**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Servicios educativos – Celebración**

La Ley 715 no dispone que el contrato de prestación de servicios educativos solo se pueda celebrar “con entidades sin ánimo de lucro” - como se afirma en la solicitud de suspensión provisional-, sino “con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares”, de manera que por este solo hecho su petición no puede prosperar, pues no se pueden comparar los cuatro artículos cuestionados contra esa lectura incompleta que hace de la ley.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Servicios educativos – Reglamentación – Limitación**

(…) análisis del artículo 84 de la Constitución Política, que prescribe que “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”. En este caso el reglamento no ha creado permisos, licencias ni requisitos para ejercer el derecho a prestar el servicio de educación; más bien las exigencias que establece el reglamento se refieren a las que un contratante le puede exigir a un contratista, sin invadir una esfera pública y un espacio de alcance general de la actividad económica.

**DERECHO AL TRABAJO – Concepto**

El derecho al trabajo –que inclusive es una obligación- consiste en la oportunidad que tienen las personas, por su sola condición humana, para desarrollar sus aptitudes físicas, síquicas e intelectuales al servicio de una labor, tarea o actividad productiva, de la cual usualmente derivan recursos económicos –remuneración- para asumir otros compromisos de la vida ordinaria.

**DERECHO AL TRABAJO – Límites – No es absoluto**

La oportunidad de trabajar no es absoluta, pues la ley establece requisitos especiales, por ejemplo, tener conocimientos específicos para ejercer determinadas actividades, tener cierta edad -mínima o máxima-, entre otras condiciones. No obstante, esas limitaciones son excepcionales frente al conjunto del derecho, porque la idea general que lo gobierna es que las personas que reúnan las condiciones legales puedan ejercer una actividad laboral productiva.

**DERECHO AL TRABAJO – Perspectiva absoluta**

Una perspectiva absoluta del derecho al trabajo conduce a creer que no se puede restringir, pero se acaba de mostrar que es incorrecta, pues, como sucede con casi todos los derechos fundamentales, tiene límites que se justifican por razones superiores al derecho fundamental aisladamente considerado. Tratándose del trabajo, se entiende, por ejemplo, que persona alguna lo puede invocar para laborar como médico si no adelantó los estudios universitarios correspondientes, porque la prevención de los daños al cuerpo, y en general el derecho a la vida y a la salud de las personas, justifica esta medida. (…) si la ley prohibiera trabajar a quienes tienen la aptitud física, síquica e intelectual necesaria para ejecutar una actividad específica, entonces se violará el derecho a trabajar en esa actividad, porque no cualquier justificación es constitucionalmente admisible para limitar este derecho.

**DERECHO AL TRABAJO – Limitaciones constitucionales y legales**

(…) no todas las restricciones justificadas al derecho al trabajo tienen como fundamento la constitución o la ley. Aunque se trata de la idea general que rige este derecho, la Ponente entiende que en los negocios jurídicos –civiles, comerciales o estatales- es constitucionalmente posible que las partes establezcan condiciones o requisitos para los trabajadores que una de ellas pondrá a disposición de la otra para ejecutar una actividad.

**CONTRATO DE DOCENTES – Instituciones privadas – Funcionarios de entidades territoriales**

En todas las circunscripciones territoriales donde se celebren los contratos docente alguno de la respectiva entidad puede contratar con las instituciones educativas privadas que hayan suscrito los contratos de cobertura educativa, así es que no hay entidades territoriales en las que sus docentes puedan contratar con las instituciones privadas, y, en estos términos, no se favorecen tratos diferentes para algunos docentes en detrimento de otros.

**CONTRATO DE DOCENTES – Afectación al derecho a la igualdad**

(…) si bien los funcionarios de la entidad territorial respetiva sí pueden contratar sus servicios con las instituciones educativas privadas que no hacen parte del plan de ampliación de cobertura educativa –es decir, instituciones privadas que no suscribieron contratos-, esto no significa, a priori, que se afecte negativamente el derecho a la igualdad, precisamente porque esta posibilidad rige para todos los funcionarios que se encuentren en esa situación, sin que se haya creado alguna distinción que justifique suspender la norma.

**INSTITUCIONES EDUCATIVAS PRIVADAS – Suscripción – Contratos con el Estado**

(…) la diferencia entre instituciones educativas privadas que suscriben contratos con el Estado e instituciones educativas privadas que no lo hacen, por ahora, parece un criterio aceptable de distinción para admitir la posibilidad de que los servidores públicos a cargo de la respectiva entidad territorial certificada en materia educativa no puedan vincularse con esos contratistas, pero sí con quienes no lo son, porque la posición en que se encuentran, sin duda, es diferente, y esto puede justificar el trato distinto que el reglamento les dicta.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00159-00(55658)**

**Actor: ANA MARÍA BUITRAGO ESCOBAR**

**Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD (Ley 1437 de 2011)**

Temas: CONTRATO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO – Entidades públicas certificadas – Celebración con instituciones educativas privadas – Derecho a la igualdad – Derecho de asociación – Libertad de empresa / BANCO DE OFERENTES – Requisitos de inscripción – Propiedad de establecimiento educativo / VINCULACIÓN DE DOCENTES OFICIALES – En instituciones educativas privadas – Derecho al trabajo - Derecho a la igualdad.

