



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 2 de marzo de 2022

**Radicación:** 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631), acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
**Demandante:** Ana María Buitrago Escobar  
**Demandada:** Nación - Ministerio de Educación Nacional  
**Referencia:** nulidad simple

*Temas: nulidad simple – nulidad por inconstitucionalidad – adecuación del medio de control.*

*Síntesis del caso: la demandante solicitó la declaratoria de nulidad de algunos artículos del Decreto 1851 de 2015, por considerar que violaban el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 y la Constitución Política.*

Decide la Sala, en única instancia, las demandas de nulidad interpuestas en contra de algunos apartados de los artículos 2.3.1.3.2.17, 2.3.1.3.3.3, 2.3.1.3.3.6 y 2.3.2.3.3.8 del Decreto 1851 de 2015, “por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas y se subroga un capítulo del Decreto 1075 de 2015”, expedido por el Ministerio de Educación Nacional<sup>1</sup>.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

## 1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Las demandas y el concepto de la violación – 1.2. Trámite del proceso

### 1.1. Las demandas y el concepto de la violación

1. El 9 de octubre de 2015 Ana María Buitrago Escobar presentó dos **demandas**, en ejercicio de los medios de control de “**nulidad por ilegalidad**” y de “**nulidad por inconstitucionalidad**”<sup>2</sup>, en contra de algunos artículos del

---

<sup>1</sup> El Consejo de Estado es **competente** para conocer, en única instancia, de los asuntos en los que se debata la nulidad de actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 137 y el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

<sup>2</sup> Mediante el Auto de 12 de enero de 2016 se admitió esta demanda, “bajo el entendido de que el medio de control ejercido e[ra] el de nulidad” y no el de nulidad por inconstitucionalidad, pues las pretensiones se dirigieron en contra de un acto de naturaleza reglamentaria y no de una norma general que desarrollara la Constitución, “pero que no tiene fuerza de ley -entiéndase los reglamentos autónomos, también llamados independientes o constitucionales”.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

---

Decreto 1851 de 2015, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones (se transcribe):

**Expediente 55631**

"1. Que se DECLARE que el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.2.17 del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario al artículo 27 de la Ley 715 de 2001.

1.1. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare su nulidad.

2. Que se DECLARE que el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.3 del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario al artículo 27 de la Ley 715 de 2001.

2.1. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare su nulidad.

3. Que se DECLARE que el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.6 del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario al artículo 27 de la Ley 715 de 2001.

3.1. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare su nulidad.

4. Que se DECLARE que el artículo 2.3.1.3.3.8 parcial del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario al artículo 27 de la Ley 715 de 2001.

4.1. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare su nulidad.

5. Todas las demás que los honorables magistrados encuentren procedentes".

**Expediente 55658**

"1. Que se DECLARE que el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.2.17 del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario al artículo 13 sobre el derecho a la igualdad, a los artículos 25 y 53 sobre el derecho al trabajo y a los artículos 6 y 12 sobre el principio de legalidad de la función pública, todos artículos de la Constitución Política de 1991.

1.1. Que como consecuencia de la anterior declaración se DECLARE su nulidad.

2. Que se DECLARE que el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.3 del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario a los artículos 38 sobre derecho de asociación y 333 sobre libertad de empresa, todos artículos de la Constitución Política de 1991.

2.1. Que como consecuencia de la anterior declaración se DECLARE su nulidad.

3. Que se DECLARE que el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.6 del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario a los artículos 38 sobre derecho de asociación y 333 sobre libertad de empresa, todos artículos de la Constitución Política de 1991.

3.1. Que como consecuencia de la anterior declaración se DECLARE su nulidad.

4. Que se DECLARE que el artículo 2.3.1.3.3.8 parcial del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 es contrario al artículo 333 de la Constitución Política de Colombia sobre libertad de empresa.

4.1. Que como consecuencia de la anterior declaración se DECLARE su nulidad.

5. Que se DECLARE que el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.2.17, el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.3, el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.6 y el artículo 2.3.1.3.3.8 parcial, todas estas normas del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 son contrarias al principio de reserva material de ley previsto en los artículos 150-189-11 de la Constitución Política.

