advierte que también es una apreciación carente de veracidad y fundamentación material, la cual no daba lugar a la imposición de medida preventiva alguna, ya que de conformidad con el Contrato núm. 1160 de 2001 (Convenio 536-649), suscrito entre la actora y la firma Datum Ingeniería Ltda., se estableció con claridad que la Institución Universitaria tenía el licenciamiento y la autorización de uso a perpetuidad de la referida aplicación.

En efecto, en el anexo núm. 78, contenido del “Contrato de suministro, adaptación e instalación de un Sistema de Información Financiero para la UNAD”, a pesar de la ilegibilidad en algunos de sus apartes, se puede observar que en el numeral 1 de la Cláusula Tercera, denominada “OBLIGACIONES DEL VENDEDOR”, la firma Datum Ingeniería Ltda., le otorgó a la Universidad UNAD el licenciamiento a perpetuidad del programa referido.

Cabe resaltar que el contrato mencionado fue debidamente aportado como prueba durante el trámite administrativo; sin embargo, el Ministerio de Educación Nacional no lo convalidó porque a su juicio era ilegible, argumento que de ninguna manera justificaba la imposición de las medidas preventivas contenidas en las Resoluciones demandadas, teniendo en cuenta que un simple requerimiento a la Entidad inspeccionada solicitándole la aclaración del documento, hubiera bastado para determinar que el uso del software estaba debidamente autorizado.

Igualmente, la entidad demandada para soportar el hallazgo señaló que la Universidad UNAD estaba utilizando un software diferente al Datum Finanzas 2000, empero no indicó cuál era la otra aplicación existente o en qué proporción era utilizada. En todo caso, este hallazgo tampoco constituye una amenaza o peligro real en la prestación o calidad del servicio educativo de la Institución inspeccionada que haga necesaria la imposición de las medidas preventivas contenidas en los actos administrativos controvertidos, lo que evidencia el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 10º de la Ley 1740 de 2014, como ya se dijo.

Respecto del hallazgo núm. 14^[46], que hace referencia a la presunta pérdida del 36% de la cartera de la Universidad UNAD, es menester advertir que se fundó en una interpretación errónea de las normas técnicas de contabilidad, ya que la provisión de cartera -que es de donde la actora presume que se extrae el porcentaje señalado, ya que en los actos administrativos no se determina su procedencia-, de ninguna manera puede ser considerada como una pérdida, sino como una suma teórica que previsiblemente no se recuperará, por lo tanto el monto no corresponde a una irregularidad propiamente dicha, sino a un amparo contable en caso de que no sea posible cobrar dicha cartera.

Además, se advierte que la Universidad durante el trámite administrativo le explicó claramente al Ministerio de Educación Nacional que ese 36%, equivalía a \$3.831.870.320, de los cuales el 84%, esto es, 3.211.385.549 corresponde a una deuda del Departamento de la Guajira, en virtud de la cual se inició un proceso judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que se encuentra en trámite^[47], lo que demuestra que la actora sí está implementando acciones para recuperar su cartera, contrario a lo afirmado por el Ministerio de Educación Nacional en los actos administrativos demandados, por lo tanto este hallazgo tampoco justificaba la imposición de medida preventiva alguna.

Teniendo en cuenta el amplio y profundo recuento hecho en líneas anteriores, es evidente que el Ministerio de Educación Nacional al expedir los actos administrativos demandados, aplicó indebidamente el artículo 10º de la Ley 1740 de 2017, al no constatar que las irregularidades encontradas fueran de tal entidad que realmente amenazaran la continuidad de la prestación del servicio educativo de la UNAD o la calidad académica de sus programas o las rentas o recursos que esta manejaba.

Si bien el Ministerio de Educación Nacional se encuentra facultado para imponer medidas preventivas a las Instituciones de Educación Superior, éstas únicamente proceden cuando exista una situación de tal envergadura que amenace la continuidad de la prestación del servicio o afecte de forma evidente la calidad del mismo, como bien lo establece el propio artículo 10º ibídem, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de socavar el principio constitucional de autonomía universitaria, con imposiciones de índole estructural, por cuestiones que pueden ser subsanadas con solicitudes de aclaración, como en efecto ocurre en el caso de marras.

Finalmente, se advierte que si bien la actora, en principio, no cumplió con la carga procesal de probar los perjuicios, tal y como lo señala el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, esta Sala Unitaria recuerda que el presente medio de control inicialmente se instauró como de simple nulidad, para el cual no se estableció dicha exigencia probatoria y fue el Despacho el que adecuó el trámite de la demanda al de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo tanto, en este caso particular, no es pertinente reclamar el incumplimiento del requisito señalado.