El Despacho se pronuncia sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional presentada al momento de radicarse la demanda de la referencia. Se adelanta que la petición se negará.

**ANTECEDENTES**

**1. Solicitud de suspensión provisional**

La demandante solicitó la medida cautelar de suspensión provisional de varias disposiciones del Decreto reglamentario 1851, expedido el 16 de septiembre 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”*. Los argumentos de la solicitud son los siguientes:

**1.1. Cargo común a todas las disposiciones demandadas**

Antes de identificar las normas, la solicitante de la medida cautelar formuló un cargo común contra las cuatro (4) disposición demandadas, pero a continuación aplicó este razonamiento a cada una. Explicó que el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 contiene una regla general que rige la actividad contractual del sector educativo[[1]](#footnote-1), y los decretos reglamentarios la deben observar.

Esta disposición estableció que los contratos que se celebren para prestar el servicio público de educación tendrán las siguientes condiciones: i) que se celebren con entidades sin ánimo de lucro y ii) que los contratistas tengan idoneidad y una trayectoria reconocida. Agregó que el reglamento no puede crear requisitos o condiciones adicionales a estas, como finalmente lo hizo el demandado, según pasa a explicarse -con lo cual, adicionalmente, se violó el artículo 84 de la CP-.

**1.2. Cargos específicos contra las disposiciones demandadas**

**a)** **Artículo 2.3.1.3.2.17., numeral 2:** Se trascribe la norma demandada, y se destaca la parte cuestionada:

*“Artículo 2.3.1.3.2.17. Obligaciones generales para el contratista. 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:*

*“1. Que el contratista no subcontrate la prestación del servicio público educativo contratado.*

*“****2. Que el contratista no vincule docentes, directivos docentes o personal administrativo de la planta de la entidad territorial para la ejecución del contrato.***

*“3. Que entregue oportunamente los bienes y demás servicios contenidos en la canasta educativa contratada.*

*“4. Que el contratista no vincule al personal para la ejecución del contrato mediante cooperativas de trabajo asociado o bolsas de empleo.*

*“5. Que el contratista no realice a la población atendida, cobros correspondientes a derechos académicos, servicios complementarios, por alguno de los componentes de la canasta educativa pactados en el contrato o por cualquier otro concepto, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 4 Capítulo 6, Título 1, de la Parte 3 del presente decreto.*

*“6. Que el contratista no impute al contrato estudiantes que no fueron relacionados en el listado de estudiantes cuya atención se contrató, a excepción de lo descrito en el inciso 3 del artículo 2.3.1.3.2.15. del presente decreto.*

*“7. Que el contratista inicie la ejecución del contrato contando previamente con el registro presupuestal, la constitución y aprobación de garantías, y la firma del acta de inicio.*

*“8. Que el contratista suministre la información requerida por la entidad contratante, relativa a la ejecución del contrato.*

*“9. Que el contratista permita la supervisión o interventoría al contrato.*

*“Parágrafo 1. Corresponde a la entidad territorial certificada verificar que las obligaciones anteriores sean debidamente incorporadas al contrato.*

*“Parágrafo 2. En virtud de sus facultades de entidad contratante, derivadas de la Leyes*[*80*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304#0)*de 1993 y*[*1474*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292#0)*de 2011, y en el marco de las competencias de inspección y vigilancia que le han sido delegadas, la entidad territorial certificada será responsable de iniciar las actuaciones administrativas correspondientes contra los contratistas que incumplan las obligaciones anteriormente descritas”.*

La solicitante de la medida cautelar pide que se suspenda el numeral dos, por las siguientes razones:

*i)* Porque la prohibición de vincular en la institución educativa privada del contratista a los “*docentes, directivos docentes o personal administrativo de la planta de la entidad territorial”* vulnera los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, pues el reglamento prohíbe que un docente público trabaje en su tiempo libre en una institución educativa no oficial que haga parte del programa de ampliación de cobertura educativa.

*ii)* Porque el reglamento viola los artículos 6 y 122 de la Constitución Política, pues la norma demandada creó una incompatibilidad que solo la ley puede establecer –se trata de una materia reservada a la ley-, que ahora la introdujo un reglamento.

*iii)* La norma demandada también viola el artículo 13 de la Constitución Política porque: a) la limitación que estableció para contratar a los “*docentes, directivos docentes o personal administrativo de la planta de la entidad territorial”* no rige para los “*docentes, directivos docentes o personal administrativo”* de otras entidades territoriales; y b) estos mismos funcionarios pueden contratar sus servicios con instituciones educativas privadas que no hagan parte del plan de ampliación de cobertura educativa.

