



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 11001032600020150016300 (55827)
Demandante: José Guillermo Herrera Herrera
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional
Medio de control: Nulidad (Artículo 137 del CPACA)
Asunto: Sentencia de única instancia

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a decidir, en única instancia, el medio de control de nulidad promovido contra el 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”, en relación con las siguientes disposiciones demandadas: (i) numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7; (ii) párrafo 2 del artículo 2.3.1.3.3.7; (iii) párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7; (iv) inciso del artículo 2.3.1.3.3.11; (v) párrafo de artículo 2.3.1.3.3.11.

El centro del reproche gravita en torno al cuestionamiento de orden legal y constitucional que plantea la parte demandante, en relación con la medida de cálculo del percentil que, por disposición del Decreto parcialmente demandado, se determinó aplicar a los resultados de las pruebas SABER como estándar mínimo habilitante del banco de oferentes para la contratación del servicio público de educación.

I. **ANTECEDENTES**

La demanda

1. El 29 de octubre de 2015¹, el ciudadano José Guillermo Herrera Herrera, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 137 del CPACA², contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones: (se transcribe literal, incluso con eventuales errores)

¹ Fl. 1 al 35 del c. ppal. 1.

² Mediante auto del 2 de noviembre de 2016, se adecuó el medio de control que correspondía, en aplicación del artículo 171 del CAPCA,



“1. Se decrete la nulidad parcial del Decreto Nacional No. 1851 de 2015, Numeral 2 del Artículo 2.3.1.3.3.7, 2) Parágrafo 2 del Artículo 2.3.1.3.3.7, 3) Parágrafo Transitorio del Artículo 2.3.1.3.3.7, 4) Inciso 1 del Artículo 2.3.1.3.3.11, 5) Parágrafo del Artículo 2.3.1.3.3.11”.

“2. Como consecuencia de lo anterior, que no se apliquen las normas declaradas nulas en los procesos de contratación del servicio público educativo por parte de las Entidades Territoriales Certificadas”.

“3. Igualmente como consecuencia de lo anterior, solicito que se oficie al ICFES a fin de que se le ordene se abstenga de publicar la lista de que se habla en el parágrafo 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015”.

2. La norma demandada es del siguiente tenor –se subrayan los numerales acusados–:

“ARTÍCULO 2.3.1.3.3.7. Experiencia e idoneidad de los aspirantes a ser habilitados en el Banco de Oferentes. Los aspirantes a ser habilitados en el Banco de Oferentes deberán demostrar que sus establecimientos educativos postulados cumplen además de los requisitos señalados en el artículo anterior, los siguientes requisitos de experiencia e idoneidad:

1. *Un tiempo mínimo de experiencia de 5 años en la prestación del servicio educativo.*

2. *Que en los últimos resultados publicados por el ICFES, correspondientes a las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11° presentadas, el establecimiento educativo haya alcanzado puntajes superiores al percentil 35 en las áreas de lenguaje y matemáticas, entre los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación. En caso de que el establecimiento educativo no presente la totalidad de las pruebas -por no ofrecer alguno de los grados-, este requisito aplica solo para las pruebas presentadas.*

PARÁGRAFO 1°. La entidad territorial certificada podrá establecer criterios de trayectoria e idoneidad superiores a los enunciados en la presente Sección.

PARÁGRAFO 2°. *El Icfes publicará anualmente en el mes de noviembre, el listado de los establecimientos educativos que cumplen con el requisito establecido en el numeral 2 del presente artículo.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para el Banco de Oferentes que se conforme en el año 2015, se podrán habilitar únicamente los establecimientos educativos no oficiales, que en los resultados publicados por el Icfes de las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11° practicadas en el año 2014, según corresponda, hubieren alcanzado puntajes superiores al percentil 20 de los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación”.*

“ARTÍCULO 2.3.1.3.3.11. Criterios para la celebración de contratos de prestación del servicio educativo. *La entidad territorial certificada solamente podrá celebrar contratos para la prestación del servicio educativo con quienes se encuentren inscritos y habilitados en el Banco de Oferentes vigente, teniendo en cuenta para tales efectos los criterios de selección objetiva establecidos en la ley y además:*

1. *La cercanía entre la ubicación geográfica de la demanda y el lugar donde se encuentra el establecimiento educativo con el cual se ofrece prestar el servicio educativo.*



2. La disponibilidad efectiva del establecimiento educativo ofertado para atender a los estudiantes al momento de la contratación.
3. La concordancia entre la canasta educativa requerida y la canasta ofrecida.
4. Las adecuadas condiciones de las instalaciones físicas de los establecimientos educativos en los que se prestará el servicio educativo.
5. El establecimiento educativo no oficial con el que se va a celebrar el contrato, debe mantener los criterios de experiencia e idoneidad exigidos para la habilitación en el Banco de Oferentes, verificando el cumplimiento de lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7. del presente decreto.
6. Los resultados de los procesos de supervisión o interventoría de contratos anteriores.

PARÁGRAFO. Para la vigencia 2016 se podrán celebrar contratos para la prestación de servicio educativo con cualquiera de los propietarios de establecimientos educativos no oficiales habilitados en el Banco de Oferentes conformado en el año 2015.

En el año 2017, solamente podrán celebrar contratos para la prestación de servicio educativo las personas habilitadas en el Banco de Oferentes cuyos establecimientos educativos hubieren obtenido en las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11 del año 2015, según corresponda, puntajes superiores al percentil 30 de los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación, de acuerdo con los resultados publicados por el Icfes.

A partir de 2018, solo podrán celebrar los referidos contratos las personas jurídicas habilitadas propietarias de establecimientos educativos no oficiales, que cumplan con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 2°.3°.1°.3°.3°.7° del presente decreto.

Los propietarios de establecimientos educativos que hagan parte del Banco de Oferentes a conformar en el año 2015, cuyos resultados no correspondan al percentil establecido en los incisos 2° y 3° de este párrafo para las respectivas vigencias, quedarán deshabilitadas del banco de oferentes.”

3. Al sustentar el concepto de la violación, la parte demandante planteó, en síntesis, los siguientes argumentos –los cuales, por fines metodológicos, serán profundizados en el análisis relacionado con cada cargo formulado–.

4. Señaló que con la expedición del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015 el Ministerio de Educación Nacional buscó mejorar los índices de la calidad educativa en el país estableciendo que, los particulares que pueden inscribirse en el Banco de Oferentes, para celebrar contratos de prestación del servicio público educativo, deben cumplir un estándar mínimo en las pruebas SABER.

Sostuvo que esa medida de referencia desconoció las diferencias de carácter étnico, sociocultural y familiar que se presentan, pues no puede evaluarse de forma igual a alumnos de instituciones de estrato socioeconómico alto frente a los de estratos más bajos donde no se logran tales mínimos.



Indicó que, por esa vía, se descalifican instituciones que prestan el servicio a esas poblaciones, privando de educación a más de treinta y cinco mil alumnos; por esto, censuró que de las pruebas SABER solo se tuviera en cuenta matemáticas y lenguaje existiendo otras materias que evidencian habilidades distintas en la formación de los alumnos, y señaló que el Índice Sintético de Calidad Educativa – ISCE, sí revela una evaluación integral en tanto evalúa: progreso, eficiencia, desempeño y ambiente escolar.

5. Mediante escrito del 27 de mayo de 2016³, la ciudadana Aydee Romero Hernández presentó coadyuvancia a la demanda de nulidad, cuyos reproches coinciden sustancialmente con algunos de los expresados por el demandante; en adición a ellos, formuló censura contra el párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015 y el párrafo del artículo 2.3.1.3.3.11 por violación directa del principio de irretroactividad de la ley, sustentado en que dicha norma vino a otorgar a la prueba SABER efectos jurídicos a hechos anteriores a su entrada en vigencia. Igualmente, adujo la violación del principio de buena fe y confianza legítima por los cambios sorpresivos en las reglas de contratación de instituciones educativas sin un periodo de transición que permitiera adaptarse a los nuevos requisitos, y acompañó la censura al núm. 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 por establecer el percentil 35 en las pruebas SABER en las áreas de matemáticas y lenguaje, desconociendo criterios de diversidad pluriculturalidad y contexto social.

Suspensión provisional

6. La parte actora solicitó con su demanda que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional de las normas acusadas, petición a la que se sumó la ciudadana coadyuvante.

7. Mediante auto del 28 de septiembre de 2017⁴, proferido por el entonces ponente del proceso, se negó la suspensión deprecada considerando que los derechos a la educación, la igualdad, el trabajo y al debido proceso, así como el desconocimiento del principio de buena fe y confianza legítima, bajo los cuales se cuestionaron las normas demandadas, no son circunstancias que puedan establecerse con la simple confrontación del acto acusado y las normas presuntamente infringidas, debiendo avanzar en la decisión de fondo.

Contestación de la demanda

8. El Ministerio de Educación Nacional contestó la demanda⁵ y se opuso a todas las pretensiones; esgrimió, en síntesis, que las pruebas SABER constituyen una medida utilizada por el Estado en ejercicio de su función de inspección y vigilancia para medir el desarrollo de las competencias básicas de los estudiantes en el seguimiento de la calidad y metas del sistema.

³ Fl. 95 a 128 del cuaderno ppal. 1.

⁴ Fl. 56 a 64 del cuaderno de medidas cautelares.

⁵ Fl. 138 a 159 del c. ppal. 1.



educativo; indicó que estas pruebas corresponden a medidas idóneas para definir el banco de oferentes, pues si los estudiantes superan o no las pruebas SABER, ello es resultado del desempeño y calidad en la educación de quienes prestan directamente este servicio. Añadió, entre otros argumentos, que el rango de medición del percentil genera igualdad y no desconoce el debido proceso, lo contrario llevaría a que los niños de condiciones sociales y económicas “*difíciles*” tuvieran una educación de menor calidad, lo que es inaceptable; así que, garantizar un estándar mínimo de calidad no vulnera ninguno de los derechos aducidos por la parte activa.

De otra parte, negó la retroactividad de la que se acusa al Decreto 1851 de 2015, pues el mismo no entró a suprimir efectos derivados de las pruebas de Estado SABER 2014; agregó que éstas no generaban derechos a favor de las instituciones educativas respecto a la contratación con la entidad territorial.

Audiencia inicial

9. En audiencia celebrada el 7 de octubre de 2019, se llevó a cabo el saneamiento del proceso y se fijó el litigio en orden a determinar si los artículos 2.3.1.3.3.7 (numeral 2, parágrafo 2 y parágrafo transitorio) y 2.3.1.3.3.11 (inciso 1, 2 y 4) del Decreto 1851 del 15 de septiembre de 2015 se ajustan al ordenamiento jurídico o si, por el contrario, son violatorios de los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, la educación, y los principios de irretroactividad de la ley, buena fe y confianza legítima consagrados en los artículos 13, 25, 29, 58 y 67 de la Constitución Política, así como el artículo 4 de la Ley 115 de 1994 y artículo 7 de la Ley 715 de 2001, según lo solicitó el actor y su coadyuvante.

Igualmente se procedió con el decreto de pruebas⁶, cuya práctica se realizó en audiencia llevada a cabo el 23 de octubre de 2019.

Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

10. Tanto la parte demandante (actor y coadyuvante)⁷ como la demandada⁸ hicieron uso de esta etapa procesal de manera oportuna, y reiteraron los planteamientos esgrimidos en el libelo introductorio y en su contestación.

⁶ Se decretaron como pruebas: la documental aportada por la demandante, la cual se contrajo a la copia del Decreto 1851 de 2015; negándose la inspección judicial solicitada respecto de la dependencia oficina del ICFES encargada de recaudar y procesar la información y los resultados de las pruebas SABER. Se decretó como prueba, por solicitud de la coadyuvante: (i) a cargo del Ministerio de Educación Nacional, aportar los antecedentes administrativos del Decreto 1851 de 2015; (ii) Certificación a cargo de la demandada en relación con la fecha de aplicación de las pruebas SABER 3, 5, 9 y 11 del año 2014 y 2015 y la fecha de publicación de resultados. Por parte de la entidad demandada se aportaron los siguientes documentos: (i) Memoria justificativa Decreto reglamentario 1581 de 2015; (ii) documento denominado “*Alcances e inconsistencias del índice sintético de Calidad Educativa (ISCE), diseñado y aplicado por el Ministerio de Educación de Colombia en el año 2015*”

⁷ Fl. 355 a 360 –ambas caras– del c. ppal. 3. Alegatos presentados conjuntamente por el actor y la coadyuvante, quienes confirieron poder al mismo abogado para su representación judicial.

⁸ Fl. 328 a 354 del c. ppal. 3.



11. El Ministerio Público⁹ al rendir concepto consideró procedente la declaratoria de nulidad parcial del Decreto 1851 de 2015 en los términos de la demanda; estimó que fue vulnerado el principio de irretroactividad de la ley, pues las pruebas SABER presentadas en 2014 constituyen hechos consolidados en vigencia de un marco legal anterior y sus efectos no podían ser distintos a los definidos por las normas preexistentes; encontró que las normas acusadas, al no contemplar una verdadera fórmula de transición normativa desconocían el principio de confianza legítima a favor de los administrados quienes se vieron afectados por las modificaciones normativas; y señaló que el mecanismo de medición –pruebas SABER y su percentil– constituían una violación al derecho a la igualdad.

II. CONSIDERACIONES

Competencia de la Sala

12. La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,¹⁰ en concordancia con lo señalado en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 adoptado por la Sala Plena de esta Corporación¹¹.

Motivación de la sentencia

13. De conformidad con la fijación del litigio, la Sala se propone analizar los cargos formulados por demandante y coadyuvante –que en adelante se denominarán, en su conjunto, la *parte activa* o *parte demandante*– cuyo reproche, en un ejercicio de integración normativa, se centra en que las normas acusadas violan el derecho a la igualdad, la educación, al trabajo y debido proceso de cara al sistema de medición adoptado, así como el principio de irretroactividad, confianza legítima y buena fe.