5.1. Que como consecuencia de la anterior declaración se DECLARE su nulidad.

6. Todas las demás que los honorables magistrados encuentren procedentes".

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

---

2. Como concepto de la violación, en las **demandas**<sup>3</sup>, la parte actora sostuvo:

3. 1) El acto acusado es ilegal porque excede el marco reglamentario previsto en la ley, pues estableció reglas que no se derivan del contenido del artículo 27 de la Ley 715 de 2001, comoquiera que esta ley solo dispuso dos requisitos para contratar la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro: i) que se trate de entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares, ii) que cuenten con reconocida trayectoria e idoneidad.

4. 2) Para la actora, la norma no estableció requisitos adicionales, como la prohibición de contratar personal que trabaje simultáneamente en la entidad territorial en la que operará la institución educativa no oficial que desea participar en el banco de oferentes.

5. 3) En el expediente 55658, en el que se presentó la demanda de nulidad por inconstitucionalidad, la demandante agregó que los artículos impugnados son nulos, además, porque violan el derecho constitucional al trabajo, a la igualdad, el principio de "*legalidad de la función pública*", el derecho de asociación y de libertad de empresa (artículos 6, 13, 25, 38, 53, 122 y 333 de la Constitución Nacional).

6. 4) Para la actora "*si un docente oficial, como servidor público de una entidad territorial que se encuentre certificada en materia educativa, en sus horas libres, las que no afectan el desempeño de su función pública, quiere ejercer la noble labor docente en una institución educativa no oficial, que puede hacer parte del programa de ampliación de cobertura educativa, no lo puede hacer porque la norma que se acusa así lo prohíbe*", lo que constituye una violación del derecho al trabajo, además de "*una causal de incompatibilidad de la función pública para los docentes oficiales que no se encuentra establecida ni en la Constitución Política ni en la ley ni podía ser prevista en un decreto de esta naturaleza*", comoquiera que las causales de inhabilidades e incompatibilidades son competencia exclusiva de la Constitución y de la ley.

7. 5) Según la demanda, las disposiciones atacadas también vulneran el derecho a la igualdad porque establecen "*un trato diferenciado entre los docentes de instituciones educativas oficiales adscritos a la entidad territorial donde opera la institución educativa no oficial, respecto de los docentes de instituciones educativas oficiales de otras entidades territoriales [...] También se otorga un trato diferenciado entre los primeros y los docentes de instituciones educativas no oficiales que no hacen parte del programa de ampliación de cobertura educativa de la misma entidad territorial*".

---

<sup>3</sup> Folios 1-8 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55631 y Folios 1-21 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55658.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

---

8. 6) Asimismo, vulneran el derecho de asociación, *“porque prohíben que dos personas jurídicas se asocien mediante contrato de administración para la inclusión en el Banco de Oferentes y para la prestación de una propuesta que les permita la asignación de cupos dentro del programa de ampliación de cobertura educativa”*.

9. 7) Las disposiciones acusadas vulneran, también, la libertad de empresa porque, al tiempo que las restricciones a la referida libertad deben estar establecidas en la ley y no en un decreto, impiden que los pequeños empresarios, *“a quienes les hace falta un requisito para participar del Banco de oferentes se asocien mediante cualquiera de las formas previstas en la ley”*. Asimismo, violan la libertad de empresa pues, dado que el banco de oferentes tiene una vigencia de 3 años, quienes no clasifiquen en la primera convocatoria deban esperar 3 años más, tiempo que, para la demandante, le permitía al resto de oferentes perpetuar su posición dominante en el mercado.