Agregó que no hay razón para establecer este trato diferente, de conformidad con el *test* que aplica la Corte Constitucional cuando hace juicios de igualdad.

**b) Artículo 2.3.1.3.3.3., numeral 1, y artículo 2.3.1.3.3.6., numeral 1:** Se trascriben las dos normas, pero en negrilla se destaca lo cuestionada:

*“Artículo 2.3.1.3.3.3. Reglas del contrato. 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:*

*“****1. Se suscribirán únicamente con las personas jurídicas propietarias de los establecimientos educativos habilitados en el Banco de Oferentes de la entidad territorial certificada.***

*“2. Entre el personal administrativo, docente y directivo docente vinculado por el contratista y la entidad territorial certificada no existirá relación legal y reglamentaria alguna. Su régimen laboral se sujetará exclusivamente al derecho privado. Por ello, el contratista debe mantener indemne a la entidad territorial certificada de cualquier reclamación que realice el personal vinculado.*

*“3. La prestación del servicio educativo se realizará bajo la exclusiva responsabilidad del contratista, con sujeción a su PEI o PEC, y a lo que se prevea en el contrato.*

*“4. El contratista deberá prestar el servicio educativo en la infraestructura que haya sido evaluada para conformar el Banco de Oferentes”.*

*“Artículo 2.3.1.3.3.6. Requisitos para ser habilitado en el Banco de Oferentes. Para ser habilitado en el Banco de Oferentes de cada entidad territorial, se deberán cumplir, como mínimo, los siguientes requisitos:*

*“****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.***

*“2. El propietario debe ser una persona jurídica, lo cual será acreditado mediante el certificado de existencia y representación legal expedido por autoridad competente, con antelación no superior a un mes respecto de la fecha de cierre de la inscripción, en el que se demuestre que dentro de su objeto se contempla la prestación de servicios educativos en los niveles de educación preescolar, básica y media.*

*“Si se trata de una iglesia o confesión religiosa, se deberá demostrar su personería jurídica especial otorgada por el Ministerio del Interior, o en su defecto, personería jurídica de derecho público eclesiástico, expedida con base en la Ley*[*133*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=331#0)*de 1994 y las normas que la modifiquen, sustituyan o deroguen. Lo anterior también aplica a las congregaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones o asociaciones de ministros.*

*“3. No estar en régimen controlado en los términos consagrados en la Sección 4, Capítulo 2, Título 2, Parte 3 de este decreto.*

*“4. El establecimiento educativo donde se prestará el servicio deberá contar con código DANE y estar registrado en el Directorio Único de Establecimientos (DUE) del Ministerio de Educación Nacional.*

*“5. Para cada establecimiento educativo, acreditar la propiedad o disponibilidad del inmueble en el que se prestará el servicio educativo, a través del certificado de tradición y libertad, con fecha máxima de un mes de expedido respecto de la fecha de inscripción en el proceso de conformación o actualización del Banco de Oferentes. En caso de establecimientos educativos que funcionen en infraestructuras arrendadas o entregadas en comodato, se deberá acreditar el respectivo contrato, así como su vigencia.*

*“6. Contar con un PEI o PEC aprobado por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada en la que se prestará el servicio educativo, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 2.3.3.1.4.1. del presente decreto.*

*“7. Acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos de experiencia e idoneidad a que se refiere este capítulo y los establecidos en cada caso concreto por la entidad territorial certificada, de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional.*

*“8. Haber obtenido resultado favorable en la visita realizada por la entidad territorial certificada a la infraestructura física donde se prestará el servicio educativo. Este requisito se validará mediante acta o certificación de inspección expedida por la secretaría de educación de la entidad territorial correspondiente.*

*“Parágrafo 1°. Encontrarse habilitado en el Banco de Oferentes no genera el derecho a ser contratado por la entidad territorial.*

*“Parágrafo 2°. La entidad territorial certificada deberá garantizar los mecanismos para que los propietarios de los establecimientos educativos habilitados en el Banco de Oferentes, envíen anualmente la información requerida, con el fin de realizar el seguimiento al cumplimiento y mantenimiento de los requisitos de habilitación, de conformidad con los lineamientos que establezca el Ministerio de Educación Nacional.*

*“Parágrafo Transitorio. Podrán postularse con la infraestructura oficial por una única oportunidad, para ser habilitados dentro del Banco de Oferentes que se conforme en la vigencia 2015 con ocasión de la entrada en vigencia de este capítulo, las personas jurídicas que cumplan uno de los siguientes requisitos:*

*“1. Estar ejecutando actualmente un contrato de concesión del servicio educativo que finalice en las vigencias 2015 o 2016.*