14. Con este horizonte, la Sala se referirá, en primera medida, a los antecedentes normativos que definen el marco constitucional y legal de las disposiciones materia de reproche, en particular lo relacionado con el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 –modificado por las Leyes 1176 de 2007 y 1294 de 2009– objeto del desarrollo reglamentario contenido en el Decreto 1851 de

⁹ Fl. 361 a 376 –ambas caras– del c. ppal. 3.

¹⁰ “ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. *De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. (...)*”

¹¹ ARTÍCULO 13.- DISTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS ENTRE LAS SECCIONES. *Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)*

Sección Tercera: 1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros (...)



2015 parcialmente demandado, para luego incursionar en el examen de cada uno de los cargos presentados.

Antecedentes normativos

Las condiciones de experiencia e idoneidad en la prestación del servicio educativo.

15. La Carta Política establece que la educación es un derecho que a la vez se constituye en un servicio público, del cual son responsables el Estado, la sociedad y la familia, cuya función social está atada a la búsqueda del conocimiento, la ciencia, la técnica y los valores culturales que conduzcan al progreso individual y colectivo. Por ello, el Estado debe *“garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”* (art. 67 de la C.P.).

Con tal designio, el Constituyente asignó al Estado la función de *“regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su **calidad**, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos”* –inciso quinto del art. 67 ídem– (se resalta).

16. Esta norma superior, igualmente dispuso que *“[l]a Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”*. De allí que el legislador, en ejercicio de sus competencias de creación normativa, ha establecido en diferentes instrumentos lo concerniente a los principios, reglas, valores y alcance que llenan de contenido la doble dimensión de este derecho, de modo que se articulen las competencias de los entes territoriales en conjunto con los mecanismos de financiación necesarios para atender la demanda educativa, y garantizar así la prestación eficiente de este servicio estatal que, entre otros propósitos, busca *“la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo”* y *“el mejoramiento de la calidad de vida de la población”*¹².

17. En esta línea de principio, el artículo 356 constitucional creó el Sistema General de Participaciones, en desarrollo del modelo de descentralización con responsabilidad fiscal, el cual, conforme al Acto Legislativo No. 1 de 2001, dispuso lo siguiente:

“[s]alvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los

¹² Corte Constitucional, Sentencia T- 523 del 21 de septiembre de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, reiterando la Sentencia T-294 de 2009, sobre el derecho a la educación.



Departamentos, Distritos y Municipios”.

Puntualmente, el inciso 4 de la citada disposición –antes de la reforma efectuada mediante el Acto Legislativo No. 4 de 2007– establecía que *“los recursos del sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándole prioridad al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de cobertura”*¹³ (subraya añadida).

18. Bajo este imperativo, fue expedida la Ley 715 de 2001¹⁴ - que define la naturaleza del Sistema General de Participaciones, las competencias en la materia y la distribución sectorial de los recursos a las entidades territoriales, entre ellos, el relacionado con el sector educación¹⁵. En sus determinaciones, el artículo 5.6 dispuso a cargo de la Nación *“[d]efinir, diseñar y establecer instrumentos y mecanismos para la calidad de la educación”*; así como, *“[f]ijar parámetros técnicos para la prestación del servicio educativo estatal, (...) teniendo en cuenta las particularidades de cada región”* como indicó el artículo 5.14.

Por su parte, confió a las entidades territoriales la función de *“[d]irigir, planificar; y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad en los términos definidos en la presente ley”*, –según dispuso el art. 6.2.1 para los departamentos, y el art. 7.1 para los distritos y municipios certificados–.

19. El contexto normativo referido hasta ahora, tiene gran significancia pues enfatiza, con rango constitucional, en la mejor utilización de los recursos públicos que por vía del Sistema General de Participaciones¹⁶ son distribuidos

¹³ En todo caso, con la reforma de 2007 no se cambió lo referente al servicio de educación, que interesa al *sub-lite*, sino que se añadió lo relacionado con los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

¹⁴ *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.*

¹⁵ Inicialmente la distribución de los recursos y competencias de la que tratan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política fue reglamentada por la Ley 60 de 1993, donde se establecían dos mecanismos a través de los cuales el gobierno nacional transfería recursos a las entidades territoriales: de una parte estaba el *situado fiscal* el cual representaba los recursos que el gobierno central asignaba a los departamentos, al distrito capital y a los distritos de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta para financiar la salud y la educación en estas entidades territoriales; y de otra parte, estaban las transferencias a los municipios que se hacían a través de las denominadas *participaciones municipales*. Luego, *“[c]on la caída del producto interno bruto a finales de los años noventa se redujo el recaudo tributario, y también los ingresos por concepto de transferencias a los departamentos y distritos, pues estos eran un porcentaje de los ICN. Dicha situación estaba comprometiendo la sostenibilidad de las coberturas en educación y en salud (Carrasquilla, 2006)”*⁹. Como consecuencia de esta crisis se implementaron una serie de reformas que buscaron generar una mayor estabilidad fiscal en Colombia. Entre estas se encuentra el Acto Legislativo 01 de 2001, mediante el cual se reformaron los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se creó el Sistema General de Participaciones (SGP), reglamentado por la Ley 715 del mismo año (...).” Banco de la República, Centro de Estudios Económicos Regionales (CEER) *“Contexto histórico y evolución del SGP en Colombia”*, 2014. Consultado en [*Microsoft Word - Competencias y recursos \(2014-07-10\) \(banrep.gov.co\)](http://banrep.gov.co).

¹⁶ Es necesario aclarar que la referencia que se hace respecto a los recursos del SGP en materia de educación, se explica en que dicho sistema se constituye en la principal fuente de recursos para el sector



en las entidades territoriales con la finalidad, entre otras, de garantizar el derecho a la educación y “*proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación*” (se subraya), tal como lo advierte el ya citado artículo 356 de la Constitución Política.

Por manera que, la adecuada prestación del servicio público de educación está orientada al logro de metas en “*cobertura, calidad y eficiencia en el uso de los recursos*” (art. 5.20 de la Ley 715 de 2001) y al despliegue de “*las acciones necesarias para mejorar la administración de [tales] recursos*” (art. 5.21 ídem).

20. Sirva lo dicho para memorar que, entre las razones fundamentales que alentaron el nacimiento de la Ley 715 de 2001, la búsqueda de soluciones a los problemas que afrontó su antecesora, la Ley 30 de 1993, ocupó un lugar central. En efecto, al exponer sus motivaciones, dicha reforma identificó la necesidad de generar acciones para mejorar la administración de los recursos asignados pues, contrario a la pretensión de desarrollo y bienestar que la Carta Política asignó a la prestación del servicio de educación, el uso inapropiado de éstos y la afectación directa a la calidad y dotación, imponían nuevos desafíos y correctivos; así lo registra la exposición de motivos respectiva, al indicar:

“Es claro entonces, que el problema de la educación en Colombia no es nuevamente la falta de recursos financieros. Más bien, lo que salta a la vista es que, pese a la magnitud de los recursos, la educación en Colombia afronta problemas relacionados con su uso inapropiado, que se reflejan en una distribución inequitativa, en niveles bajos de eficiencia y en una asignación insuficiente para atender inversiones en calidad y dotación”¹⁷

21. Igualmente, se evidenció que no existía una relación de eficiencia entre el gasto y la calidad en la educación oficial, pues en una evaluación efectuada a los resultados de las pruebas del ICFES practicadas entre 1993 y 1998 se observó “*que en los colegios oficiales la calidad disminuyó aproximadamente en 20% en cuatro años*”, como da cuenta la citada exposición de motivos. Así el panorama que existía, centrado en la distribución de recursos, venía dejando en vacío los estándares de calidad que son los elementos que verdaderamente rompen las barreras de la inequidad y propician las oportunidades de desarrollo humano, social y económico.

educativo en las entidades territoriales, sin perjuicio de otras fuentes que complementan la atención en educación. El Ministerio de Educación al respecto ha precisado que la “*principal fuente de recursos para el sector educativo en las entidades territoriales corresponde a la participación para educación del SGP, que incluye recursos de prestación de servicios girados directamente a las entidades territoriales certificadas en educación, cancelaciones giradas a las cuentas de los Fondos de Pensiones Territoriales de los departamentos y del distrito capital, y recursos de calidad matrícula oficial y gratuidad asignados a los distritos, municipios certificados y no certificados en educación (...). No obstante, existen otras fuentes que permiten apalancar el mejoramiento de la calidad y la cobertura del servicio educativo, entre las cuales se encuentran: recursos del SGP para alimentación escolar, recursos de programas nacionales orientados al mejoramiento del sector educativo, recursos de regalías y compensaciones, rentas por explotación de licores, recursos propios de las entidades territoriales, recursos de crédito externo o de cooperación internacional (...)*”. Ministerio de Educación, “*Guía para la administración de los recursos financieros del sector educativo*”, pág. 26. Consultado en https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-314633_archivo_pdf.pdf

¹⁷ Exposición de motivos de la Ley 715 de 2001, Gaceta del Congreso 294 de 2000.



Tal circunstancia quedó plasmada en los siguientes términos:

“La calidad de la educación preescolar, básica y media ofrecida por instituciones públicas es deficiente. Los niños no alcanzan ni los objetivos curriculares establecidos por el país, ni los estándares internacionales para los mismos niveles. En primaria los niños aprenden menos de la mitad de lo que deberían de acuerdo con el currículo vigente.

“En efecto, los resultados de las pruebas SABER aplicadas entre 1997 y 1999 a estudiantes de los grados 3º, 5º, 7º, y 9º muestran que menos de la mitad de los estudiantes alcanzan el nivel esperado de lectura comprensiva en tercer grado, y que solamente alrededor del 20% alcanzan los niveles esperados en matemáticas en los grados quinto y noveno (...)”¹⁸.

22. Así, con el objetivo de promover mejores niveles de calidad, dotación e infraestructura en la educación pública, el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 – modificado por las Leyes 1176 de 2007 y 1294 de 2009– estableció que las entidades territoriales certificadas prestarán el servicio público de educación en los niveles de preescolar, básica y media en su jurisdicción, por medio de instituciones del estado; de esta forma, sólo cuando se demuestre insuficiencia o limitaciones en los establecimientos educativos oficiales, se podrá acudir al mecanismo de la contratación para suplir las necesidades en la prestación del servicio de educación, siempre y cuando se trate de instituciones que acrediten reconocida trayectoria e idoneidad.

“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. (...)” (se subraya).

23. Lo anterior, asentó una premisa fundamental, y es que los recursos del Estado debían destinarse al cubrimiento del servicio público de educación, es decir, debían ser invertidos en las instituciones educativas oficiales para que ello redundara en el mejoramiento de una educación adecuada en términos de calidad, eficiencia y mejores instalaciones; de modo que, sólo en casos puntuales tales recursos pudieran dirigirse a establecimientos educativos del sector privado.

La Corte Constitucional, respecto de esta regla de principio y de excepción, señaló lo siguiente:

“Por lo anterior, si la entidad territorial encargada de la prestación del servicio de educación cuenta con la cobertura suficiente para garantizar el derecho de los niños,

¹⁸ Ibidem.



niñas y adolescentes que lo requieran, no debe contratar con las instituciones privadas. Esta fórmula resulta coherente con propósitos constitucionales relacionados con la destinación eficiente de los recursos públicos. En principio, los recursos económicos que el Estado distribuye a la educación deben dirigirse a la red pública, no a las instituciones privadas. Así las cosas, cuando existen instituciones públicas idóneas para garantizar el derecho a la educación, salvo que medie una fuerte justificación, los dineros no se deben destinar a colegios no oficiales. De esta manera, además, se fortalecen los centros educativos públicos para la construcción o mejoramiento de instalaciones, bibliotecas y otros elementos necesarios para el goce efectivo del derecho”¹⁹

24. Entonces, sólo cuando la entidad territorial enfrentara limitaciones de cobertura con las instituciones educativas estatales, el legislador autorizó el mecanismo de contratación de tales servicios, a condición de acreditar: (i) tal insuficiencia por parte del ente territorial; y (ii) la *reconocida trayectoria e idoneidad* de la institución a contratar. Bajo estas premisas, cuando tuviese lugar este tipo de contratación, se debían garantizar estándares de idoneidad del servicio, evitando contratar instituciones que nada aportaran a los alumnos en esta finalidad superior –v.gr. aquellos establecimientos que se constituyeran para lograr un contrato de prestación de este servicio, sin experiencia–; por ello, se calificó a los establecimientos educativos que podían aspirar a su prestación.

25. En esta línea, la actividad reglamentaria se ocupó de desarrollar el contenido de las expresiones legales atinentes a la *“reconocida trayectoria e idoneidad”*, calidades a las que estaba sujeta la posibilidad de contratar el servicio de educación según el artículo 27 de la Ley 715 de 2001, iniciando con la expedición del Decreto 1528 de 2002, que dispuso lo siguiente:

“Artículo 4°. *Previa acreditación. La previa acreditación de la idoneidad y trayectoria la efectúa la entidad territorial contratante para verificar que efectivamente la institución educativa cumple con los requisitos exigidos y por lo tanto puede contratar el servicio público educativo.*

Artículo 5°. *Reconocida trayectoria. Las instituciones educativas a través de las cuales se vaya a prestar el servicio público educativo mediante contratación con las entidades territoriales, deberán justificar que son de reconocida trayectoria, demostrando como mínimo el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

- a) *Que su personería jurídica no ha sido intervenida y que se encuentra vigente;*
- b) *Que dentro de su objeto esté la prestación de servicios educativos y que el establecimiento educativo posea licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial por un tiempo mínimo de tres años para los niveles o ciclos en los cuales pretenden prestar el servicio mediante contrato;*
- c) *Que no le haya sido suspendida o cancelada su licencia de funcionamiento;*
- d) *Que no haya sido sancionada durante los últimos cinco (5) años.*

Artículo 6°. *Idoneidad. Las instituciones educativas que pretendan prestar el servicio público educativo mediante contrato, deberán demostrar su idoneidad para este tipo de servicios, cumpliendo como mínimo los siguientes requisitos:*

- a) *Planta física donde se prestará el servicio, si la modalidad del contrato lo requiere;*

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T- 055 de 2017



- b) Perfil de docentes, directivos y administrativos con los cuales se prestará el servicio;
- c) Dotación y soportes pedagógicos con que contará para la prestación del servicio, de acuerdo con la propuesta metodológica a desarrollar;
- d) Proyecto educativo pertinente a la comunidad a la que va a prestar el servicio;
- e) Estrategias efectivas de enseñanza y aprendizaje;
- f) Solvencia económica y capacidad administrativa y financiera;
- g) Sistemas de capacitación y actualización de docentes.