10. 8) Finalmente, la parte actora indicó que las disposiciones atacadas violan el principio de reserva de ley en materia de contratación estatal, pues es al Congreso de la República a quien le corresponde expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

## 1.2. Trámite del proceso

11. En el expediente 55631, el Ministerio de Educación Nacional **contestó la demanda**<sup>4</sup> y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indicó que la única finalidad del Decreto 1851 de 2015 era garantizar la calidad de la educación. En ese sentido, debía tenerse en cuenta que el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 (modificado y adicionado por el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009) dispuso que los departamentos, distritos y municipios certificados debían prestar el servicio público de educación a través del Sistema Educativo Oficial (SEO), y que, solamente, cuando se demostrara insuficiencia o limitaciones de las instituciones educativas del SEO, podía contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro estatales o entidades educativas particulares.

12. Según la entidad, comoquiera que el Decreto 1075 de 2015 estableció una jornada laboral de 8 horas para los docentes estatales, *“la idoneidad de la entidad educativa que contrate con una entidad territorial la prestación del servicio educativo quedará en vilo si un docente que labora al servicio de la entidad territorial en una jornada de ocho horas diarias pretende trabajar la misma jornada de ocho horas en la entidad educativa contratista”*.

---

<sup>4</sup> Folios 25-43 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55631.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

---

13. En relación con los reproches sobre el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.3 y el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.6, sostuvo que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 715 de 2001, todas las entidades dedicadas a la prestación de servicios de educación debían contar con una licencia de funcionamiento, *“autorización de la secretaría de educación de la entidad territorial para la apertura y operación de un establecimiento educativo privado, la cual se expide a nombre del propietario”*. Por ello, si la licencia es una exigencia legal, no se entiende cómo los artículos demandados serían violatorios de la ley cuando señalan que el contrato debía suscribirse con el propietario del establecimiento educativo. Agregó que no era cierto que las normas demandadas trasgredieran el derecho de asociación, ya que el dueño del establecimiento educativo sí podía asociarse, simplemente que el contrato *“sólo podrá suscribir[se] con el titular de la licencia de funcionamiento, que es el dueño del establecimiento educativo”*.

14. Frente al banco de oferentes y a su vigencia, sostuvo que la lista allí contenida correspondía a establecimientos educativos no oficiales que contaran con las condiciones técnicas, pedagógicas, administrativas y de infraestructura necesarias para la prestación del servicio educativo, *“sin que ello signifique la obligatoriedad de contratar con dichas instituciones ya que la entidad territorial deberá continuar desarrollando la selección objetiva de su contratista”*. Según indicó, si bien el instrumento le permite al Estado contar con instituciones educativas que están en la capacidad de prestar el servicio, de conformidad con la normativa vigente; estar habilitado en el banco de oferentes no crea un derecho a ser contratado por la entidad territorial.

15. Agregó que los 3 años de vigencia permiten que el banco de oferentes refleje, por un tiempo determinado, el cumplimiento de los requisitos de idoneidad de los establecimientos a disposición que estén en la capacidad de prestar el servicio, pero que, a su vencimiento, estos requisitos deberán ser nuevamente evaluados.

16. La entidad solicitó la acumulación de procesos con el expediente 2015-00159-00, en una demanda presentada por la misma actora, y que había sido admitida bajo el entendido de que se trataba de una nulidad y no de una nulidad por inconstitucionalidad.

17. Mediante el Auto de 31 de agosto de 2016 se aceptó la solicitud de **coadyuvancia** presentada por el jefe de la unidad de acciones públicas de la Universidad Libre de Cali<sup>5</sup>. En la respectiva intervención afirmó que la expedición del Decreto demandado *“implicó inhabilitar, solo en Cali, 65 instituciones privadas”*. Agregó (aunque no sustentó estos cargos) que un grupo importante de niños perdió el suministro de alimentación escolar y que

---

<sup>5</sup> Folio 51 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55631.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

---

la norma demandada los obligaba “a desplazarse a otras territorialidades”, lo que, en su entender, sería violatorio del derecho a la libre circulación.