*“2. Haber celebrado contratos de concesión del servicio educativo con la entidad territorial, que hayan finalizado en los años 2013 o 2014, y que a la entrada en vigencia del presente capítulo, se encuentren ejecutando un contrato de prestación del servicio educativo en infraestructura oficial.*

*“En caso de que las personas jurídicas señaladas en este parágrafo transitorio resulten habilitadas en el Banco de Oferentes, la entidad territorial certificada podrá suscribir con ellas contratos de prestación del servicio público educativo únicamente para la vigencia 2016, los cuales solo podrán ejecutarse en la infraestructura oficial que había sido postulada inicialmente por parte de estas personas jurídicas”.*

La solicitante de la medida cautelar formuló los mismos cargos de inconstitucionalidad contra las dos normas citadas, de modo que -en su criterio- se viola:

*i)* El artículo 38 de la Constitución Política, porque las normas cuestionadas exigen que la institución educativa privada, que aspire a prestar el servicio, debe “a*creditar la propiedad del establecimiento educativo”*, mientras que el derecho fundamental de asociación permite que las personas decidan asociarse o no para ejecutar un contrato. Por oposición a esta libertad, el reglamento impide que quien sea propietario de un establecimiento educativo privado se asocie con una persona que no sea propietaria –por ejemplo, mediante un contrato de administración, para integrar la lista del Banco de Oferentes-, pues el segundo sujeto no cumple la exigencia de esta norma.

*ii)* Se viola el artículo 333 de la Constitución Política, porque la posibilidad de limitar la libertad de empresa le corresponde establecerla a la ley, no a un reglamento, y esto sucede en el caso concreto, porque las dos normas restringen el derecho a concurrir en el mercado y a organizarse empresarialmente –sobre todo a las empresas más pequeñas, que ni siquiera se pueden unir (por ejemplo, mediante un contrato de asociación) para cumplir los requisitos de los que carezcan individualmente consideradas-.

*iii)* También se vulneran las dos normas constitucionales antes citadas porque el reglamento creó un monopolio, que favorece a quienes hoy tienen posición dominante.

**c) Artículo 2.3.1.3.3.8.:** Se trascribe la norma demandada, que se cuestionó integralmente:

*“Artículo 2.3.1.3.3.8. Vigencia del Banco de Oferentes. 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”.*

La solicitante de la medida cautelar asegura que esta norma hace que una persona que no forme parte del Banco de Oferentes tenga que esperar tres (3) años para ingresar, lo que provoca -de nuevo acudiendo al artículo 333 de la Constitución Política, que regula la libertad de empresa- que:

*i)* Se restrinja la libertad económica, cuando esto solo lo pude hacer la ley, no un decreto reglamentario.

*ii)* Se regule en forma *desproporcionada* la materia, porque los contratos tienen vigencia de un (1) año y la lista del Banco de Oferentes tres (3) años, lo que perpetúa la posición dominante de quienes contratan en ese lapso.

*iii)* Se desconoce la libertad de empresa, que garantiza concurrir al mercado para participar, mientras que la norma solo lo permite pasados tres (3) años, contados a partir de la vigencia del Banco de Oferentes.

**2. Intervención del demandado**

**2.1. Nación-Ministerio de Educación Nacional**

Al Ministerio de Educación, que representa a la Nación -como lo dice la ley procesal, y sobre todo como se definió en el auto admisorio de la demanda-, se le corrió traslado de la solicitud de medidas cautelares. No obstante, no intervino.

**2.2. Presidencia de la República**

A la Presidencia de la República también se le corrió traslado de la solicitud de medidas cautelares. Sin embargo, este órgano no representa a la Nación, como lo dice la ley procesal y como, además, también quedó definido en el auto admisorio de la demanda, en el cual, pese a habérsele demandado, no se le incluyó entre los sujetos contra los cuales se admitió la demanda.

Sin embargo, por error en el auto que corrió el traslado de la solicitud de la medida cautelar, también se ordenó notificárselo a la Presidencia de la República –ver decisiones primera y segunda, a fl. 47 del cdno. ppal.-, oportunidad de la cual hizo uso –fls. 50 a 53, cdno. ppal.-, pero con permanentes advertencias al Despacho sobre su exclusión del proceso, porque: i) la demanda no se admitió frente a ellos, y ii) porque la representación de la Nación la tienen los Ministerios y Departamentos Administrativos.

Frente al error indiscutible en que incurrió la providencia comentada, el Despacho concluye que, efectivamente, la Presidencia de la República no se vinculó al proceso de nulidad como demandada, de manera que su intervención se rechazará, con el fin de ajustar el trámite procesal a lo decidido en el auto admisorio.

**CONSIDERACIONES**

**1. Advertencia previa sobre la naturaleza del medio de control ejercido en este proceso**

La Sala recuerda que la demanda que dio origen a este proceso se presentó en ejercicio del medio de control de *nulidad por inconstitucionalidad*, pero el Despacho, al admitirla, la redefinió y ordenó tramitarla como medio de control de *simple nulidad*, por las amplias razones expuestas allí, las cuales se conservan de conformidad con la decisión tomada.