26. A partir de allí, varias normas reglamentarias fueron expedidas en torno a la contratación de la prestación del servicio público educativo²⁰. Entre ellas, se encuentra el Decreto 4313 del 21 de diciembre de 2004, el cual estableció como requisito de la selección objetiva de la contratación para la prestación del servicio público educativo, la obligación a cargo de las entidades territoriales certificadas²¹ de conformar un banco de oferentes, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 8º. Selección del contratista. Cuando la entidad territorial requiera celebrar uno o más contratos a los que se refiere el literal a) del artículo 4º del presente decreto, y para determinar las personas jurídicas prestadoras del servicio educativo con quienes se celebrarán los respectivos contratos, cada entidad territorial certificada conformará un banco de oferentes de la manera como se establece en este decreto.

Las entidades territoriales certificadas solo podrán celebrar los contratos en mención con las personas jurídicas prestadoras del servicio educativo que estén inscritas y calificadas en el respectivo banco de oferentes, de conformidad con los criterios que determinen las entidades territoriales en el acto administrativo de invitación pública a la inscripción en el mismo.

La inscripción y calificación en el banco de oferentes serán gratuitas.

Parágrafo. La invitación pública para inscribirse en el banco de oferentes, la calificación e inscripción en tal banco, no generan obligación para el ente territorial de realizar contratación alguna. En el evento en que el ente territorial deba celebrar un contrato de prestación del servicio educativo deberá hacerlo con las personas jurídicas, en el orden de elegibilidad que arroje el proceso de calificación y de conformidad con la correlación existente entre la ubicación geográfica de la demanda y el lugar en el cual se prestará el servicio educativo, sin perjuicio del análisis de conveniencia económica”.

27. El mencionado Decreto definió el procedimiento para la conformación del banco de oferentes, así:

Artículo 9º. *Procedimiento para conformar un banco de oferentes. Las entidades territoriales certificadas deben adelantar el siguiente procedimiento para conformar un Banco de Oferentes:*

1. *Primera etapa. Requerimientos previos para la conformación del banco de oferentes.*

²⁰ Como son, el Decreto 1264 de 2004, el Decreto 4313 de 2004, el Decreto 2085 de 2005,

²¹ Las entidades territoriales certificadas, corresponden a los departamentos, distritos y municipios. De conformidad con el art. 20 de la ley 715 de 2001, serán certificados aquellos que cumplen las condiciones exigidas por la ley para demostrar que tienen la capacidad técnica, administrativa y financiera para administrar el servicio público de educación.



1.1 Realizar un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del ente territorial para prestar el servicio educativo, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 715 de 2001, cuyas conclusiones deben ser consignadas en la parte motiva del acto administrativo de invitación pública.

1.2 Elaborar la invitación pública, que debe contener:

a) Datos básicos de la entidad territorial interesada en conformar el banco de oferentes;

b) Destinatarios de la invitación;

c) Objeto de la invitación;

d) Requisitos que deben acreditar los interesados en inscribirse, principalmente los relacionados con la acreditación de la experiencia e idoneidad para prestar el servicio público de educación y la capacidad para celebrar contratos;

e) Criterios para evaluar a los inscritos;

(...)

1.5 Elaborar la tabla de calificación y clasificación de acuerdo con el formato de evaluación, estableciendo un puntaje máximo y mínimo para cada aspecto evaluable y el puntaje total. Para ser incorporado al banco de oferentes y poder celebrar los respectivos contratos deberá haberse superado el puntaje mínimo requerido en cada uno de los aspectos objeto de evaluación. El orden de elegibilidad estará determinado por el puntaje que arroje el proceso de calificación de mayor a menor. La tabla de calificación hará parte integral de la invitación pública.

(...)

El Ministerio de Educación Nacional establecerá los criterios de evaluación y de calificación, los cuales incluirán los aspectos técnicos, referidos a trayectoria e idoneidad, y los aspectos económicos a considerar. Igualmente adoptará los modelos, formatos y demás instrumentos requeridos para la conformación del banco de oferentes”.

28. Posteriormente, fue expedido el Decreto 2355 de 2009 –que antecede al Decreto 1851 de 2015 parcialmente demandado– el cual estableció, así mismo, que para la contratación de este servicio (art. 8º) “las entidades territoriales certificadas deberán cumplir con los siguientes requisitos mínimos:”

“a) Realizar un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado y, en consecuencia, la necesidad de la contratación. Este estudio deberá realizarse previamente a la conformación o actualización del Banco de Oferentes y a la celebración de los contratos y con base en los resultados de la planeación de cobertura y de la proyección de cupos, en los términos establecidos en la resolución de matrícula expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

De otra parte, aclaró, en relación con la continuidad de tales contratos, que:

“Artículo 13. Continuidad en la prestación del servicio y continuidad del contratista. A los estudiantes beneficiarios del servicio contratado se les deberá garantizar la continuidad del servicio educativo, sin que ello implique que el contratista adquiere derecho alguno a continuar el contrato más allá de su vigencia inicial. En consecuencia, sólo se podrá recurrir, en cada vigencia, a la modalidad de contratación de la prestación del servicio educativo, cuando no se pueda ofrecer disponibilidad de cupo en un establecimiento educativo oficial a los estudiantes que en la vigencia anterior eran beneficiarios del servicio contratado.

29. En este recorrido reglamentario, el Decreto 2355 de 2009 mantuvo la exigencia de conformar bancos de oferentes por las entidades territoriales interesadas en contratar la prestación del servicio educativo, como lo prescribe



su artículo 15; de modo que sólo quienes allí resultaran habilitados tendrían la posibilidad de participar en los procesos de selección respectivos. Al lado de lo anterior, el inciso tercero del mencionado artículo dispuso:

“El Ministerio de Educación Nacional determinará los lineamientos para la contratación del servicio público educativo y establecerá los criterios de evaluación y de calificación, los cuales incluirán los aspectos técnicos referidos a trayectoria e idoneidad, así como los procesos, procedimientos, formatos y demás instrumentos requeridos para la conformación del banco de oferentes”.

30. El citado Decreto 2355 reglamentó la conformación del banco de oferentes, en los siguientes términos:

Artículo 16. Procedimiento para conformar un banco de oferentes. Las entidades territoriales certificadas deben adelantar el siguiente procedimiento para conformar un banco de oferentes:

16.1 Primera etapa. Requerimientos previos para la conformación del banco de oferentes.

16.1.1 Adelantar todas las etapas preliminares y de proyección de cupos del proceso de matrícula que haya definido el Ministerio de Educación Nacional mediante la respectiva resolución.

16.1.2 Realizar un estudio completo que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del ente territorial certificado para prestar el servicio educativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 1° de la Ley 1294 de 2009. Las conclusiones del estudio deben quedar consignadas en la parte motiva del acto administrativo de invitación pública.

16.1.3 Elaborar una invitación pública, que debe contener:

a) Datos básicos de la entidad territorial certificada interesada en conformar el banco de oferentes.

(...)

d) Requisitos que deben acreditar los interesados en inscribirse, principalmente los relacionados con la acreditación de la experiencia e idoneidad para prestar el servicio público de educación y la capacidad para celebrar contratos.

e) Criterios para evaluar a los inscritos y posibles prestadores del servicio.

16.1.6 Elaborar la tabla de calificación, de acuerdo con el formato de evaluación, estableciendo un puntaje máximo y mínimo para cada aspecto evaluable y el puntaje mínimo requerido para ser habilitado, hacer parte del banco de oferentes y poder celebrar los respectivos contratos. La tabla de calificación hará parte integral de la invitación pública (...).

31. En el mes de mayo de 2015, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1075 -Decreto Único Reglamentario del Sector Educación-, cuyo objetivo fue “*compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen dicho sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo*”. Luego, el 16 de septiembre de 2015 se expidió el Decreto 1851, parcialmente demandado,



mediante el cual se subrogó el Capítulo 3, del Título 1 de la Parte 3 del Libro 2 del decreto compilatorio, que regulaba la contratación del servicio educativo por parte de las entidades territoriales certificadas.

32. El Decreto 1851 de 2015, se ocupó de establecer las condiciones mínimas que los interesados en prestar servicios educativos a las entidades territoriales deben garantizar –ante la insuficiencia y limitación de prestarlos directamente– con el fin de asegurar que aquellos cuenten con reconocida trayectoria e idoneidad. Los artículos 2.3.1.3.1.1. y 2.3.1.3.1.2. del citado decreto definen, en los siguientes términos, su objeto y ámbito de aplicación:

“ARTÍCULO 2.3.1.3.1.1. Objeto. El presente capítulo establece los requisitos para la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas en educación, que demuestren insuficiencia o limitaciones en los establecimientos educativos oficiales de su jurisdicción para la prestación de dicho servicio”.

“ARTÍCULO 2.3.1.3.1.2. Ámbito de aplicación. El presente capítulo se aplicará en los casos en que las entidades territoriales certificadas en educación requieran celebrar contratos para prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media. La contratación del servicio educativo se considera una medida de carácter excepcional y su aplicación requerirá que las entidades territoriales certificadas demuestren previamente la insuficiencia o las limitaciones para prestar el servicio en los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción (...)”

33. En punto a los atributos de “reconocida trayectoria e idoneidad” que deben acreditar los interesados en conformar el banco de oferentes respectivo, el citado reglamento determinó: (i) que la trayectoria se acreditaría con mínimo 5 años de experiencia en el sector educativo; y (ii) que la idoneidad estaría reflejada en los resultados de las pruebas SABER demostrando un percentil mínimo en las áreas de matemáticas y lenguaje. Así, dispuso que para la conformación del banco de oferentes de 2015 tendría en cuenta los resultados obtenidos en dichas pruebas en el año 2014, aumentando paulatinamente el percentil mínimo exigido para los años subsiguientes como se observa en las normas demandadas (cuyos apartes se subrayan):

“ARTÍCULO 2.3.1.3.3.7. Experiencia e idoneidad de los aspirantes a ser habilitados en el Banco de Oferentes. Los aspirantes a ser habilitados en el Banco de Oferentes deberán demostrar que sus establecimientos educativos postulados cumplen además de los requisitos señalados en el artículo anterior, los siguientes requisitos de experiencia e idoneidad:

1. Un tiempo mínimo de experiencia de 5 años en la prestación del servicio educativo.

2. Que en los últimos resultados publicados por el ICFES, correspondientes a las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11° presentadas, el establecimiento educativo haya alcanzado puntajes superiores al percentil 35 en las áreas de lenguaje y matemáticas, entre los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación. En caso de que el establecimiento educativo no presente la totalidad de las pruebas -por no ofrecer alguno de los grados-, este requisito aplica solo para las pruebas presentadas.



PARÁGRAFO 1°. *La entidad territorial certificada podrá establecer criterios de trayectoria e idoneidad superiores a los enunciados en la presente Sección.*

PARÁGRAFO 2°. *El Icfes publicará anualmente en el mes de noviembre, el listado de los establecimientos educativos que cumplen con el requisito establecido en el numeral 2 del presente artículo.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para el Banco de Oferentes que se conforme en el año 2015, se podrán habilitar únicamente los establecimientos educativos no oficiales, que en los resultados publicados por el Icfes de las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11° practicadas en el año 2014, según corresponda, hubieren alcanzado puntajes superiores al percentil 20 de los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación”.*

(...)

“ARTÍCULO 2.3.1.3.3.11. Criterios para la celebración de contratos de prestación del servicio educativo. *La entidad territorial certificada solamente podrá celebrar contratos para la prestación del servicio educativo con quienes se encuentren inscritos y habilitados en el Banco de Oferentes vigente, teniendo en cuenta para tales efectos los criterios de selección objetiva establecidos en la ley y además:*

(...)

PARÁGRAFO. *Para la vigencia 2016 se podrán celebrar contratos para la prestación de servicio educativo con cualquiera de los propietarios de establecimientos educativos no oficiales habilitados en el Banco de Oferentes conformado en el año 2015.*

En el año 2017, solamente podrán celebrar contratos para la prestación de servicio educativo las personas habilitadas en el Banco de Oferentes cuyos establecimientos educativos hubieren obtenido en las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11 del año 2015, según corresponda, puntajes superiores al percentil 30 de los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación, de acuerdo con los resultados publicados por el Icfes.

A partir de 2018, solo podrán celebrar los referidos contratos las personas jurídicas habilitadas propietarias de establecimientos educativos no oficiales, que cumplan con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 2°.3°.1°.3°.3°.7° del presente decreto.

Los propietarios de establecimientos educativos que hagan parte del Banco de Oferentes a conformar en el año 2015, cuyos resultados no correspondan al percentil establecido en los incisos 2° y 3° de este parágrafo para las respectivas vigencias, quedarán deshabilitados del banco de oferentes.”

34. De esta manera, mientras subsistan las circunstancias por las cuales las entidades territoriales deben acudir al instrumento contractual para garantizar la prestación del servicio de educación, el reglamento fijó unos requisitos de trayectoria, idoneidad, experiencia y resultados de calidad a las instituciones que pretendan celebrar tales contratos, todo lo cual, entre otras exigencias, determinan la conformación del banco de oferentes respectivo.

35. Se precisa, además, que este Decreto introdujo en la escena normativa, aquellas medidas que estimó debían adoptarse para garantizar estándares



mínimos de calidad y corregir prácticas que estaban repercutiendo desfavorablemente, a juicio del Ejecutivo, en los niveles de educación contratados, como era, entre otras, la posibilidad de hacer parte del banco de oferentes sin requerir, como exigencia normativa, algún número de años de experiencia en educación en los niveles de preescolar, básica y media –pues los anteriores decretos aunque sí exigían tales mínimos no lo imponían como una regla predefinida que estableciera una base de cálculo, sino que la entidad territorial debía hacer tales definiciones en cada caso– todo lo cual venía repercutiendo en resultados de calidad inferior al promedio nacional cuando el servicio de educación era contratado²².