18. En el expediente **55658**, el Ministerio de Educación Nacional **contestó la demanda**<sup>6</sup> y se opuso, de igual manera, a la prosperidad de las pretensiones. Reprodujo algunas de las consideraciones expuestas en la contestación de la demanda del expediente 55631 y añadió que no se trasgredía el principio de legalidad de la función pública porque, a diferencia del entendimiento de la demandante, no se había creado una incompatibilidad aplicable a los docentes, pues al docente no se le prohibía la coexistencia de actividades, toda vez que podían ejercer su labor en otro establecimiento educativo diferente a la entidad territorial contratante, “*si sus obligaciones como empleado público y su jornada laboral se lo permit[ían]*”.

19. La entidad afirmó que tampoco existía un tratamiento desigual, pues no se estableció ningún criterio diferencial entre docentes, sino una regla de aplicación general para todos ellos.

20. Finalmente, frente al cargo de violación de la reserva de ley en materia de contratación estatal, recordó que fue el legislador quien autorizó la celebración de contratos para la prestación del servicio de educación en situaciones de insuficiencia o limitaciones del SEO, pero no llegó a desarrollar los pormenores para la celebración y ejecución de los contratos, lo que hacía necesario desarrollarlos en el decreto reglamentario, el cual, no creaba un estatuto de contratación, sino que, por el contrario, reconocía su existencia y aplicación.

21. Mediante el Auto de 10 de febrero de 2017 se **negó la solicitud de suspensión provisional** (formulada por la parte actora en el expediente 55658), tras considerar que el reglamento podía establecer condiciones para que las entidades territoriales contrataran la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, y que no se advertía una contradicción de las exigencias establecidas en el acto demandado con las normas superiores<sup>7</sup>.

22. Por Auto de 4 de octubre de 2017 se dispuso la **acumulación de procesos**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 148 de CPACA, pues se trataba de dos procesos que se tramitaban en única instancia, bajo el mismo procedimiento, que estaban basados en las mismas pretensiones y cuya entidad demandada era la misma<sup>8</sup>.

23. En atención a que en el proceso se discute un asunto de puro derecho, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 13.1 del Decreto 806 de 2020,

---

<sup>6</sup> Folios 48-73 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55658.

<sup>7</sup> Folios 60-70 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55658.

<sup>8</sup> Folios 69-72 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55631.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
 acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
 Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
 Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
 Referencia: nulidad simple  
 Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

mediante el Auto de 26 de marzo de 2021 se prescindió de la audiencia inicial y se les concedió a las partes 10 días para presentar los alegatos de conclusión<sup>9</sup>.

24. La parte demandada presentó sus **alegatos de conclusión**<sup>10</sup>, en los que replicó los argumentos expuestos en las contestaciones de las demandas. El **Ministerio Público**, por su parte, solicitó negar las pretensiones de la demanda<sup>11</sup>, habida cuenta de que no existía falta de competencia para la adopción de las normas demandadas, ni estas violaban la ley, pues estaban conformes con el artículo 27 de la Ley 715 de 2001.

## 2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo

### 2.1. Análisis sustantivo

25. En consideración a los cargos de la demandante y a los conceptos de violación, la Sala declarará la nulidad del numeral 2 del artículo 2.3.1.3.2.17 y negará las demás pretensiones de nulidad de los artículos demandados, pues no están configurados los vicios aducidos por la demandante.

26. El análisis comparado de los artículos demandados y de las normas violadas facilita la comprensión de las anteriores conclusiones:

<u>Disposiciones acusadas</u>	<u>Norma invocada como violada</u>
<b>Decreto 1851 de 2015</b>	<b>Ley 715 de 2001, artículo 27</b> (modificado por la Ley 1294 de 2009)
<p><b>Artículo 2.3.1.3.2.17. Obligaciones generales para el contratista.</b> Las entidades territoriales certificadas deben asegurar que en la ejecución de los contratos para la prestación del servicio educativo, el contratista cumpla las siguientes obligaciones: [...]</p> <p><b>2. Que el contratista no vincule docentes, directivos docentes o personal administrativo de la planta de la entidad territorial para la ejecución del contrato.</b></p>	<p>Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.</p> <p>Solamente en donde se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores, que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales. El valor de la</p>
<p><b>Artículo 2.3.1.3.3.3. Reglas del contrato.</b> El contrato de prestación del servicio educativo se regirá por lo previsto en el Estatuto General de Contratación Pública y en este capítulo, y en particular por las siguientes reglas:</p>	

<sup>9</sup> Folios 75 del cuaderno del Consejo de Estado, exp. 55631.