**2. Competencia para decidir la solicitud**

La competencia para decidir la solicitud de medidas cautelares está asignada al Consejero Ponente, de conformidad con lo previsto en múltiples disposiciones del CPACA, entre ellas el artículo 230, inciso primero, que dispone que: *“Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas(…)”;* el parágrafo del mismo artículo señala: *“Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad…”*; luego, el artículo 232 añade que: *“ El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución…”;* finalmente, el inciso 4 del artículo 233 concluye que *“El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes... En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución…”.*

**3. Cargo común a los artículos cuya suspensión se solicita**

Para el demandante, el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 estableció que los contratos que se celebren para prestar el servicio público de educación tendrán las siguientes condiciones: i) que se celebren con entidades sin ánimo de lucro y ii) que los contratistas tengan idoneidad y una trayectoria reconocida; por tanto, el reglamento no puede crear requisitos o condiciones adicionales; con lo cual, además, se viola el artículo 84 de la Constitución Política.

Para la Sala, en este momento del proceso no es posible aceptar que las cuatro (4) disposiciones demandadas se suspendan, por violar el artículo 27 de la Ley 715, porque éste prescribe, en el inciso segundo, que los departamentos, distritos y municipios certificados *podrán contratar “… 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…”.*

Lo anterior significa que el reglamento puede establecer condiciones para que las entidades territoriales -pero solo las certificadas- contraten el servicio de educación “*con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares”,* siempre “*que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad”.* Por esta misma razón, difícilmente se puede entender que las normas demandadas sean ilegales, y sobre todo que causen un perjuicio actual que se deba evitar con su inaplicación, pues crean requisitos que aseguran que quienes presten el servicio, por contrato, cumplan unas características o cualidades mínimas, que es lo que necesita la ley que se reglamente.

Ahora bien, recuérdese que las normas cuestionadas en la demanda regulan: i) la prohibición a los contratistas de vincular personal docente y directivo de la entidad territorial que los contrata, ii) la necesidad de los contratistas de ser propietarios del establecimiento educativo, y iii) que se cree un Banco de Oferentes. Para el Despacho, se trata de exigencias que pueden satisfacer el contenido básico que estableció el legislador, es decir, no se advierte aún la contradicción a la norma superior que el solicitante de la medida cautelar aprecia.

Entre otras cosas, la Ley 715 no dispone que el contrato de prestación de servicios educativos solo se pueda celebrar “con entidades sin ánimo de lucro” - como se afirma en la solicitud de suspensión provisional-, sino “*con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares”*, de manera que por este solo hecho su petición no puede prosperar, pues no se pueden comparar los cuatro artículos cuestionados contra esa lectura incompleta que hace de la ley.

En conclusión, las exigencias del reglamento pueden enmarcarse en la posibilidad que tiene una norma de esta naturaleza de desarrollar el artículo 27 de la Ley 715, pues a través de esos requisitos se contribuye a identificar la *idoneidad* y *trayectoria* de las “*entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares”* que se interesen en prestar el servicio.

Estas razones aplican al análisis del artículo 84 de la Constitución Política, que prescribe que *“Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio*”. En este caso el reglamento no ha creado permisos, licencias ni requisitos para ejercer el derecho a prestar el servicio de educación; más bien las exigencias que establece el reglamento se refieren a las que un contratante le puede exigir a un contratista, sin invadir una esfera pública y un espacio de alcance general de la actividad económica.

Por tanto, como no se advierte el exceso en la potestad reglamentaria no es posible suspender las normas cuestionadas.

**4. Cargos específicos contra los artículos cuya suspensión se solicita**

**4.1. A*rtículo 2.3.1.3.2.17, numeral 2.***

El demandante solicita que se suspenda el numeral dos del artículo 2.3.1.3.2.17, por las siguientes razones:

***a)* Primer cargo:** Violación a los artículos 25 y 53 de la Constitución Política

El *derecho* al trabajo –que inclusive es una *obligación*- consiste en la oportunidad que tienen las personas, por su sola condición humana, para desarrollar sus aptitudes físicas, síquicas e intelectuales al servicio de una labor, tarea o actividad productiva, de la cual usualmente derivan recursos económicos –remuneración- para asumir otros compromisos de la vida ordinaria.

Sin embargo, la oportunidad de trabajar no es absoluta, pues la ley establece requisitos especiales, por ejemplo, tener conocimientos específicos para ejercer determinadas actividades, tener cierta edad -mínima o máxima-, entre otras condiciones. No obstante, esas limitaciones son excepcionales frente al conjunto del derecho, porque la idea general que lo gobierna es que las personas que reúnan las condiciones legales puedan ejercer una actividad laboral productiva.