36. Bajo este contexto fueron establecidos vía decreto reglamentario los requisitos mínimos relacionados con la forma de acreditar la trayectoria e idoneidad, cuyos (i) referentes de medición y (ii) las vigencias para las cuales empezaba a exigirse se constituyen en el foco al que se dirige el ataque de la parte demandante bajo el *sub lite*.

Análisis de los cargos de nulidad

37. Para avanzar en la tarea propuesta, y por fines metodológicos, la Sala abordará cada una de las disposiciones acusadas junto con los reproches esgrimidos por la *parte activa* –demandante y coadyuvante–, advirtiendo, desde ahora, que el punto de partida de la controversia anida de forma central en el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7., pues de allí se proyectan, en buena medida, los argumentos de censura contra los demás contenidos normativos demandados.

A) Cargos formulados contra el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7. Ilegalidad e inconstitucionalidad por violación al derecho a la igualdad, la educación, el debido proceso y al trabajo, de cara al sistema de medición adoptado; y por infracción de las normas en que debía fundarse

²² En entrevista concedida por el entonces Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media, Víctor Javier Saavedra, publicada en el diario el Espectador el 20 de octubre de 2015, éste enfatizó en las razones de la modificación normativa y los beneficios pretendidos en torno a la exigencia de mayores requisitos para avanzar en la conformación de los Bancos de Oferentes. En dicha nota periodística se indicó: “El viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media, Víctor Saavedra, anunció la entrada en vigencia del decreto 1851 de 2015 que reglamenta la contratación del servicio público educativo y se le pone freno a las malas prácticas que existían en las regiones. (...)”

“La normatividad existente hasta este año era laxa (Decreto 2355 de 2009) y así como podía contarse con muy buenos prestadores, también se corría el riesgo de caer en malas prácticas de contratación, debido a que no se exigía mayores requisitos a los contratistas”, aseveró el viceministro. (...)”

El funcionario detalló que con la normatividad anterior las ETC podían contratar con entidades sin importar si los representantes eran propietarios de establecimientos educativos, además podían celebrar contratos con iglesias y confesiones religiosas con reconocimiento jurídico ante el Estado y con personas jurídicas, públicas o privadas. Tampoco se exigía un tiempo de experiencia.

Estas falencias en la ley permitieron que se llevaran a cabo malas prácticas como: Contratación tardía y período de ejecución inferior al calendario escolar; pagos por estudiantes que no estaban incluidos en los contratos, los llamados “niños fantasma”; subcontratación del servicio a pesar de estar prohibida y contratación de bolsas de empleo, para proveer únicamente docentes”. Consultado en: <https://www.elespectador.com/educacion/gobierno-frena-malas-practicas-en-contratacion-del-servicio-educativo-article-593858/>



- **Argumentos de la parte activa**

a. Sostiene el demandante que el numeral 10 del artículo 2.3.1.3.1.5. del Decreto 1851 de 2015, define, entre otros, el concepto legal de *idoneidad*, indicando que éste *[h]ace referencia al equipo humano calificado y experimentado, a las metodologías de enseñanza aprobadas y con resultados demostrables, las ayudas pedagógicas y los demás elementos necesarios que deben acreditar los prestadores del servicio educativo que aspiren a celebrar los contratos de que trata este Capítulo (...)*. Afirma que, unido a este concepto, el citado Decreto estableció en el artículo 2.3.1.3.2.3. que la forma de acreditar la idoneidad *“estará relacionada con un alto desempeño en los exámenes de Estado, el mejoramiento continuo en los resultados de dichas pruebas, y la capacidad de generación y sostenimiento de adecuados ambientes escolares en los establecimientos educativos (...)*”.

Por lo anterior, señala que la forma de demostrar la idoneidad de los establecimientos educativos que establece el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 (ídem) para ser habilitados en el banco de oferentes, sólo hace referencia a los resultados de los exámenes de las pruebas SABER dejando de lado los demás componentes que la misma norma determina, así como otras áreas del conocimiento como las ciencias naturales y las competencias ciudadanas, lo que hace sesgada y contradictoria esa forma de acreditar la idoneidad.

b. A su vez, indica que al establecer como indicador prioritario de la calidad del servicio educativo sólo los resultados de las pruebas SABER del ICFES para elaborar el percentil mínimo requerido, se desconoce la corresponsabilidad consignada en el artículo 67 de la Carta Política que señala que la educación es un derecho y servicio público con función social de la que son responsables el Estado, la sociedad y la familia; de modo que no resulta legal ni constitucional endilgar toda la responsabilidad de los resultados de tales pruebas a la institución educativa.

c. Aduce que el instrumento de medición utilizado en la norma, denominado *percentil*, vulnera el derecho a la igualdad pues, al tener como base de cálculo los resultados de todas las pruebas SABER de las instituciones educativas de la entidad territorial, deja de considerar las diferencias que se generan por las variadas condiciones sociales, culturales y familiares que necesariamente inciden en los resultados de las pruebas, generando un algoritmo estadístico que iguala resultados que no pueden ser equiparados.

Expresa que la ruptura al derecho a la igualdad se hace evidente p. ej. frente a instituciones educativas que atienden población en zonas deprimidas de los entes territoriales, las cuales elaboran proyectos educativos institucionales – PEI– amoldados al entorno y proyecto de vida de los alumnos, que incluye la educación técnica que se articula con programas del SENA, sin que las pruebas SABER tengan en cuenta ese tipo de formación; y sí genera una



desventaja en la evaluación de las pruebas de estado, frente a aquellas propuestas educativas meramente académicas.

Afirma que, en vista de lo anterior, el Gobierno Nacional introdujo en el año 2015 el denominado Índice Sintético de Calidad Educativa –ISCE– con el fin de conocer cómo se encuentran las instituciones educativas en materia de progreso, eficiencia, desempeño, y ambiente escolar; indica que este índice es más acorde con la realidad de las instituciones educativas pues dentro del concepto de desempeño, se incluyen los resultados de las pruebas SABER.

d. Unido a lo anterior, a juicio del actor, se vulnera el derecho de igualdad ante el desconocimiento del principio de *diversidad* de que trata el artículo 2.3.1.3.1.4 del Decreto 1851 que impone que la contratación del servicio público educativo debe reconocer las diferencias étnicas, culturales, geográficas, demográficas y sociales de los niños, niñas y adolescentes.

Sostiene que el percentil establecido, al equipararse a un ranking, genera múltiples problemáticas que se constatan de cara a los principios de Berlín, lo que representa una violación al debido proceso al establecer una posición de una institución educativa con respecto a las demás que puede distorsionar y sustituir la realidad y funcionar como instrumento de manipulación por quienes diseñan y aplican el ranking, en detrimento del derecho a la educación; al igual, destruye la diversidad de las instituciones educativas que terminan ajustándose a los parámetros del ranking, invisibilizando proyectos, iniciativas y concepciones de la educación que no estén dentro del radar señalado en el ranking.

e. Agrega que el procedimiento para establecer el percentil adolece de los mínimos requisitos de confiabilidad toda vez que tanto el recaudo como el procesamiento de la información no cumplen con elementos probatorios de rigor, pues las pruebas SABER de grado 11 son vigiladas, y las pruebas de los grados 3°, 5° y 9° no lo son y, además, solo se practican en las áreas de matemáticas y lenguaje; por lo tanto, no se les puede dar igual tratamiento cómo lo hacen las normas atacadas, ni existe una metodología de evaluación.

f. Adicionalmente, afirma que las normas demandadas atentan contra el principio de autonomía y descentralización consignado en el artículo séptimo y la Ley 715 de 2001 en cuyo numeral 7.1 se establece a cargo de las entidades territoriales la función de “*dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar básica y media en condiciones de equidad, eficiencia y calidad en los términos definidos en la presente ley*”, de manera que son éstas las que deben velar por la idoneidad en la prestación del servicio in situ para contar con elementos de juicio que permitan establecer un concepto integral del componente de idoneidad propio del espacio donde se desarrollan las acciones de formación de los alumnos.

- **Argumentos de la demandada**



38. En relación con los anteriores cargos, la entidad demandada, en síntesis, planteó los siguientes argumentos:

a. Indicó que las pruebas SABER constituyen una medida que utiliza el Estado en ejercicio de su función de inspección y vigilancia con el fin de verificar la calidad de la educación y, de acuerdo con el artículo 80 de la Ley 115 de 1994, se encargó al Ministerio de Educación Nacional para que estableciera un Sistema Nacional de Evaluación de la Educación en coordinación con el Servicio Nacional de Pruebas del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES y con las entidades territoriales con el fin de velar por la calidad; lo anterior en concordancia con el Decreto 869 de 2010 que reglamenta el examen de Estado de las pruebas SABER 11.

De manera que, adoptar como referente de medición un percentil aplicado a las pruebas SABER resulta ajustado al marco legal, en tanto proporciona información sobre el desarrollo de las competencias básicas que debe desarrollar un estudiante, y permite cumplir, entre otras funciones atribuidas a dichas pruebas, aquellas dirigidas a monitorear la calidad de la educación de los establecimientos educativos, servir como fuente de información para la construcción de indicadores de calidad, y para el ejercicio de la inspección y vigilancia del servicio público de educación.

b. Sostuvo que la responsabilidad por el resultado de las pruebas SABER corresponde a la institución educativa, por ser la que presta directamente el servicio de educación y, en caso de que sea deficiente en la preparación y transmisión del conocimiento, ello se verá reflejado en los resultados de dichas pruebas; así, cuando el artículo 67 superior establece que el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación se refiere a que se logre el acceso a la educación, pero no para hacer responsable a estos últimos por la calidad de la educación, cuya inspección y vigilancia en materia de calidad se encuentra a cargo del Estado.

c. Se opuso a la tesis de la parte actora de que existe una violación al derecho a la igualdad por cuenta de una evaluación que no considera las condiciones sociales económicas y culturales entre diversos establecimientos educativos; afirma que ello constituye una proposición inaceptable que conduciría a que los niños que vivan en difíciles condiciones sociales, económicas o culturales, además deben tener educación de calidad inferior o mínima. Subrayó que los lineamientos legales y reglamentarios han sido únicos y de aplicación general, pues el servicio público es uno solo y se presta sin distinción alguna y sin consideración a ningún establecimiento educativo de carácter privado.

Sobre el índice Sintético de Calidad Educativa – ISCE, señaló que fue diseñado a finales de 2014 por el ICFES para desarrollar estrategias de mejoramiento a través de un número de fácil interpretación por nivel educativo



(primaria, secundaria y media). Explicó que, de una parte, las pruebas SABER brindan información pedagógica para la toma de acciones específicas en materia educativa pues hacen análisis de los componentes y competencias examinadas en cada una de las áreas de los grados evaluados; y de otra, que el ISCE es un índice, un sólo número por nivel educativo que no tiene los objetivos pedagógicos de las pruebas SABER aunque contenga información útil para determinar un punto de partida de los colegios en relación con su evolución en el tiempo y al diseño de sus programas.

d. Afirmó que para el demandante lo ilegal es que las pruebas SABER se apliquen sin diferenciar entre las instituciones educativas, es decir que lo que se reprocha es la forma cómo se aplican las pruebas SABER y, sobre este punto, sostuvo que el acto sometido a control no reglamenta las pruebas SABER sino que utiliza sus resultados como un criterio de idoneidad del establecimiento educativo que le permite estar habilitado en el banco de oferentes.

En relación con el concepto de *ranking* que se le atribuye al ISCE así como al *percentil*, expresa que ello es equivocado, en tanto el ranking es un sistema de ordenación del que escapan estas dos formas de medición. En todo caso señala que los *Principios de Berlín* fueron elaborados por la Comunidad Europea para la educación superior con el fin de establecer niveles de responsabilidad en el proceso de su construcción, los cuales no resultan aplicables al caso concreto pues, además, no han sido incorporados al derecho interno del país; en consecuencia, no se puede aducir la violación al derecho al debido proceso en la elaboración y aplicación del *percentil* bajo el argumento del desconocimiento de principios que no aplican y bajo una construcción conceptual de ranking que no se corresponde al percentil.

e. Sobre el poco grado de confiabilidad de las pruebas SABER, en tanto unas pruebas son vigiladas y otras no, señala la demandada que tales discrepancias debieron haber sido llevadas por parte del demandante a cuestionar la legalidad de la reglamentación de los exámenes de Estado y no el Decreto 1851 pues este último tomó los resultados de dichas pruebas como una muestra de la idoneidad de la institución educativa pero no reglamentó los exámenes de Estado ni la forma en que se practican para definir su mayor o menor confiabilidad. Agregó que, en todo caso, el demandante no expuso la violación de norma alguna.

f. Advirtió, desde los albores de su defensa, que de conformidad con el artículo 5° de la Ley 715 de 2001 la Nación ejerció las competencias asignadas en relación con la prestación del servicio público de educación en niveles preescolar, básico y medio, para disponer de las medidas que le permitirán cumplir las funciones de “regular la prestación de los servicios educativos estatales y no estatales” (art. 5.2) así como “definir diseñar y establecer instrumentos y mecanismos para la calidad de la educación” (art. 5.6).



- Análisis de la Sala

Primer cargo

39. Como se ha indicado, para el actor es contrario al ordenamiento jurídico que las pruebas SABER, en los términos del núm. 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 demandado, se constituyan en el mecanismo para acreditar la idoneidad de la institución educativa, en tanto, dicho referente dejó de lado los demás componentes del concepto de “*idoneidad*” que la misma disposición prescribió en el numeral 10 del artículo 2.3.1.3.1.5. al establecer su definición, así como frente al artículo 2.3.1.3.2.3. que determinó su forma de acreditarla. Reprochó, así mismo, que las bases de cálculo del percentil solo se refirieran a los resultados de las citadas pruebas en dos áreas del conocimiento, dejando de considerar las demás.