Por lo demás, resulta evidente el perjuicio que se puede irrogar con la expedición de Resoluciones demandadas, pues a la UNAD se le está coartando su autonomía universitaria y de no darse un pronunciamiento que suspenda provisionalmente las mismas, estaría obligada a cambiar sus estatutos, manuales y demás normas internas a las que hizo alusión el Ministerio de Educación Nacional, con las repercusiones propias que una actuación de esta magnitud implican para el desarrollo de las actividades diarias de una Institución Educativa Superior.

Son precisamente tales repercusiones las que obligan a esta Sala Unitaria a acceder a la solicitud cautelar objeto del presente pronunciamiento previo de legalidad, en aras de garantizar la protección de los principios de autonomía universitaria y auto-gobierno.

Por las anteriores razones la Sala Unitaria decretará la medida cautelar solicitada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,



RESUELVE:

PRIMERO: DECRÉTASE la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones núms. 12010 de 3 de agosto de 2015 “Por la cual se adoptan medidas preventivas para la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD” y 05156 de 18 de marzo de 2016 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 12010 de 3 de agosto de 2015”, expedidas por el Ministerio de Educación Nacional.

SEGUNDO: Tiénese a la doctora María Isabel Hernández Pabón como apoderada del Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con el poder y demás documentos visibles a folios 159 a 162 del cuaderno de medida cautelar.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Consejera



[1] La participación del señor Benjamín Triana en el Consejo Superior de la UNAD y la transferencia de algunos recursos a la sede de la Florida.

[2] “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 12010 de 3 de agosto de 2015...”

[3] Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

[4] Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

[5] Artículo 230 del C.P.A.C.A.

[6] Artículo 229 del C.P.A.C.A.

[7] Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[8] Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó:

«(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:

(...)

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: “Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”»

[9] El artículo 230 del C.P.A.C.A. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, «una o varias de las siguientes» cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta «vulnerante o amenazante», cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

[10] Providencia citada ut supra, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[11] Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva.” (Resaltado es del texto).

[12] Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: «Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.

La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia».(Negrillas fuera del texto).

[13] Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

[14] “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 12010 de 3 de agosto de 2015...”.

[15] Derogado por el art. 25, Ley 1740 de 2014.

[16] Segundo del Capítulo denominado “Contratación”.

[17] Tercero del Capítulo denominado “Aspectos financieros”.

[18] Único del Capítulo denominado “Rectoría”.

[19] Primero del Capítulo denominado “Bienestar Universitario”.

[20] Segundo del Capítulo denominado “Bienestar Universitario”.



[21] Tercero del Capítulo denominado "Aspectos financieros".

[22] Quinto del Capítulo denominado "Aspectos financieros".

[23] Sexto del Capítulo denominado "Aspectos financieros".

[24] Primero del Capítulo denominado "Consejo Superior Universitario y Consejo Académico".

[25] Anexo 5. Acuerdo núm. 10 de 25 de junio de 201, expedido por el Consejo Superior Universitario de la UNAD "Por el cual se adopta el Reglamento Interno...".

[26] Segundo del Capítulo denominado "Consejo Superior Universitario y Consejo Académico".

[27] Tercero del capítulo "Consejo Superior Universitario y Consejo Académico".

[28] Artículo 10º.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. 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 aquélla pertenece.

[29] Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculado al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

Modificado por el art. 1, Ley 647 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley .

Parágrafo Las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente ley deberán organizarse como establecimientos públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

Parágrafo. Adicionado por el art. 2, Ley 647 de 2001, así: El sistema propio de seguridad social en salud de que trata este artículo, se regirá por las siguientes reglas básicas:

a) Organización, dirección y funcionamiento. Será organizado por la Universidad como una dependencia especializada de la misma, con la estructura de dirección y funcionamiento que igualmente se establezca para el efecto. Sin embargo, las universidades podrán abstenerse de organizarlo, para que sus servidores administrativos y docentes y sus pensionados o jubilados elijan libremente su afiliación a las entidades promotoras de salud previstas por la Ley 100 de 1993;

b) Administración y financiamiento. El sistema se administrará por la propia Universidad que lo organice y se financiará con las cotizaciones que se establezcan en los términos y dentro de los límites máximos previstos en el inciso 1o. del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. El sistema podrá prestar directamente servicios de salud y/o contratarlos con otras instituciones prestadoras de servicios de salud;

c) Afiliados. Únicamente podrá tener como afiliados a los miembros del personal académico, a los empleados y trabajadores, y a los pensionados y jubilados de la respectiva Universidad. Se garantizará el principio de libre afiliación y la afiliación se considerará equivalente para los fines del tránsito del sistema general de la Ley 100 de 1993 al sistema propio de las universidades o viceversa, sin que sean permitidas afiliaciones simultáneas;

d) Beneficiarios y plan de beneficios. Se tendrán en cuenta los contenidos esenciales previstos en el Capítulo III de la Ley 100 de 1993;

e) Aporte de solidaridad. Los sistemas efectuarán el aporte de solidaridad de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.