Una perspectiva absoluta del *derecho al trabajo* conduce a creer que no se puede restringir, pero se acaba de mostrar que es incorrecta, pues, como sucede con casi todos los derechos fundamentales, tiene límites que se justifican por razones superiores al derecho fundamental aisladamente considerado. Tratándose del trabajo, se entiende, por ejemplo, que persona alguna lo puede invocar para laborar como médico si no adelantó los estudios universitarios correspondientes, porque la prevención de los daños al cuerpo, y en general el derecho a la vida y a la salud de las personas, justifica esta medida.

Por oposición al ejemplo anterior, si la ley prohibiera trabajar a quienes tienen la aptitud física, síquica e intelectual necesaria para ejecutar una actividad específica, entonces se violará el derecho a trabajar en esa actividad, porque no cualquier justificación es constitucionalmente admisible para limitar este derecho.

Adicionalmente, no todas las restricciones justificadas al derecho al trabajo tienen como fundamento la constitución o la ley. Aunque se trata de la idea general que rige este derecho, la Ponente entiende que en los negocios jurídicos –civiles, comerciales o estatales- es constitucionalmente posible que las partes establezcan condiciones o requisitos para los trabajadores que una de ellas pondrá a disposición de la otra para ejecutar una actividad. Es el caso en que se contrate el mantenimiento de equipos de cómputo, labor que puede ejecutar un profesional, un técnico, e incluso una persona que sin estudios -pero con experiencia- conozca la labor. En este evento, y muchos semejantes, es posible que la cláusula de un contrato determine que la labor la deben ejecutar técnicos y no personas con otra formación.

Precisamente, el Despacho negará la suspensión provisional de la disposición demandada, porque el límite que establece puede formar parte de las condiciones que válidamente se exigen en los contratos, y esta razón impide adoptar la media cautelar de suspensión provisional, porque no es claro que se produzca un perjuicio injustificado para las personas vinculadas a la planta de la entidad territorial.

Adicionalmente, no resulta claro que la restricción que establece afecte el derecho al trabajo de los docentes y directivos de la planta de la entidad territorial contratante del servicio, porque si bien, objetivamente, no se permite que trabajen en la institución educativa privada contratista, tampoco se les impide que laboren en las instituciones que no son contratistas de la entidad –que son la inmensa mayoría de las que operan- ni en las instituciones ubicadas en los demás municipios, distritos y departamentos del país –que son la gran mayoría-.

Adicionalmente, la limitación -que sin duda se presenta- no parece afectar el derecho a trabajar de las personas relacionadas en la norma, pues los docentes y directivos afectados cuentan con una vinculación a la entidad estatal contratante, de manera que la posibilidad de trabajar la tienen cubierta.

En conclusión, la restricción leve que esta norma le produce al derecho a trabajar no parece tener, por ahora, visos de inconstitucionalidad ni la suficiente entidad como para suspender su aplicación, de manera que será en la sentencia donde se valore, definitivamente, el impacto que tiene la medida sobre el derecho al trabajo, pero en este momento del proceso no es posible hacerlo.

**b) *Segundo cargo*:** violación a los artículos 6 y 122 de la Constitución Política[[2]](#footnote-2)

La Sala tampoco suspenderá la norma demandada con fundamento en este cargo –para el solicitante consiste en que la norma creó una incompatibilidad que solo la ley puede establecer- porque las disposiciones que se consideran infringidas no regulan la materia que el demandante considera quebrantada.

Para empezar, el artículo 6 de la Constitución Política regula la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos; mientras que el artículo 2.3.1.3.2.17, numeral 2, del Decreto 1851 de 2015, prohíbe vincular docentes de la entidad certificada en las instituciones educativas privadas que contraten con ella la prestación del servicio educativo, asuntos que, a primera vista, lucen diferentes, así es que en este momento del proceso no se advierte la vulneración a las normas constitucionales citadas.

La misma razón le aplica al artículo 122 de la Constitución Política, que regula el empleo público, su ingreso, funciones, posesión, declaración de bienes y rentas y algunas inhabilidades específicas para acceder a un cargo público, de manera que la prohibición de vincular profesores en instituciones educativas que suscriban contratos para la prestación del servicio educativo no se relaciona con el tema o vicio que sugiere el demandante.

**c) *Tercer cargo*:** Violación al artículo 13 de la Constitución Política

Al Despacho tampoco le parece suficiente la relación o *test* de igualdad que propone la solicitante de la medida cautelar para suspender la disposición cuestionada –se refiere a la limitación para contratar a los “*docentes, directivos docentes o personal administrativo de la planta de la entidad territorial”-*, porque no es cierto que la prohibición que se estableció para las instituciones privadas que celebren contratos de prestación del servicio educativo no rija para los “*docentes, directivos docentes o personal administrativo”* de otras entidades territoriales.