40. Lo primero que se debe indicar, es que la supuesta contradicción de la norma *sub-examen* frente a los dos artículos precitados, no se constituye en argumento de ilegalidad, en la medida que se trata de disposiciones que hacen parte del mismo cuerpo normativo –Decreto 1815 de 2015– y, por ende, no existe entre ellas una preeminencia jerárquica que pueda ser fundamento de un vicio de tal categoría, en tanto comparten igual nivel en la estructura del sistema normativo.

Así mismo, se observa que los planteamientos en que se funda este primer reproche no precisan de qué manera la norma acusada es violatoria de la ley que reglamenta o de los preceptos constitucionales que se aducen infringidos, en la medida que el cargo se contrae a cuestionar la falta de *coherencia* entre diferentes normas del mismo Decreto, asunto que, de llegar a ser cierto, se define por la vía de la interpretación normativa y no por la intervención del juez de la legalidad.

41. En efecto, la parte demandante señaló que si bien existía armonía entre los artículos 2.3.1.3.1.5. y 2.3.1.3.2.3. del Decreto 1851 de 2015, ello no concordaba con los requisitos de experiencia e idoneidad establecidos en el artículo 2.3.1.3.3.7, numeral 2, (*ibidem*), norma frente a la cual, adujo, “*no se guarda la misma coherencia*”²³ teniendo en cuenta que se trata de un instrumento de medición que no contiene todos los demás elementos que integran el concepto de idoneidad.

De manera que la inconformidad esgrimida, pone de presente la inexistencia de cimientos que permitan avanzar en un cuestionamiento de ilegalidad, y permite advertir que lo verdaderamente planteado por la parte actora corresponde a la presencia de una aparente antinomia normativa entre las bases conceptuales contenidas en la definición de la “*idoneidad*” y el instrumento de medición asignado a las pruebas SABER; argumento del que,

²³ Fls. 8 y 9 del c. ppal. 1.



en todo caso, se aparta la Sala como se pasa a indicar.

42. La definición que hace el Decreto 1851 de 2015 del concepto de idoneidad, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.3.1.3.1.5. Definiciones. Para efectos de la interpretación y aplicación del presente capítulo, se considerarán las siguientes definiciones:

(...)

10. Idoneidad. Hace referencia al equipo humano calificado y experimentado, a las metodologías de enseñanza probadas y con resultados demostrables, las ayudas pedagógicas y demás elementos necesarios que deben acreditar los prestadores del servicio educativo que aspiren a celebrar los contratos de que trata este capítulo”.

43. Por su parte, al desarrollar la forma de acreditación de la idoneidad, el citado Decreto establece:

“ARTÍCULO 2.3.1.3.2.3. Acreditación de la idoneidad. La idoneidad que deben acreditar los prestadores del servicio público educativo que aspiren a celebrar alguno de los contratos regulados en el presente capítulo, estará relacionada con un alto desempeño en los exámenes de Estado, el mejoramiento continuo en los resultados de dichas pruebas, y la capacidad de generación y sostenimiento de adecuados ambientes escolares en los establecimientos educativos que hayan sido dirigidos o administrados por el aspirante, de acuerdo con los indicadores de convivencia escolar”.

44. Proponer que con las pruebas SABER se descartan algunos elementos inherentes al concepto de idoneidad, y así plantear una antinomia por carencia, insuficiencia o contradicción entre disposiciones del mismo cuerpo normativo, resulta aventurado; no basta, como lo plantea el demandante, desagregar los componentes de la definición de idoneidad en los cuatro postulados que informan la premisa normativa (equipo humano - metodologías de enseñanza - ayudas pedagógicas - y demás elementos que deben acreditar los prestadores del servicio educativo), y de allí pretender que la regla de reconocimiento y acreditación bajo examen deba ser una réplica de dichos elementos, desconociendo el valor conceptual que produce el concurso de todos ellos.

45. Para la Sala, una tesis de tal alcance resulta limitada, pues pasa por alto que las piezas que integran un concepto, y por ende permiten definirlo, conforman un todo; por ello, el análisis no recae sobre las partes individualmente consideradas, como unidades en sí mismas, sino que su entendimiento corresponde al resultado sustancial que producen en su conjunto. Así acontece cuando se acude a definiciones normativas como el criterio de *idoneidad*, cuyo concepto es resultado de la integración de sus elementos y, sin desconocer que éstos son necesarios en orden a su construcción, ha de entenderse que el objeto de conocimiento supera la sumatoria entre ellos y apunta hacia un resultado de contenido sustancial autónomo.



46. De este modo, no se observa que las pruebas SABER, como instrumento de evaluación determinante de la base de cálculo del percentil, revele un problema antinómico de legalidad por ausencia de los criterios que definen el concepto de idoneidad y su acreditación frente a la regla cuestionada, toda vez que, conforme al principio de unidad normativa, existen dentro del ordenamiento jurídico otras disposiciones de rango legal que, siendo parte del *sistema jurídico* nacional permiten hallar la coherencia que echa de menos el actor, tal como ocurre al cotejar la norma demandada frente a las disposiciones que, a su turno, definen los criterios sobre los cuales se construyen las pruebas SABER.

47. Así, al revisar el alcance y objeto de las evaluaciones en materia de educación, el artículo 80 de la Ley 115 de 1994 –por la cual se expide la Ley General de la Educación– dispone que *“con el fin de velar por la calidad, por el cumplimiento de los fines de la educación y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, [se] establecerá un Sistema Nacional de Evaluación de la Educación que opere en coordinación con el Servicio Nacional de Pruebas del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES (...) El Sistema diseñará y aplicará criterios y procedimientos para evaluar la calidad de la enseñanza que se imparte, el desempeño profesional del docente y de los docentes directivos, los logros de los alumnos, la eficacia de los métodos pedagógicos, de los textos y materiales empleados, la organización administrativa y física de las instituciones educativas y la eficiencia de la prestación del servicio”* (subraya añadida).

48. En armonía con lo anterior, la Ley 1324 de 2009, por cuya virtud, entre otros alcances, se fijan los parámetros y criterios para organizar el sistema de evaluación de resultados de la calidad de la educación, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. PARÁMETROS Y CRITERIOS. El Estado en el ejercicio de su función suprema de inspección y vigilancia de la educación tiene el deber de valerse de exámenes de Estado y otras pruebas externas, para medir el nivel de cumplimiento de sus objetivos y buscar el mejoramiento continuo de la educación (...).”

49. Son entonces los exámenes de Estado, los mecanismos por excelencia de medición del cumplimiento de los objetivos en materia de educación, a través de los cuales se evalúa: (i) la calidad de la enseñanza que se imparte, (ii) el desempeño profesional de los docentes, (iii) los logros de los alumnos, (iv) la eficacia de los métodos pedagógicos, (v) la eficiencia de los textos y materiales empleados, (vi) la organización administrativa y física de las instituciones educativas y (vii) la eficiencia de la prestación del servicio; de suerte que los aspectos de los que se ocupan las pruebas SABER son compatibles con las premisas del artículo 27 de la Ley 715 de 2001, y descienden por consecuencia a los preceptos del Decreto 1851 de 2015 que el actor señaló habían sido ignorados por la regla de medición, sin que haya un juicio de cargo que desdiga de tal coherencia normativa.



50. De otra parte, se reprocha que en las bases de cálculo del percentil solo se consideren los resultados de las pruebas SABER registrados en las áreas de matemáticas y lenguaje, sin considerar las demás competencias y áreas de conocimiento. Al respecto, no observa la Sala que el concepto de la violación establezca de manera puntual la forma en que, al acudir sólo a los resultados en las dos áreas indicadas, se configure la violación de normas superiores, más allá de la mención que preliminarmente hiciera el actor en relación con las normas constitucionales y legales expresadas en la demanda.

51. Patenta lo anterior, que el argumento esgrimido por el actor en su libelo introductorio se contrajo a indicar –entrelazando este reproche con el precedente– que, *“estos componentes, se deben acreditar, tal como ya se dijo, con el alto desempeño en los exámenes de Estado, el mejoramiento continuo en los resultados (sic) dichas pruebas, y la capacidad de generación y sostenimiento de adecuados ambientes escolares (...). Es decir, el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015, sólo hace referencia a los exámenes PRUEBAS SABER, dejando de lado los demás componentes de la idoneidad determinados en la norma, y deja por fuera otras áreas del conocimiento, como las ciencias naturales, competencias ciudadanas, etc.”*²⁴

52. Bastaría lo dicho para que la Sala descartara tal argumento, en la medida que no pasa de ser una afirmación general que no plantea dónde se sitúa una violación configuradora de un vicio de ilegalidad. Con todo, hay que indicar que esta proposición resulta contradictoria con la que previamente expresó el demandante, quien cuestionó la utilización de las pruebas SABER por no estimarlas coherentes o adecuadas frente al concepto de idoneidad, y ahora reprocha que no se consideren los resultados de todas las áreas de conocimiento que evalúan dichas pruebas –sin que entre tales tesis se haya establecido una relación de subsidiariedad–.

53. Aun, si en gracia de discusión se entendiera confeccionada materialmente dicha subsidiariedad, lo cierto es que tampoco se conoce en qué medida y cómo el argumento postulado quebrantaría alguna de las disposiciones superiores aducidas en el concepto de la violación pues, sobre este reproche, nada se profundizó.

No obstante, y sólo a manera ilustrativa, observa la Sala que, dentro del Sistema Nacional de Evaluación de la Educación, las pruebas SABER evalúan las áreas de matemáticas y lenguaje en los grados 3°, 5° y 9°; respecto de estos dos últimos grados se añade las ciencias naturales y las competencias ciudadanas; y, en el grado 11°, se suman, además de todas las anteriores, las áreas de sociales e inglés²⁵.

²⁴ Fl. 9 del c. ppal. 1.

²⁵ Consultado en: <https://www.mineducacion.gov.co/portal/micrositios-preescolar-basica-y-media/Evaluacion/Evaluacion-de-estudiantes/397384:Pruebas-saber>



54. En esta línea, al fijar los parámetros para llevar a cabo la evaluación estandarizada, los entes técnicos especializados en materia de educación han determinado las competencias y componentes a evaluar (función a cargo del Ministerio de Educación Nacional), así como los mecanismos para concebir, diseñar e implementar instrumentos de evaluación de la calidad de la educación (a cargo del ICFES según el art. 12 de la Ley 1324 de 2009), de modo que, como matemáticas y lenguaje corresponden a aquellas áreas comunes a los distintos grados y, además, la *“investigación ha demostrado que lo que ocurre en matemáticas y lenguaje es un buen indicio de lo que sucede en el resto de las áreas, pues estas son áreas básicas del saber, de las que se derivan los procesos de aprendizaje en las demás”*,²⁶ no cabría, ni aun de entenderse tal cuestionamiento de forma subsidiaria, un reproche de ilegalidad de cara a la medida de acreditación de la idoneidad, más allá de una mera inconformidad como la planteada en la demanda, y así será declarado.

Segundo cargo

55. Otro aspecto controvertido por la parte demandante alude a que los resultados de las pruebas SABER del ICFES, al determinar el percentil mínimo para la habilitación en el Banco de Oferentes, desconoce la corresponsabilidad consignada en el artículo 67 de la Carta Política pues al ser responsables de la educación el Estado, la sociedad y la familia, no resulta legal ni constitucional endilgar toda la responsabilidad de los resultados de tales pruebas, sólo a la institución educativa.

56. Hay que iniciar señalando que, la corresponsabilidad que reclama el actor no puede ser entendida como una distribución porcentual de obligaciones genéricas, sino que atañe a aquellas actividades y deberes establecidos conforme al rol que asume cada uno de los actores bajo el precepto constitucional, ya sea el Estado, la sociedad y la familia, cuya convergencia es la que garantiza la realización del derecho a la educación.

Lo anterior se explica en la naturaleza que ostentan los derechos sociales, económicos y culturales que, como el derecho a la educación, y más allá de que compartan la categoría de fundamental frente al individuo, imponen para su realización el cumplimiento de cargas, deberes y obligaciones de carácter positivo y negativo que llevan a materializar sus derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales como parte del núcleo en el que se definen los derechos humanos, a la par que afianza su proyección en la sociedad. De modo que, para garantizar este derecho-deber, se requiere la adopción de un conjunto de medidas de acción y abstención por parte de las entidades estatales, pero también de la familia y de la sociedad, de cara a los diferentes ámbitos de responsabilidad asignados a cada cual, para la realización plena del derecho a la educación.

²⁶ Consultado en: <https://www.mineduacion.gov.co/1621/article-87402.html>



57. En cuanto a las obligaciones a cargo del Estado, se tiene que a éste le corresponde garantizar la eficiente y continua prestación del servicio público de educación a todos los habitantes del territorio nacional. Para ello, sus instituciones y entidades deben adelantar acciones concretas para cumplir, entre otras, con las obligaciones relacionadas con el ofrecimiento de estándares de calidad, acceso y permanencia y, conjuntamente, ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación (art. 67 C.P.).

58. Conforme a este marco, las normas superiores, incluidos los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tienen por averiguado que la calidad se constituye en vértice fundamental en el aseguramiento del derecho a la educación. La Observación General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC)²⁷ da cuenta de las cuatro facetas que determinan el alcance de la obligación estatal en la materia: (i) la aceptabilidad; (ii) la adaptabilidad; (iii) la disponibilidad o asequibilidad; y (iv) la accesibilidad.

En la Sentencia C-376 de 2010, la Corte Constitucional, al respecto, precisó:

i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.”

59. Por consiguiente, el Estado tiene a su cargo las cuatro facetas ilustradas en precedencia, las cuales se incorporan en el Sistema de Educación en los siguientes términos:

“En conclusión, el derecho y servicio público de educación: (i) permite el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libre escogencia de profesión u oficio, ya que es el presupuesto para materializar la elección de un proyecto de vida; (ii) es un derecho fundamental de las personas menores de 18 años; y (iii) se integra de cuatro características fundamentales que se relacionan entre sí, a saber: aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad.