<sup>10</sup> Samai, índice 37.

<sup>11</sup> Samai, índice 41.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
 acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
 Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
 Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
 Referencia: nulidad simple  
 Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

<p><b>1. Se suscribirán únicamente con las personas jurídicas propietarias de los establecimientos educativos habilitados en el Banco de Oferentes de la entidad territorial certificada.</b></p>	<p>prestación del servicio financiado con recursos del sistema general de participaciones no puede ser superior a la asignación por estudiante, definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.</p>
<p><b>Artículo 2.3.1.3.3.6. Requisitos para ser habilitado en el Banco de Oferentes.</b> Para ser habilitado en el Banco de Oferentes de cada entidad territorial, se deberán cumplir, como mínimo, los siguientes requisitos:</p> <p><b>1. Acreditar la propiedad del establecimiento educativo aportando la licencia de funcionamiento vigente, expedida por la entidad territorial certificada en los términos del artículo 2.3.2.1.2 del presente decreto, con jurisdicción en el lugar en donde se presenten las circunstancias de insuficiencia o limitación que motiven la contratación de la prestación del servicio educativo.</b></p>	<p>Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica.</p> <p>La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones.</p>
<p><b>Artículo 2.3.1.3.3.8. Vigencia del Banco de Oferentes.</b> El Banco de Oferentes tendrá una vigencia de tres (3) años. Una vez cumplido este término, si la entidad territorial certificada no ha superado las condiciones que generan la insuficiencia o las limitaciones, se conformará un nuevo Banco de Oferentes.</p>	<p>Cuando con cargo al Sistema General de Participaciones los municipios o distritos contraten la prestación del servicio educativo con entidades no estatales, el valor de la prestación del servicio financiado con estos recursos del sistema no podrá ser superior a la asignación por alumno definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.</p> <p>Cuando con cargo a recursos propios la prestación del servicio sea contratada con entidades no estatales, la entidad territorial deberá garantizar la atención de al menos el ciclo completo de estudiantes de educación básica.</p> <p>La Educación Misional Contratada y otras modalidades de educación que venían financiándose con recursos del Situado Fiscal, y las Participaciones de los Municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación se podrán continuar financiando con los recursos del Sistema General de Participaciones.</p>



Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

27. Para la Sala resulta esencial tener en cuenta que la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 27 de la Ley 715 de 2001<sup>12</sup>. En esa oportunidad, tras una demanda en la que se sostenía que la norma violaba el derecho al trabajo, de asociación, de libertad de empresa y la iniciativa privada, la Corte, como primera medida, recordó la doble dimensión constitucional de la educación, como un derecho -que califica de fundamental-, y como un servicio público que tiene una función social (artículo 67 de la Constitución).

28. Para la Corte Constitucional, *"la norma impugnada no vulnera la libertad de enseñanza, la libertad de empresa, ni el derecho al trabajo"*, porque la disposición referida no priva a los particulares de su derecho a fundar establecimientos educativos (previsto en el artículo 68 de la Constitución), *"derecho que se mantiene incólume, y sólo los priva de la posibilidad de contratación mencionada, que se justifica por la identidad de fines entre la prestación del servicio educativo por parte del Estado y su prestación por parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro"*. Agregó que *"la exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro de la contratación con las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo cuando se presentare insuficiencia en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial, es simplemente una regla sobre el ejercicio de las competencias administrativas a cargo de aquellas, previstas en el Art. 356 superior como presupuesto para la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones"*.

29. En efecto, como se desprende de la lectura del artículo 27 de la Ley 715 de 2011, el legislador autorizó, de manera excepcional, la contratación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares, solamente cuando *"se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial"*.