En realidad, en todas las circunscripciones territoriales donde se celebren los contratos docente alguno de la respectiva entidad puede contratar con las instituciones educativas privadas que hayan suscrito los contratos de cobertura educativa, así es que no hay entidades territoriales en las que sus docentes puedan contratar con las instituciones privadas, y, en estos términos, no se favorecen tratos diferentes para algunos docentes en detrimento de otros.

De otro lado, si bien los funcionarios de la entidad territorial respetiva sí pueden contratar sus servicios con las instituciones educativas privadas que no hacen parte del plan de ampliación de cobertura educativa –es decir, instituciones privadas que no suscribieron contratos-, esto no significa, *a priori*, que se afecte negativamente el derecho a la igualdad, precisamente porque esta posibilidad rige para todos los funcionarios que se encuentren en esa situación, sin que se haya creado alguna distinción que justifique suspender la norma.

Adicionalmente, la diferencia entre instituciones educativas privadas que suscriben contratos con el Estado e instituciones educativas privadas que no lo hacen, por ahora, parece un criterio aceptable de distinción para admitir la posibilidad de que los servidores públicos a cargo de la respectiva entidad territorial certificada en materia educativa no puedan vincularse con esos contratistas, pero sí con quienes no lo son, porque la posición en que se encuentran, sin duda, es diferente, y esto puede justificar el trato distinto que el reglamento les dicta.

**4.2. Artículo 2.3.1.3.3.3., numeral 1, y artículo 2.3.1.3.3.6., numeral 1.**

El demandante solicita que se suspenda el artículo 2.3.1.3.3.3., numeral 1, y el artículo 2.3.1.3.3.6., numeral 1, por las siguientes razones:

***a)* *Primer cargo*:** Violación al artículo 38 de la Constitución Política

El Despacho tampoco observa, con los elementos de juicio de los que dispone en este momento, que las normas citadas violen el derecho fundamental de asociación, porque mientras el artículo 2.3.1.3.3.3., numeral 1, dispone que solo se suscribirán contratos de prestación del servicio educativo con *personas jurídicas propietarias de establecimientos educativos*, y el artículo 2.3.1.3.3.6., numeral 1, agrega que para formar parte del Banco de Oferentes se debe acreditar la *propiedad del establecimiento educativo*, de ninguna manera impide que quienes cumplan esos requisitos se asocien para presentar una oferta y celebren un contrato estatal.

Claro está que la solicitud de suspensión provisional anota que se viola el derecho de asociación porque quienes no son propietarios de un establecimiento educativo no pueden celebrar contratos estatales ni formar parte del Banco de Oferentes, pero sobre todo, tampoco pueden asociarse con otras personas para suplir esa deficiencia, por no ser propietarios, así es que a estos sí se les vulnera el derecho fundamental.

No obstante la razón anotada, tampoco se percibe esa violación, por lo menos en este momento del proceso de nulidad, porque el ordenamiento constitucional admite, sin dificultad, que se exija a las personas acreditar, ante los contratantes de obras bienes o servicios, cierta capacidad, requisitos y demás exigencias razonables, de manera que no se trata de *simples restricciones* a la libertad de asociación sino de *exigencias técnicas* razonables sobre la experiencia y aptitud económica de los interesados en contratar.

Además, hay que tener en cuenta que la norma no exige que el interesado sea “propietario del inmueble” donde funciona el establecimiento educativo –es decir, la infraestructura-, sino que sea “propietario del establecimiento educativo”, lo que hace más razonable la exigencia que controvierte la solicitante de la medida cautelar, y pone en duda que el requisito viole el derecho de asociación de quienes no cumplen las exigencia mínimas para prestar el servicio de educación.

Incluso, la Ley 80 de 1993 contempla exigencias para contratar, que deben cumplir todos los que aspiran a conformar consorcios o uniones temporales, como la inscripción en el Registro Único de Proponentes –RUP-, y esto no vulnera el derecho de asociación de quienes no están registrados, y por tanto no pueden asociarse con quienes sí lo están. Por razones como esta no parece posible suspender ahora la disposición demandada, pues no es claro el peligro, riesgo o daño que advierte el solicitante de la medida cautelar.

***b)* *Segundo cargo*:** Violación al artículo 333 de la Constitución Política

Para el demandante, cualquier limitación a la libertad de empresa le corresponde establecerla a la ley, no al reglamento, y las normas demandadas restringen el derecho a concurrir en el mercado y a organizarse empresarialmente –sobre todo a las empresas más pequeñas-.

Para el Despacho, la limitación al derecho a la libertad de empresa, por medio de la ley, tampoco es razón suficiente que justifique suspender las disposiciones cuestionadas del reglamento, porque la reserva de ley que insinúa el solicitante de la medida cautelar no es absoluta, de manera que la posibilidad que tiene el reglamento de intervenir no está proscrita en materia de libertad de empresa.