Del anterior alcance se desprende que el derecho a la educación implica para el Estado: (i) su reconocimiento como derecho fundamental e inherente a la persona y un servicio público cuya prestación es un fin esencial; (ii) su provisión gratuita y obligatoria en el nivel básico de primaria^[92]; (iii) su priorización como servicio público de manera que todas las personas hasta de 18 años accedan a, al menos, un año de preescolar, cinco años de primaria y cuatro de secundaria; y (iv) su prestación

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-434 del 29 de octubre de 2018, haciendo referencia al Comité DESC – Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



*accesible y permanente, con el suficiente cubrimiento a nivel nacional y territorial*²⁸.

60. En lo concerniente a la aceptabilidad, el inciso 5º del artículo 67 superior, establece que al Estado le corresponde regular y ejercer la “*suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad y la mejor formación moral, intelectual y física de los estudiantes*”.

En esta línea, la definición de un percentil mínimo para garantizar la calidad de la educación está asociada directamente con los elementos, criterios y finalidades que integran el Sistema de Evaluación de la Educación, en particular, de las políticas y criterios establecidos en las pruebas de Estado que, como atrás se indicó, permite, bajo parámetros definidos por los entes especializados en la materia, determinar estándares mínimos que reflejen la idoneidad de los potenciales interesados en prestar el servicio público de educación.

61. De esta manera, el percentil reprochado, al ubicarse en perspectiva de *aceptabilidad*, pone en evidencia que el ejercicio de la obligación de inspección y vigilancia asignada al Estado está dirigido a supervisar y controlar la calidad de la enseñanza en las instituciones que prestan el servicio público de educación; pero, en particular, de aquellos prestadores interesados en contratar con el Estado, cuando no se pueda ofrecer este servicio público a través de oferta estatal en educación. En cualquier caso, la enseñanza es prestada por las instituciones educativas, y corresponde al Estado garantizar unos requisitos mínimos que aseguren condiciones de calidad –experiencia e idoneidad– en los casos en que se contrate este servicio.

62. Así las cosas, el percentil aplicado a las pruebas SABER para obtener habilitación en el banco de oferentes, no desconoce lo que el actor denomina *corresponsabilidad* entre el Estado, la sociedad y la familia, en tanto se trata de esferas plenamente diferenciables, sin perjuicio de su conexidad intrínseca, pero que, en clave de *aceptabilidad*, pone en evidencia que el ejercicio de la función de inspección y vigilancia asignada al Estado que se establece mediante la acreditación de un percentil mínimo en tales pruebas, está orientado a supervisar y controlar la calidad en la impartición de la enseñanza, siendo una medida de valoración razonable aplicar el mecanismo de medición frente a las instituciones educativas.

63. Así, conforme al enunciado constitucional vertido en el inciso 3º del art. 68 que establece que “*la enseñanza debe estar a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica*”, la medida de cálculo no se torna contraria a la ley o la Constitución bajo el cargo analizado, pues, en efecto, la idoneidad se predica de quienes imparten la enseñanza y se mide conforme a los criterios fijados en las pruebas SABER para definir parámetros básicos de calidad; razón por la cual el cargo será negado, al no existir huella de la

²⁸ Ibidem.



vulneración aducida.

Tercer cargo

64. La parte demandante postula como una violación del derecho a la igualdad, que la base de cálculo que resulta de la aplicación de las pruebas SABER deje de considerar las diferencias que se generan por las variadas condiciones sociales, culturales y familiares que inciden en sus resultados, en tanto se genera un algoritmo estadístico que iguala resultados que no pueden ser equiparados, y pasa por alto los proyectos educativos que se implementan en zonas deprimidas por no tener reflejo en las pruebas SABER; así mismo aduce que con el Índice Sintético de Calidad Educativa –ISCE– tales condiciones sí se tienen en cuenta, correspondiendo a una medida más próxima a la prestación del servicio y a los elementos de idoneidad que se deben constatar.

65. En similares términos, el coadyuvante acusó al numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7, y al inciso tercero del artículo 2.3.1.3.3.11 de ser violatorios del derecho a la igualdad (art. 13 de la C.P.) y del derecho a la educación (art. 67 de la C.P.) –capítulo IV de tal coadyuvancia– al sostener que el mecanismo del percentil es irracional pues no puede erigirse en el criterio único de medición de la idoneidad para la contratación del servicio público de educación; también porque desconoce el contexto socio cultural de los estudiantes y sus derechos.

66. Para resolver este reproche, es necesario partir de la función y entendimiento del dispositivo estadístico denominado percentil, el cual, en términos generales, corresponde a una medida de posición que agrupa un conjunto de datos en cien partes iguales, ordenándolos de menor a mayor, de forma que aporta información sobre el porcentaje de observaciones que se sitúan por debajo de un determinado valor.

De género a especie, y para su mejor entendimiento, estas medidas de posición son definidas y explicadas en los siguientes términos:

“Medidas de posición relativa

Estas medidas son también llamadas cuantilas, cuantiles o fractiles y cuyo objetivo es describir el comportamiento de una variable dividiendo la serie de valores en diferente número de partes porcentualmente iguales, las más usadas son: los cuantiles (cuartas partes), los deciles (decimas partes) y los centiles o percentiles (centésimas partes).

(...)

Los Percentiles

Son ciertos números que dividen el conjunto de datos ordenados en cien partes porcentualmente iguales. El percentil 50 equivale a la mediana. Considerando la definición de la mediana, esta será el segundo cuartil, el quinto decil o el 50avo percentil o centil. En cualquiera de estas medidas el valor matemático que



se obtenga será representativo del número de datos o menos que corresponde al valor relativo planteado. (Ejemplo: el primer cuartil es un valor representativo del 25% o menos de los valores de una distribución, es decir, los valores inferiores de la distribución)²⁹.

67. Esta medida, además, está diseñada para generar estadísticas relacionadas con grupos amplios de información, en razón de que el sistema de análisis impone la división del 100% del universo de la información en cien partes iguales.

En términos prácticos, se ordenan de menor a mayor los datos objeto de análisis, enumerándolos por sus posiciones³⁰ y el percentil buscado determinará el valor de la variable por debajo de la cual se encuentra un porcentaje dentro de un grupo de datos, y el porcentaje restante indicará los que son mayores a éste³¹.

68. Así, no comparte la Sala el reproche que se examina, teniendo en cuenta, en primer lugar, que la norma acusada establece que el conjunto de datos a analizar, para la definición del percentil, corresponde a un porcentaje mínimo en las pruebas SABER aplicada a los establecimientos educativos de la respectiva entidad territorial certificada donde eventualmente se vaya a efectuar la contratación; de modo que lo que procura este mecanismo es la inclusión de todos los datos relativos a los prestadores del servicio y, por consecuencia, trae aparejada la incorporación en la definición del percentil de los datos de las instituciones cuyos resultados, sin duda, reflejan las particularidades sociales y culturales asociadas a la jurisdicción del ente territorial; dispositivo concordante con el ámbito de aplicación de las normas relativas a la contratación del servicio educativo por parte de las entidades territoriales certificadas, según el art. 2.3.1.3.1.1. del decreto enjuiciado.

69. En segundo lugar, la medida utilizada es razonable y no pugna con el derecho a la igualdad, puesto que al considerar los datos de todas las

²⁹ "Probabilidad y Estadística", Universidad Nacional de Colombia. Consultado en: red.unal.edu.co/cursos/ciencias/2001065/html/un1/cont_128_28.html

³⁰ Por ejemplo, 35 colegios observados conforman el 100% del universo de información; de modo que, si se ordenan según determinados resultados de menor a mayor, cada dato será enumerado con una posición que va del 1 al 35. Para hallar el percentil se despejará la siguiente fórmula: si 35 colegios conforman el 100% de los datos, y se quiere calcular el percentil 20 (es decir el porcentaje de los datos que son igual o menor a esa proporción) se hace la siguiente operación:

35 -> 100% = $\frac{35 * 20\%}{100\%} = 7,5$ -> se aproxima al entero siguiente = 8.
 i -> 20%

Es decir que el percentil 20 será el dato que se ubica en la posición 8, entre los 35 colegios.

-Un ejemplo detallado, buscando el percentil 20 en los resultados de 19 colegios:

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|--------------------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| Calificación obtenida: | 23 | 36 | 28 | 35 | 37 | 39 | 40 | 40 | 49 | 50 | 51 | 52 | 57 | 61 | 66 | 70 | 75 | 80 | 90 |
| Posición (No. Colegios): | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 | 18 | 19 |

19 -> 100% = $\frac{19 * 20\%}{100\%} = 3,8$ = se aproxima a 4. El percentil 20 es el dato que está en la posición 4=35
 i -> 20%

Es decir que el 20% de los datos es igual o menor que 35 y el 80% restante son mayores.

³¹ La definición y la aplicación del percentil, así como ejemplos de éste, pueden consultarse también en: https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/publication/field_attached_file/pdf-_estadistica_descriptiva-_completo-_09-15.pdf



instituciones educativas y agrupar sus resultados en función de una determinada jurisdicción, permite que la medida de posición que cada una adquiera en la fórmula tenga incidencia directa en la estadística y, así también, en los mínimos requeridos para conformar el banco de oferentes.

Además, si como lo indica el actor existen numerosas instituciones que se verían afectadas por los resultados de la aplicación del percentil, pues en su dicho *“con esta medida quedarían más de 85 instituciones sin poder contratar, las cuales atienden más de 35,000 niños y jóvenes de los sectores”*³² deprimidos de la ciudad de Cali, es evidente que el citado mecanismo estadístico, al considerar en la medida de posición todas las instituciones educativas, necesariamente deberá reflejar en los datos de observación (evaluación de las pruebas SABER) sus resultados. Siendo así, cada institución –con sus diversas caracterizaciones sociales, geográficas y culturales, entre otras– tiene reflejo en las variables que conducen a establecer el percentil, lo que es concordante con los principios bajo los cuales se debe analizar la norma censurada, entre ellos, el de calidad y diversidad, definidos en el artículo 2.3.1.3.1.4. del Decreto 1851 de 2015, en tanto armonizan plenamente con el mecanismo del percentil, al señalar:

“3. Calidad. Mediante la contratación del servicio público educativo, las entidades territoriales certificadas deberán garantizar condiciones adecuadas para el desarrollo de aprendizajes y facilitar ambientes escolares y procesos pedagógicos adecuados, que propendan por la formación integral y de calidad de los estudiantes.

4. Diversidad. La contratación del servicio público educativo reconocerá las diferencias étnicas, culturales, geográficas, demográficas y sociales de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de ofrecer una prestación del servicio educativo pertinente, de tal manera que se garantice el acceso y la permanencia escolar de todas las personas.”

70. Al lado de lo anterior, es preciso indicar que la norma demandada incorpora el percentil como mecanismo dinámico que atiende la realidad cambiante de las instituciones educativas, puesto que no impone un valor base de habilitación frente al banco de oferentes a partir del cual, quien obtenga en el último año un determinado resultado en las pruebas SABER será la institución que pueda ser parte de esa lista de precalificación; contrario a ello, en aplicación del percentil –p. ej. 20, 30 o 35, o el que defina el reglamento–, no podrán quedar habilitados en el respectivo banco de oferentes los establecimientos educativos cuyos resultados en las pruebas SABER se encuentren en el porcentaje igual o menor al 20%, 30% o 35%, según corresponda, dentro de las observaciones de un conjunto de datos que corresponde al 100%.

71. De modo que, como se trata de una ordenación de datos de menor a mayor, el percentil refleja el valor por debajo del cual se encuentra un determinado porcentaje de observaciones en un grupo; y, a su turno, evidencia

³² Fl. 4 del c. ppal. 1



que el porcentaje restante (80%, 70% o 65%, aplicado a los valores que sirven de ejemplo), es mayor a tal valor.

Así las cosas, bajo la obligación de aseguramiento en calidad a cargo del Estado (art. 67 de la C. P.), no se observa ilegalidad en la utilización del percentil ni desconocimiento del derecho a la igualdad, al principio de diversidad o al derecho a la educación; por el contrario, dicho mecanismo exhibe verdaderos estándares mínimos para la impartición de la enseñanza, que cualquier institución que quiera contratar por el Estado, en el ámbito descrito, debe acreditar, sin que se observe que el porcentaje fijado para el percentil resulte desbordado o excluyente, pues justamente una educación con *calidad base* para todos, es la que redundará en reales oportunidades de progreso y desarrollo humano, cultural y social; es más, resulta en una acción afirmativa para alcanzar los estándares mínimos que garanticen el derecho a la educación, en las condiciones que impone la Constitución Política y los instrumentos internacionales.

72. Finalmente, en relación con la inconformidad que expresa la parte demandante respecto de la aplicación de las pruebas SABER como base de cálculo del percentil, sustentado en que el Índice Sintético de Calidad Educativa –ISCE– es más acorde con la realidad de las instituciones educativas, hay que indicar que tal argumento no se constituye en un reproche que tiña de ilegalidad la determinación hecha por el Ejecutivo, pues no corresponde al juez suplantar o sustituir a la Administración en la tarea de determinar y escoger entre ellos el mecanismo de medición que debe ser adoptado para comprobar la reconocida trayectoria e idoneidad a los prestadores de servicios de educación, conforme lo ordena artículo 27 de la Ley 715 de 2001.

El encargo judicial está orientado a examinar la existencia de reales vicios de ilegalidad, del que escapan las críticas o las preferencias subjetivas del actor en la aplicación de determinados métodos o mecanismos; así, sólo frente a los primeros, esto es, de constatarse de manera fehaciente la presencia de tales vicios, será procedente la expulsión de una disposición del ordenamiento jurídico a través del medio de control objetivo y abstracto de legalidad, sin que el escenario judicial admita un debate simplemente de oposición y crítica sin proyección clara y directa en la esfera de la legalidad de la norma, como aquí acontece.

73. De otra parte, y más allá de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los criterios y principios aplicables por el Estado para evaluar la calidad de la educación (donde converge el examen sobre la organización de la institución educativa, sus programas y el contexto socio cultural de los estudiantes, entre otros), permiten concluir que el instrumento por excelencia para realizar la medición de la calidad, en tan diversos aspectos, corresponde a las pruebas de Estado; de esta forma, no es admisible tildar de ilegal su



utilización comoquiera que se trata de un instrumento cuyas finalidades están circunscritas a la realización de tal evaluación dentro del sistema nacional de educación, que está dotado de respaldo legal y constitucional.