[30] Expediente 11001-03-28-000-2014-00006-00. Magistrada Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

[31] La sentencia del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, que decretó la nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se sancionó al señor Benjamín Triana, con fundamento en los mismos hechos aludidos en el hallazgo núm. 3 del Consejo Superior Universitario, fue proferida el 9 de octubre de 2015, es decir, con anterioridad a la expedición de la Resolución núm. 05156 de 18 de marzo de 2016 que resolvió el recurso de reposición contra las medidas preventivas impuestas a la UNAD, por lo que se infiere que el Ministerio ya tenía conocimiento de la decisión judicial, máxime si se tiene en cuenta que era la parte demandada en dicho proceso.

[32] Único del Capítulo de “Sistema de Peticiones, Quejas y Reclamos – PQRS”.

[33] Anexo 17.

[34] Peticiones, Quejas y Reclamos.

[35] Único en el área o capítulo denominado “Talento Humano”.

[36] Único del Capítulo “UNAD Florida”.

[37] “Por el cual se definen las condiciones para la articulación académica de los programas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD y UNAD Florida.”

[38] Primero del capítulo denominado “Contratación”.

[39] Auto núm. 174 de 8 de marzo de 2016. (Anexo núm. 106)

[40] Radicación en la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública IUS 2014-337713 – IUC-D-2015-792724552. (Anexo núm. 57)

[41] Tercero del capítulo denominado “Contratación”.

[42] Artículo 26. Garantías. Para los contratos que superen los cien (100) SMLMV, la UNAD solicitará al contratista la constitución de pólizas que respalden el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de las partes. Las garantías podrán estipularse como pólizas de seguros o garantías bancarias expedidas por compañías de seguro o entidades bancarias...

[43] Artículo 11. Estudios Previos. Los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos que sirvan de soporte para la elaboración de los términos de referencia definitivos y posteriores para la elaboración del respectivo contrato. Los estudios previos determinan el alcance de lo requerido por la Universidad.

Estos estudios contendrán como mínimo la siguiente información:

a. Justificación. La justificación corresponde a la explicación de la importancia de realizar la contratación; igualmente permite identificar los beneficios que se obtendrán al resolver la problemática que se plantea por medio de la contratación del bien, servicio y obra. De ser necesario, a la justificación se le anexará la ficha técnica de los bienes y servicios, la ficha económica y el estudio de mercado.

b. Conveniencia: El estudio de conveniencia es aquel por medio del cual se estipula la utilidad y la necesidad de la contratación que se pretende adelantar y prevé el beneficio de la adquisición de este bien o servicio.



c. Factibilidad: El estudio de factibilidad será aquel que define la disponibilidad de los recursos necesarios para cumplir con los objetivos o metas trazados y para los cuales se pretende hacer la contratación.

El estudio incluye los objetivos, alcances y restricciones sobre el bien o servicio que se pretende contratar.

Los tipos de factibilidades básicamente son:

- Factibilidad técnica: Si existe o está al alcance la tecnología necesaria para desarrollar el objeto contractual.
- Factibilidad económica: Relación costo – beneficio.
- Factibilidad operacional u organizacional: Si el objeto a contratar puede funcionar en la institución.

[44] Artículo 14.1. Contratación directa. Para los casos de contratación directa definidos en el artículo 20 del Acuerdo No. 0047 del 13 de septiembre de 2012, las unidades interesadas en cabeza de sus líderes, es decir, Rector, Vicerrectores, Gerentes, Jefes de Oficina, Coordinadores, Directores de CEAD deberán enviar la siguiente información o documentación:

a. Estudios previos que contemplen el análisis de conveniencia y factibilidad, así como la justificación del contrato a celebrar.

b. Términos de referencia en donde se haga una descripción sucinta de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación, así como la descripción detallada del objeto a contratar, las condiciones técnicas exigidas y el valor del contrato.

c. Certificado de disponibilidad presupuestal.

Con la anterior información la unidad correspondiente proyectará la minuta del contrato, la cual deberá ser suscrita por el ordenador del gasto y por el contratista.

Una vez esté el contrato perfeccionado, la Universidad procederá a la expedición del correspondiente Certificado de Registro Presupuestal.

Para aquellos casos en los cuales no se necesaria, ni la expedición de garantías, ni la suscripción del acta de inicio, se entenderá perfeccionado y legalizado el contrato con la suscripción de las partes.

Para los contratos que requieran la expedición de garantías y/o la suscripción del acta de inicio, deberá cumplirse éste o estos requisitos para su legalización y ejecución.

[45] Primero del capítulo denominado “Aspectos Financieros”.

[46] Segundo del capítulo denominado “Aspectos financieros”.

[47] Anexo núm. 79.