30. El requisito establecido por el legislador para contratar el servicio educativo en las referidas circunstancias excepcionales determina que las entidades deben ser de *"reconocida trayectoria e idoneidad"*. Para la demandante (en un cargo que resulta común a todos los artículos acusados), el legislador no estableció más requerimientos, por lo que los requisitos contenidos en los artículos demandados del Decreto 1851 de 2015 resultarían trasgresores de las normas superiores.

31. Al respecto se recuerda, de conformidad con lo señalado por esta Corporación en repetidas ocasiones (se transcribe):

*"el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede desconocer el marco general de la ley, pues su ejercicio sólo se justifica en la medida en que, para*

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2008.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

---

*proveer a la adecuada ejecución de ésta, se requiera precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados [...] Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”<sup>13</sup>.*

32. Según se advierte en la disposición legal reglamentada, los requisitos de “trayectoria e idoneidad” no fueron definidos ni desarrollados por el legislador, situación que resulta comprensible cuando se observa que, en atención a las especificidades del sector educativo, estos elementos son de naturaleza variable, por lo que, se insiste, “los pormenores necesarios para su correcta aplicación” debían ser concretados y delimitados por normas especiales. El Decreto Reglamentario debía entonces, dentro del marco general de la ley, precisar algunas de las circunstancias para materializar la intención del legislador.

33. Cuando se descende a los cargos formulados, se observa que una de las razones de nulidad presentadas por la demandante se concreta en la falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional para adoptar una disposición propia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, prohibición que tendría una reserva exclusiva para la Constitución y la ley, y que no atiende a las condiciones de idoneidad y trayectoria señaladas en el artículo 27 de la Ley 715 de 2001.

34. Al respecto se observa que el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.2.17 estableció, dentro de las obligaciones que deben verificar las entidades territoriales y que deben ser cumplidas por el contratista, la de asegurar que “no vincule docentes, directivos docentes o personal administrativo de la planta de la entidad territorial para la ejecución del contrato”. Aunque esta obligación está en cabeza del contratista que prestará el servicio educativo en las condiciones extraordinarias autorizadas por el legislador, en la práctica se constituye en una prohibición que recae sobre el personal administrativo y docente de la entidad territorial.

35. La entidad demandada justificó esta disposición (entre otros elementos) en la insuficiencia y limitaciones para la prestación del servicio educativo que debe exhibir la entidad territorial, y que debe tener en cuenta el “análisis de la planta de personal docente y directivo docente de la entidad territorial certificada”. No obstante, no puede pasarse por alto que la norma demandada constituye una manifiesta prohibición para que el personal

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de diciembre de 2013, exp. 41719.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

docente y administrativo, dentro de los límites legales y reglamentarios, y en cumplimiento de la jornada laboral mínima de 8 horas (Decreto 1075 de 2015), pueda adelantar actividades adicionales en aquellas instituciones que pretendan contratar la prestación del servicio educativo. Lo que, en todo caso, no es óbice para que los docentes y el personal administrativo atiendan todas las demás prohibiciones y limitaciones establecidas en las disposiciones que disciplinan su actuación.

36. La Corte Constitucional ha señalado, en varias oportunidades, que “el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley”. En esa misma ocasión, agregó que “el legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen”<sup>14</sup>.

37. En una oportunidad más reciente, la Corte Constitucional señaló (se transcribe):

*“Una serie importante de normas constitucionales establecieron directamente el régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades para determinados servidores públicos o para aquellas personas con las que tengan lazos de familiaridad; otras, por el contrario, confiaron en el legislador, la facultad para el diseño normativo de dichas restricciones, al considerar que se trata de materias que, al no haber sido establecidas por el texto superior, tienen reserva de ley<sup>15</sup> y una vez proferida la norma, se impone su interpretación restrictiva<sup>16</sup> [...] De manera general, la facultad de configuración normativa atribuida al legislador en materia de inhabilidades e incompatibilidades se funda en los artículos **123 de la Constitución Política**, al prever que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y en el **numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política**, que atribuye al legislador la facultad de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas. Por su parte, como se explicó anteriormente, en lo que concierne a la determinación del régimen de inhabilidades para la celebración de contratos con el Estado, se trata de un asunto que el **último inciso del artículo 150 de la Constitución Política** atribuyó al legislador, dentro de la facultad para expedir el Estatuto de Contratación Estatal. Estas normas, confieren a la ley, un fundamento amplio en lo relativo al establecimiento del régimen de inhabilidades, tanto para el ejercicio de funciones públicas, como para la celebración de contratos” (énfasis originales).*