Esta línea es advertida, entre otras, en la sentencia T-523 de 2016, en la que el máximo Tribunal Constitucional señaló al respecto, lo siguiente:

“En la misma decisión, esta Corporación definió algunos de los criterios para evaluar la calidad de la educación, los cuales hacen referencia a los programas de estudio, la organización de la planta docente, y a que en virtud del principio de equidad, se debe reconocer que los contextos de los que provienen los estudiantes son diferentes y se deben implementar medidas para garantizar igualdad de condiciones. Además, en relación con la evaluación, reconoce que éste es un proceso complejo que exige la participación de diferentes autoridades y que la principal herramienta de medición son los exámenes de Estado. Por su relevancia en el caso que le corresponde revisar a la Sala, a continuación se citan cuatro de ellos:

“- La educación es aceptable cuando los programas de estudio y los métodos pedagógicos son pertinentes, adecuados culturalmente, equitativos y de buena calidad.”

(...)

*“ - La evaluación del proceso educativo (de la eficiencia y la calidad de la enseñanza, el desempeño de los docentes, la eficacia de los recursos, los métodos pedagógicos y las instituciones educativas) es una labor compleja que exige la participación coordinada del gobierno nacional, el Icfes y las entidades territoriales, y que se lleva a cabo, **principalmente, mediante la realización de los exámenes de Estado, cuyos resultados son los principales indicadores de la calidad de la educación que se imparte en las instituciones y los centros educativos públicos del país.** Dichos resultados son determinantes para el ejercicio del control y la vigilancia del servicio público educativo y para proporcionar la información que se requiere para el diseño y la implementación de programas de mejoramiento (...).” (se resalta).*

74. Al hilo de lo dicho, sin mediar razones de ilegalidad en el uso de los resultados de las pruebas SABER y su aplicación en la evaluación de idoneidad que desarrolló el Decreto 1851 de 2015 en la norma *sub examen*, no hay camino distinto al de negar el presente cargo, comoquiera que la preferencia del actor respecto del uso del Índice Sintético de Calidad en la Educación, no resta validez al instrumento legal y constitucionalmente concebido para evaluar su calidad por parte del Estado en sus diversos componentes (art. 1 de la Ley 1324 de 2009³³), ni se observa la irracionalidad de la medida; lo anterior, a su vez, hace innecesario sumergirse en la distinción entre el ISCE y el alcance y componentes de las pruebas SABER.

Cuarto cargo

75. De los argumentos planteados en el cuarto reproche, y considerando que

³³ El artículo 1 de la citada norma, establece: “El Estado en el ejercicio de su función suprema de inspección y vigilancia de la educación **tiene el deber de valerse de exámenes de Estado** y otras pruebas externas, para medir el nivel de cumplimiento de sus objetivos y buscar el mejoramiento continuo de la educación. (...)” (Se resalta).



algunas temáticas ya han sido abordadas en cargos precedentes, la Sala se dirige a analizar si el planteamiento del actor, que atribuye al percentil efectos equiparables a un ranking constituye razón de nulidad de la norma *sub-examen*.

76. En una generosa explicación, la parte demandante ofrece un conjunto de razonamientos apoyados en algunos ensayos que hacen referencia a las bondades y problemáticas que representan los rankings educativos; a partir de allí, señala que éstos –los rankings– destruyen la diversidad de las instituciones educativas en tanto todas ellas terminan ajustándose a los parámetros del ranking, invisibilizando otros proyectos educativos y vulnerando así el derecho a la igualdad y el debido proceso. Como en su ejercicio argumentativo el actor equipara el percentil con el ranking, proyecta en el primero las críticas que se han hecho en relación con el segundo.

77. Sea lo primero indicar, que para la Sala los conceptos de percentil o de *ranking* –entendiendo este último como una “*clasificación de mayor a menor, útil para establecer criterios de valoración*”³⁴–, no se erigen en convenientes o inconvenientes, en general, en la construcción de una medida de valoración, pues su utilidad será tan variada, como los fines que cada cual persiga. Más allá de lo anterior, importa precisar que en este proceso se ha cuestionado la incorporación del *percentil* como instrumento de medición en la disposición demandada, sin que en ninguno de sus componentes normativos se exprese el término de ranking.

Esta circunstancia lleva a que, habiéndose superado el reproche de ilegalidad atribuido al percentil, en cargos previos, no subsista un argumento que imponga a la Sala razonar en función del análisis de ilegalidad de un concepto del que no se ocupa la norma, sino al que se llega por inferencia del actor. En otras palabras, comoquiera que ya fue solventado el cuestionamiento relacionado con el referente estadístico de que trata el núm. 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015 -percentil-, no es procedente avanzar en el análisis de un cargo de nulidad frente a una proposición normativa que no se encuentra prevista en el texto de la disposición demandada.

78. Emprender un análisis como el planteado implicaría divagar en solitario y de forma ajena al objeto y fines del medio de control *sub lite*, y llevaría a la insostenible posición de hacer del juicio de legalidad un mecanismo de análisis de supuestos e hipótesis ajenos al reglamento, provenientes de una interpretación subjetiva. De este modo, ningún sentido tendría ocuparse de las argumentaciones relacionadas con los *ranking educativos*, cuando lo que se advierte es que el cargo carece de certeza normativa, en tanto la demandante construyó su acusación a partir de una proposición que no se encuentra en el texto de la disposición acusada.

³⁴ Definición tomada de: <https://dle.rae.es/ranking>



79. En todo caso, la distinción general que expresa el ranking como una clasificación que denota una ordenación de mayor a menor de determinadas características individuales, y la medida de posición del percentil que lleva a establecer un porcentaje frente a un universo de datos, cuyo valor es resultado de la ponderación de todas ellas, aun de cara a sus elementos afines, no lleva a esta Sala a equipararlas como lo plantea el demandante; de modo que, por las razones anotadas, el cargo será negado.

Quinto cargo

80. En relación con la falta de confiabilidad en el procedimiento de recaudo y procesamiento de la información, que se atribuye a que las pruebas SABER de grado 11 son vigiladas y las de los grados 3°, 5° y 9° no lo son, considera esta Sala que la aplicación del mecanismo del percentil no es en sí mismo constitutivo o definitorio de una metodología de procesamiento de información y recaudo independiente de la que se desarrolla con la práctica de las pruebas SABER.

81. De conformidad con lo establecido en la Ley 1324 de 2009, las pruebas de Estado son evaluaciones externas estandarizadas aplicadas por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación –ICFES–, para medir el nivel de cumplimiento de los objetivos en educación y buscar su mejoramiento continuo (art. 1° Ley 1324).

En sus definiciones, la precitada ley establece en el art. 2° que, *“es evaluación “externa” e independiente la que se realiza por pares académicos coordinados por el ICFES, a los establecimientos educativos o las instituciones de educación superior, a los cuales, o a cuyos estudiantes, ha de practicarse la evaluación, bajo el ejercicio de la libertad y la responsabilidad.”*

82. Por su parte, el inciso 5 del artículo 7 ídem, en relación con los Exámenes de Estado, dispone:

“ARTÍCULO 7o. LOS EXÁMENES DE ESTADO. Para cumplir con sus deberes de inspección y vigilancia y proporcionar información para el mejoramiento de la calidad de la educación, el Ministerio de Educación debe conseguir que, con sujeción a los parámetros y reglas de esta ley, se practiquen “Exámenes de Estado” (...)

Los “Exámenes de Estado” a los que se refieren los literales anteriores tendrán como propósito evaluar si se han alcanzado o no, y en qué grado, objetivos específicos que para cada nivel o programa, según el caso, señalan las Leyes 115 de 1994 y 30 de 1992 y sus reglamentos, las que las modifiquen o complementen.

Igualmente, el inciso 8° de la citada disposición, determina que el *“ICFES administrará en forma independiente la información resultante de los “Exámenes de Estado”, y reportará los resultados a los evaluados, así como al Ministerio de Educación Nacional, a las entidades territoriales, a las instituciones educativas y el público general, en los términos previstos en esta*



ley”. (subraya añadida).

83. A partir de estas disposiciones se determinó, con rango legal, que la entidad competente para diseñar el fundamento teórico de las pruebas, aplicar los instrumentos de evaluación, establecer las metodologías, administrar la producción de los resultados y controlar el procesamiento de la información, entre otras funciones, es el ICFES, tal como se observa en los siguientes apartados del artículo 12 del citado cuerpo normativo:

“(...) El ICFES tendrá, por lo menos las funciones a las que se refiere esta ley y las que a continuación se describen:

1. Establecer las metodologías y procedimientos que guían la evaluación externa de la calidad de la educación.

2. Desarrollar la fundamentación teórica, diseñar, elaborar y aplicar instrumentos de evaluación de la calidad de la educación, dirigidos a los estudiantes de los niveles de educación básica, media y superior, de acuerdo con las orientaciones que para el efecto defina el Ministerio de Educación Nacional.

3. Diseñar, implementar, administrar y mantener actualizadas las bases de datos con la información de los resultados alcanzados en las pruebas aplicadas y los factores asociados, de acuerdo con prácticas internacionalmente aceptadas.

4. Organizar y administrar el banco de pruebas y preguntas, según niveles educativos y programas, el cual tendrá carácter reservado.

5. Diseñar, implementar y controlar el procesamiento de información y la producción y divulgación de resultados de las evaluaciones realizadas, según las necesidades identificadas en cada nivel educativo.

84. En línea de lo dicho, se puede advertir que la práctica de las pruebas SABER en orden a las metodologías aplicadas, procedimientos de evaluación y producción de resultados, no se ven afectadas en perspectiva de confiabilidad por cuenta de la norma demandada, puesto que la base de cálculo sobre la cual se aplica el percentil, corresponde a una gestión adelantada y procesada por el ICFES, sólo que, luego, para efectos de la habilitación en el banco de oferentes respectivo, se extraen de éstos los resultados de las pruebas SABER en las áreas de matemáticas y lenguaje³⁵.

De este modo, no se observa la existencia de un proceso autónomo y apartado de las pruebas de Estado –de cara a la práctica vigilada o no de éstas en los diferentes grados– pues se itera, la única actividad que se realiza luego de haberse practicado las pruebas corresponde a una operación matemática que extrae y considera únicamente las dos áreas indicadas.

³⁵ Reafirma lo anterior, que en los medios de prueba aportados por el demandante Fl. 87 el c. ppal. 1, el ICFES, en memorial de respuesta a una tutela, indicó lo siguiente: “el ICFES no es quien efectúa los cálculos para establecer los puntajes de las instituciones que finalmente determinan el percentil que las lleva a clasificar o no en los listados del Banco de Oferentes de Educación, es el Ministerio quien efectúa dichos cálculos y es también el Ministerio de Educación quién asigna dichos puntajes a cada colegio, claro está de acuerdo con los resultados de las pruebas SABER” (se subraya).



85. De acuerdo con el marco legal antes referido, y dado que el objeto del proceso no tiene por fin establecer la legalidad o no de las metodologías de procesamiento de información y recaudo de tales resultados, ante la inexistencia de una afectación al debido proceso, al derecho a la igualdad, o al derecho al trabajo, de cara al procedimiento de aplicación y administración de tales resultados proveniente de las disposiciones acusadas, habrá de despacharse de manera desfavorable el cargo.

Sexto cargo

86. *Ab initio*, no comparte la Sala el reproche elevado por el demandante al afirmar que las normas acusadas desconocen el principio de autonomía y descentralización que prevé el artículo séptimo de la Ley 715 de 2001 cuyo numeral 7.1 establece a cargo de las entidades territoriales, la función de “*dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar básica y media en condiciones de equidad, eficiencia y calidad en los términos definidos en la presente ley*”.

Razonamientos vinculados con el modelo de Estado adoptado por el Constituyente de 1991, imponen que la premisa de análisis de este cargo tenga como punto de partida el artículo 1 de la Carta Política, que establece que “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales (...)*”.

87. En esta caracterización confluyen dos principios a destacar, el principio de estado unitario y el de autonomía territorial; el primero, representativo de la unidad política de la organización del Estado, del que emanan expresiones de soberanía, determina el reconocimiento de una misma autoridad nacional por parte de todos los miembros del conglomerado social bajo un solo régimen constitucional y legal; el segundo, afirma la potestad de autogobierno conferida a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses.

Se trata, *grosso modo*, de un modelo de distribución de funciones y deberes atribuidos tanto a la Nación como a los entes locales, en un ejercicio de competencias en el que, unas y otras, armonizan bajo principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley, según dispone el artículo 288 superior.

88. Al profundizar sobre esta materia, de cara a los límites del principio de autonomía de las entidades territoriales bajo el principio de estado unitario, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades, precisando, lo siguiente:

“El principio de Estado Unitario determina que todos los órganos del Estado, comprendidos todos los niveles de la administración pública, incluida la territorial, hacen parte de la unidad política del Estado, lo que implica que las



*potestades derivadas de la soberanía, tales como la política macroeconómica, el acuño de la moneda, el manejo de las relaciones internacionales, el ejercicio de la función jurisdiccional y de la función legislativa e, incluso el mantenimiento del orden público, son asuntos que pertenecen al Estado, en su conjunto, razón por la cual, las entidades territoriales carecen de competencias en estas materias y, por lo tanto, su autonomía no es absoluta, sino se encuentra subordinada al ejercicio de estas potestades estatales. Así, el sometimiento de las entidades territoriales a la Constitución Política y a las leyes de la República, son elementos que garantizan que la autonomía de las entidades territoriales se ejerza dentro del Estado Unitario*³⁶.

89. En punto al servicio público de educación, el Constituyente fue enfático en confirmar la necesaria distribución de competencias en la materia, al disponer que “[l]a Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley” (inciso 6° del art. 67 de la C.P).

La ruta así trazada, llevó a la expedición de varios instrumentos legales, entre ellos, la Ley 715 de 2001, cuyo contexto general, ilustrado en los análisis inaugurales en este proveído, afirmó la distribución de competencias que, en función del Sistema General de Participaciones, se estableció entre la Nación (art. 5), los departamentos (art. 6) y los distritos y municipios certificados (art. 7), correlativamente con la distribución sectorial de los recursos a las entidades territoriales.