Por este solo aspecto, la concreción del campo de acción que tiene el reglamento para establecer condiciones para celebrar contratos, y por ende limitar algunos derechos, es un debate que no tiene la claridad que sugiere el demandante, de allí que no se advierta una violación a la Constitución Política que permita suspender la aplicación del reglamento.

De otro lado, el solicitante también asegura que la norma demandada vulnera las disposiciones constitucionales citadas, porque el reglamento creó un *monopolio* en favor de las instituciones educativas que tienen una posición dominante.

Frente a este cargo, el Despacho tampoco aprecia la transgresión, porque la creación de un monopolio, por parte de estas normas, es demasiado discutible, teniendo en cuenta que el reglamento, en su conjunto, establece que en cada entidad territorial se creará un Banco de Oferentes, del cual se seleccionan los contratistas, así es que puede estar integrado por pocos o por muchos interesados en estos contratos, según las condiciones de cada región, lo que hace impensable que se conformará un monopolio en la prestación del servicio educativo.

**4.3. Solicitud de suspensión provisional del artículo 2.3.1.3.3.8.**

La demandante solicita que se suspenda el artículo 2.3.1.3.3.8., porque viola el artículo 333 de la Constitución Política, pues es el causante de que una persona que no forma parte del Banco de Oferentes tenga que esperar tres (3) años para intentar ingresar a él, lo que provoca que: *i)* se restrinja la libertad económica, limitación que solo pude hacer la ley, no un decreto reglamentario; *ii)* que se regule en forma *desproporcionada* esta materia, porque los contratos para prestar el servicio de educación tienen vigencia de un (1) año, y la lista de interesados del Banco de Oferentes tres (3) años, lo que perpetúa la posición dominante de quienes contratan en ese lapso; y *iii)* porque la libertad de empresa garantiza que se concurra al mercado, mientras que la norma demandada solo lo permite pasados 3 años, contados a partir de la vigencia del Banco de Oferentes.

El Despacho tampoco suspenderá la norma demandada, porque la vigencia del Banco de Oferentes -3 años-, que se conforma para preseleccionar a los contratistas del servicio de educación en las entidades territoriales certificadas, no conduce, inexorablemente -como lo asegura el solicitante de la medida- a que se afecte ilegalmente la *libertad de empresa*, pues, como se expuso antes, frente a cargos similares, todas las personas que cumplan los requisitos exigidos para integrar el Banco de Oferentes pueden participar para ingresar en la lista; además, quienes finalmente la integran –cuyo número plural es previsible- pueden aspirar, a continuación, a celebrar un contrato de estos.

Por esta razón, la aparente limitación temporal para contratar, impuesta indirectamente a quienes no forman parte del Banco de Oferentes, no se puede ver como una restricción injustificada a la libertad de empresa -por lo menos en este instante del proceso de nulidad-, porque el Banco de Oferentes se conforma previo proceso de participación amplia de los interesados en contratar en la entidad territorial, lo que garantiza la libertad de mercado que echa de menos la solicitante de la medida cautelar.

En este sentido, lo que el demandante calificada como “*posición dominante*” de los integrantes del Banco de Oferentes, no es aceptable tan ligeramente, teniendo en cuenta que -se insiste-, el Banco no se conforma de manera secreta sino pública, concretamente como parte del proceso de selección de los futuros contratistas del servicio educativo en las entidades certificadas, así es que cualquier persona que cumpla los requisitos exigidos en las normas puede aspirar a integrar la lista de eventuales contratistas de la entidad territorial[[3]](#footnote-3).

En mérito de lo expuesto, este Despacho del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A,

**RESUELVE**

**Primero**: **Niégase** la solicitud de suspensión provisional de las normas analizadas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo**: **Desestímase** la intervención de la Presidencia de la República en el trámite de resolución de las medidas cautelares solicitadas en este proceso, por las razones expuestas en esta providencia y también en el auto admisorio de la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

1. *“Artículo 27. Prestación del servicio educativo. Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.*

*“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 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.*

*“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.*

*“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.*

*“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.*

*“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.*

*“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”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Artículo**6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.*

*“Artículo**122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente*

*“Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

*“Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.*

*“Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.*

*“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.*

*“Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. El artículo 2.3.1.3.3.5. del Decreto 1851 dispone: *“Etapas para conformar el Banco de Oferentes. Las entidades territoriales certificadas deberán conformar el Banco de Oferentes a través de invitación pública, que contará con las siguientes etapas:*

*“1. Apertura: las entidades territoriales certificadas deberán expedir el acto administrativo que disponga la apertura del proceso de conformación del Banco de Oferentes y efectuar la invitación pública a los interesados en integrarlo. Dicho acto deberá ser divulgado con cinco (5) días de antelación al inicio del proceso de inscripción y deberá contener además la siguiente información: (…)”.* [↑](#footnote-ref-3)