38. La violación a la reserva de ley para el establecimiento de las señaladas prohibiciones se constituye en un vicio que afecta la competencia misma para la adopción de la disposición demandada (numeral 2 del artículo

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 2001.

<sup>15</sup> Cita original. “Siendo límite al ejercicio de derechos fundamentales y de libertades públicas, las circunstancias generadoras de inhabilidades deben estar señaladas en la ley, como también sus consecuencias”: Corte Constitucional, sentencia C-1016/12.

<sup>16</sup> Cita original “El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general insito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-415/94. Reiterado en C-147/98 y C-1372/00.

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

2.3.1.3.2.17), falta de competencia que resulta suficiente para declarar la nulidad del apartado demandado, sin que sea necesario avanzar en los demás cargos de nulidad esgrimidos frente a este mismo artículo.

39. Ahora, frente al resto de artículos demandados no se advierte ningún exceso en la potestad reglamentaria, ni la configuración de otro cargo de nulidad. Las exigencias establecidas en los otros 3 artículos demandados (2.3.1.3.3.3, 2.3.1.3.3.6 y 2.3.1.3.3.8) se limitan a determinar requisitos que materializan la intención del legislador, como ocurre con el establecimiento de un banco de oferentes, el cual, como lo concibe el propio Decreto 1851 de 2015, *“corresponde al listado de establecimientos educativos no oficiales de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación del servicio educativo, conformado por la entidad territorial como mecanismo para invitar, evaluar y habilitar a los posibles aspirantes a celebrar contratos para la prestación del servicio educativo”*.

40. A propósito de los cargos en contra de los artículos demandados, 2.3.1.3.3.3 y 2.3.1.3.3.8, que precisan la necesidad de que la contratación se haga con los establecimientos inscritos en el banco de oferentes y la vigencia del mismo banco, no se observa que se materialice ninguno de los reproches de la actora. Si se estudia el contenido del Decreto 1851 de 2015 en su conjunto, y no de manera aislada, se advierte que el mismo Decreto estableció (además de la vigencia de la inscripción) las reglas y las etapas para la conformación del banco de oferentes, los requisitos para ser habilitado, la experiencia e idoneidad de los aspirantes a ser habilitados, así como los criterios para la actualización del banco de oferentes (artículos 2.3.1.3.3.4 y siguientes).

41. Tal y como lo señala el artículo 2.3.1.3.3.8, sobre la vigencia del banco de oferentes, la vocación transitoria de los 3 años que estableció el decreto reglamentario, tiene como objetivo que la entidad territorial tenga un espacio prudencial para lograr superar las condiciones de insuficiencia y de limitación, tiempo durante el cual pueda contar con una lista de establecimientos educativos que atiendan la reconocida trayectoria e idoneidad exigida por la ley. El objetivo es tener a mano, previo una invitación y evaluación, a posibles aspirantes que, como lo señaló el Ministerio de Educación Nacional, cuenten con las condiciones técnicas, pedagógicas, administrativas y de infraestructura necesarios para celebrar contratos para la prestación del servicio educativo, sin que ello condicione la contratación, pues la entidad territorial debe, en todo caso, observar la selección objetiva de sus contratistas.

42. Que se establezcan requisitos para hacer parte de la lista del banco de oferentes (situación que, en los términos del propio Decreto, no genera ningún derecho a ser contratado por la entidad), como *“contar con un proyecto*

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

---

educativo institucional o un proyecto educativo comunitario aprobado por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada en la que se prestará el servicio educativo [o] Acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos de experiencia e idoneidad”, no puede ser entendido como una violación a la libertad de empresa, en especial, cuando se atienden las exigencias propias de la prestación de un servicio educativo de calidad.

43. No puede perderse de vista que todas aquellas personas que cumplan con los requisitos exigidos para integrar el banco de oferentes (condiciones que concretan la pretensión del legislador de contar con personas de reconocida “trayectoria e idoneidad”) pueden participar para ingresar e integrar la lista.

44. En relación con el numeral 1 del artículo 2.3.1.3.3.6, que trata sobre la acreditación de la propiedad del establecimiento educativo mediante una licencia del funcionario vigente, expedida por la entidad territorial certificada; tal y como lo señaló el Ministerio Público en su concepto, “se puede evidenciar que la acreditación de propiedad del establecimiento educativo no es más que la capacidad e idoneidad que se requiere para la prestación de este servicio. Por lo tanto, no es posible endilgar que esto vaya en contravía de lo dispuesto en la ley, pues es coherente con el sentir del legislador”.

45. De esta manera, en concordancia con los argumentos presentados por la entidad demandada, el que se deba acreditar la propiedad del establecimiento educativo (no de un bien inmueble) no es más que un requisito lógico, necesario y procedente para llegar a hacer parte de la lista de oferentes, requisito que, por demás, está establecido para todas las entidades dedicadas a la prestación de servicios de educación, sin excepción alguna, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 715 de 2001.

46. Finalmente, a pesar de que la demandante también basó las razones de la nulidad en la violación de otras disposiciones constitucionales (con todo y que la ausencia de razones para sustentar la nulidad en la trasgresión a la Constitución debería llevar a esta Sala a inhibirse de su estudio), no se advierte la manera en la que se estarían violando los artículos 6 y 122 de la Constitución, o el derecho de asociación y, menos aún, la orden del constituyente, dada al legislador, para establecer un estatuto general de la contratación pública.

47. Las falencias argumentativas de la actora frente a estos cargos no permiten evidenciar cómo, por un lado, las normas demandadas violarían la obligación de que todo empleo público tenga sus funciones detalladas en la ley o el reglamento (como tampoco el resto del contenido del artículo 122 constitucional, que trata, entre otros, de la obligación de prestar juramento antes de entrar a ejercer funciones), o el principio de legalidad de que trata el artículo 6 de la Constitución, ni tampoco cómo las normas demandadas

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00158-00 (55631),  
acumulado con 11001-03-26-000-2015-00159-00 (55658)  
Demandante: Ana María Buitrago Escobar  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional  
Referencia: nulidad simple  
Decisión: accede parcialmente a las pretensiones

serían violatorias del derecho de asociación, pues, sin duda, como lo sostuvo el Ministerio de Educación Nacional, el dueño del establecimiento podrá asociarse, solamente que el contrato se deberá "suscribir con el titular de la licencia de funcionamiento, que es el dueño del establecimiento educativo". Por otro lado, tampoco se evidencia en qué manera los artículos demandados pueden llegar a ser leídos como una violación a la obligación del legislador de establecer un estatuto general de contratación, ya que los artículos lejos están de poder ser entendidos como normas generales en materia contractual de la administración pública.

48. En este mismo sentido, no se advierte la manera en la que las normas demandadas puedan permitir el establecimiento de una posición de dominio o que afecten la libertad de empresa, pues estas consideraciones son propias de agentes económicos; mientras que la prestación del servicio educativo, en las condiciones extraordinarias autorizadas por la ley, está a carga de entidades sin ánimo de lucro, que no participan un mercado competido, sino que fueron autorizadas para prestar un servicio público de educación en entidades territoriales en las que se demuestre insuficiencia o limitaciones en el sistema educativo oficial.

### 3. DECISIÓN

49. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del numeral 2 del artículo 2.3.1.3.2.17 del Decreto 1851 de 2015, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos establecidos en la presente Sentencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las demás pretensiones de las demandas.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma electrónica  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
Salvamento de voto

Firma electrónica  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**

Firma electrónica  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**