90. Sirva lo anterior para descartar que por vía de la norma acusada se desconozca el principio de autonomía y descentralización de las entidades territoriales, pues justamente el art. 7.1 de la Ley 715 de 2001 establece a cargo de los distritos y municipios certificados, la competencia para “*dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar básica y media en condiciones de equidad, eficiencia y calidad en los términos definidos en la presente ley*”, la cual no se contrapone con el artículo 5.6 que dispuso a cargo de la Nación la función de “[d]efinir, diseñar y establecer instrumentos y mecanismos para la calidad de la educación”; así como, “[f]ijar parámetros técnicos para la prestación del servicio educativo estatal, (...) teniendo en cuenta las particularidades de cada región” como indicó el artículo 5.14.

91. La claridad que emerge de estas funciones, permite advertir que la confección de la norma tildada de ilegal es desarrollo de los principios superiores asociados al modelo de Estado adoptado, llevados a los postulados de la Ley 715 de 2001, los que luego son desarrollados por el Decreto 1851 de 2015 en las materias que se analizan, siguiendo un hilo normativo verificable:

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-189 del 9 de mayo de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.



| Normas constitucionales | Ley 715 de 2001 |
|---|--|
| <p>“ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.</p> <p>“ARTICULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”. <p>“ARTICULO 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.</p> <p>Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.</p> | <p>“ARTÍCULO 5o. Competencias de la nación en materia de educación. Sin perjuicio de las establecidas en otras normas legales, corresponde a la Nación ejercer las siguientes competencias relacionadas con la prestación del servicio público de la educación (...):</p> <ol style="list-style-type: none"> 5.1. Formular las políticas y objetivos de desarrollo para el sector educativo y dictar normas para la organización y prestación del servicio. 5.2. Regular la prestación de los servicios educativos estatales y no estatales. <p>(...)</p> <p>5.6. Definir, diseñar y establecer instrumentos y mecanismos para la calidad de la educación.</p> <p>(...)</p> <p>5.14. Fijar parámetros técnicos para la prestación del servicio educativo estatal, estándares (...)</p> <p>“ARTÍCULO 6o. Competencias de los departamentos. Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias: (...)</p> <ol style="list-style-type: none"> 6.1.1. Prestar asistencia técnica educativa, financiera y administrativa a los municipios, cuando a ello haya lugar. 6.1.2. Administrar y responder por el funcionamiento, oportunidad y calidad de la información educativa departamental y suministrar la información a la Nación en las condiciones que se requiera. 6.1.3. Apoyar técnica y administrativamente a los municipios para que se certifiquen en los términos previstos en la presente ley. 6.1.4. Certificar a los municipios que cumplen los requisitos para asumir la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones. Si el municipio cumple los requisitos para ser certificado y el departamento no lo certifica, podrá solicitarla a la Nación. 6.2.7. Ejercer la inspección, vigilancia y supervisión de la educación en su jurisdicción, en ejercicio de la delegación que para tal fin realice el Presidente de la República. |



| | |
|--|---|
| | <p>(...)</p> <p>6.2.12. Organizar la prestación y administración del servicio educativo en su jurisdicción. (...)"</p> <p>“ARTÍCULO 7o. Competencias de los distritos y los municipios certificados.</p> <p>7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley”.</p> |
|--|---|

92. El contexto normativo referido es expresión del principio de autonomía de las entidades territoriales en el marco del estado unitario, lo que explica que su realización deba enmarcarse en los límites que impone la Constitución, y en los términos establecidos en la Ley, pues en esta materia no se está frente a un régimen de autonomías sino de un modelo de administración y gobierno del Estado unitario con descentralización y autonomía de las entidades territoriales.

En efecto, dentro de las funciones que el legislador asignó a la Nación se encuentra la competencia para dictar normas en materia de organización y prestación del servicio, así como definir, diseñar y establecer instrumentos, mecanismos y estándares en la prestación del servicio educativo y garantizar la calidad de la enseñanza. A partir de este encargo, el Ejecutivo fija las reglas técnicas y jurídicas que materializan sus competencias, las cuales ingresan, a su turno, al marco de actuación de los entes territoriales en el ejercicio de sus funciones, en orden a dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en su respectiva jurisdicción.

93. Resulta entonces, que el reglamento cuestionado al establecer las reglas que definen el mecanismo de acreditación de la idoneidad de los aspirantes a ser habilitados en el Banco de Oferentes, no rebasa, mengua o desconoce las funciones confiadas a las entidades territoriales en la dirección de sus procesos y en la planeación y prestación del servicio.

Basta observar que el Decreto 1851 de 2015 estableció estándares y requisitos mínimos, a partir de los cuales los entes locales deben construir sus requerimientos en orden a atender las necesidades particulares del servicio en su jurisdicción, pudiendo, en consecuencia, fijar exigencias mayores en sus procesos de contratación, de cara a las circunstancias específicas que así lo requieran.

94. En esta línea, el citado Decreto determinó que el proceso dirigido a invitar, evaluar y habilitar a los posibles aspirantes a celebrar contratos para la prestación del servicio educativo, en su etapa de apertura, debe contener los siguientes aspectos, entre ellos, la indicación de los requisitos mínimos que



deben demostrar los interesados, según dispone artículo 2.3.1.3.3.5:

“1.1. Datos básicos de la entidad territorial certificada interesada en conformar el Banco de Oferentes.

1.2. Propietarios de establecimientos educativos no oficiales destinatarios de la invitación.

1.3. Objeto de la invitación.

1.4. Requisitos mínimos que deben demostrar los interesados en integrar el Banco de Oferentes, así como los medios para su acreditación. Los mencionados requisitos deberán corresponder a los siguientes factores:

a) Trayectoria o experiencia e idoneidad.

b) Infraestructura física del establecimiento educativo en donde se prestará el servicio.

c) Canasta educativa que deben proveer.

1.5. Cronograma del proceso que contenga al menos: (...)” (se resalta).

95. Concordante con lo anterior, el reglamento se ocupó, seguidamente, de confirmar la existencia de una regla de mínimos en relación con los requisitos habilitantes, siendo uno de ellos, más no el único, la acreditación de la experiencia e idoneidad de la institución educativa; de suerte que cada entidad territorial, a partir de tales bases, podría aumentar las exigencias, se insiste, según sus necesidades y contexto vinculado a su jurisdicción; tal como prescribe el artículo 2.3.1.3.3.6 ídem:

“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 (...).

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 (...).

3. No estar en régimen controlado (...).

4. El establecimiento educativo donde se prestará el servicio deberá contar con código DANE (...)

5. Para cada establecimiento educativo, acreditar la propiedad o disponibilidad del inmueble en el que se prestará el servicio educativo (...).

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 (...)

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 (...)



(...)” (se subraya).

De modo que, contrario a desconocer o coartar el principio de autonomía y descentralización que prevé el artículo 7° de la Ley 715 de 2001, la definición, diseño y establecimiento del instrumento de medición de la idoneidad que incorporó la norma acusada –percentil aplicado a las pruebas SABER– es expresión del ejercicio coordinado de competencias legalmente atribuidas tanto a la Nación como a las entidades territoriales.

96. Añádase, finalmente, que la regla que fija un estándar mínimo para acreditar la idoneidad de las instituciones educativas, responde a su vez a la regla de mejor utilización de los recursos estatales que, de forma general, y aquí de manera específica, impone que el uso de los recursos públicos que por vía del Sistema General de Participaciones son distribuidos entre las entidades territoriales (Ley 715 de 2001) estén dirigidos a garantizar la *adecuada* prestación de los servicios públicos, en este caso el de educación, sin que con ello se desconozca el debido proceso o el derecho al trabajo, de cara a una balanza necesaria entre el gasto público y la idoneidad de quien los presta.

97. En estos términos, la adecuada prestación del servicio involucra componentes vinculados al aseguramiento en calidad, razón por la cual los instrumentos que definen mínimos en relación con su acreditación, se corresponden con tal designio, máxime si se considera que bajo el principio de *reducción progresiva* de que trata el artículo 2.3.1.3.1.4 del citado Decreto, la contratación de este servicio “*se reemplazará progresivamente con medidas que adopten las entidades territoriales certificadas, tendientes a superar las razones que dieron lugar a la insuficiencia o a las limitaciones para la atención y prestación del servicio educativo en los establecimientos educativos oficiales de su jurisdicción*”; por esta vía, se concluye razonablemente que, en los casos en que persista la necesidad de contratar instituciones para atender la oferta pública en materia de educación, la mejor utilización de los recursos impone la existencia de márgenes mínimos de acreditación de idoneidad, sin que tal regla desconozca el ejercicio de la autonomía de las entidades territoriales, ni se comprometan los derechos al debido proceso y al trabajo, de cara a unos estándares básicos que debe exigir el Estado a quienes impartan la enseñanza mediante la suscripción de los respectivos contratos, previa su habilitación.

Por las anteriores razones, en su conjunto, se negarán los cargos formulados frente a la norma analizada.

B) Cargos formulados contra (i) el párrafo 2 del artículo 2.3.1.3.3.7; (ii) el párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7; (iii) primer inciso del artículo 2.3.1.3.3.11; y (iv) párrafo del artículo 2.3.1.3.3.11

98. Advirtió la Sala, al referirse a la metodología de análisis de los reproches planteados, que el examen del numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto



1815 de 2015 –efectuado en el capítulo precedente– se constituía en eje central de los demás cargos planteados y, en efecto ello es así; basta observar los cuestionamientos que ahora se aducen para establecer que éstos son consecuenciales a la declaratoria de nulidad pretendida frente a la primera disposición, como se observa en el siguiente cuadro:

| Normas demandadas del Decreto 1851 de 2015 | Cargos formulados ³⁷ |
|---|--|
| <p>(i) Parágrafo 2 del artículo 2.3.1.3.3.7:</p> <p><i>“El Icfes publicará anualmente en el mes de noviembre, el listado de los establecimientos educativos que cumplen con el requisito establecido en el numeral 2 del presente artículo”.</i></p> <p>(ii) Parágrafo Transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7:</p> <p><i>“Para el Banco de Oferentes que se conforme en el año 2015, se podrán habilitar únicamente los establecimientos educativos no oficiales, que en los resultados publicados por el Icfes de las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11° practicadas en el año 2014, según corresponda, hubieren alcanzado puntajes superiores al percentil 20 de los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación”.</i></p> <p>(iii) Primer inciso del artículo 2.3.1.3.3.11:</p> <p><i>“Criterios para la celebración de contratos de prestación del servicio educativo. La entidad territorial certificada <u>solamente podrá celebrar contratos para la prestación del servicio educativo con quienes se encuentren inscritos y habilitados en el Banco de Oferentes vigente (...)</u>”</i></p> <p>(iv) Parágrafo del artículo 2.3.1.3.3.11:</p> <p><i>“Para la vigencia 2016 se podrán celebrar contratos para la prestación de servicio</i></p> | <p>(i) <i>“La publicación que hará el ICFES según se dispone en la norma transcrita y acusada, tiene su fundamento en un cálculo estrictamente técnico de la cifra PERCENTIL, obtenido en un procedimiento que resulta en este caso, ilegal e inconstitucional, por los motivos expuestos, respecto del numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7”.</i></p> <p>(ii) <i>“En este parágrafo se aplica igualmente el percentil, obtenido mediante el procedimiento contrario a la Constitución y a la ley, conforme a los argumentos antes expuestos”.</i></p> <p>(iii) <i>“La parte subrayada y en negrilla ... está referida a la inscripción y habilitación en el Banco de oferentes, que como ha quedado ampliamente demostrado antes, se fundamenta en el cálculo del percentil establecido para la demostración de la idoneidad de los establecimientos educativos, el cual es contrario a la Constitución y la ley, conforme a las argumentaciones jurídicas formuladas respecto del numeral segundo del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015”.</i></p> <p>(iv) <i>“De la misma manera, la inconstitucionalidad predicada respecto del numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015, por las mismas</i></p> |

³⁷ Fl. 23 al 25 del C. ppal. 1



| | |
|---|---|
| <p><u>educativo con cualquiera de los propietarios de establecimientos educativos no oficiales habilitados en el Banco de Oferentes conformado en el año 2015.</u></p> <p><u>En el año 2017, solamente podrán celebrar contratos para la prestación de servicio educativo las personas habilitadas en el Banco de Oferentes cuyos establecimientos educativos hubieren obtenido en las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11 del año 2015, según corresponda, puntajes superiores al percentil 30 de los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación, de acuerdo con los resultados publicados por el ICFES.</u></p> <p><u>A partir de 2018, solo podrán celebrar los referidos contratos las personas jurídicas habilitadas propietarias de establecimientos educativos no oficiales, que cumplan con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del presente decreto.</u></p> <p><u>Los propietarios de establecimientos educativos que hagan parte del Banco de Oferentes a conformar en el año 2015, cuyos resultados no correspondan al percentil establecido en los incisos 2° y 3° de este párrafo para las respectivas vigencias, quedarán deshabilitados del banco de oferentes.”</u></p> | <p><i>razones anotadas afecta la constitucionalidad de los apartes subrayados (...)</i></p> |
|---|---|

99. En línea de lo dicho, y teniendo en cuenta la relación argumental en la que se formularon los reproches contra las normas que ahora se revisan, por cuya virtud la declaratoria de nulidad del numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015 era la que determinaba, a su vez, el fundamento para la declaratoria de nulidad de las demás disposiciones demandadas, no queda camino distinto para la Sala que negar los cargos *sub examen*, por ser estas definiciones consecuenciales a las adoptadas frente al primer examen.

100. Hay que indicar que los cargos formulados por la coadyuvante relacionados con el párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7, y párrafo del artículo 2.3.1.3.3.11 (capítulo III de dicha demanda), al estar vinculados a aspectos atinentes al momento de expedición del Decreto 1851 de 2015, así como a sus efectos en materia de tránsito normativo y de adecuados mecanismos de transición –siendo objeto de reproche la vulneración del principio de irretroactividad, en el primer caso, y la violación de los principios de buena fe y confianza legítima, en el segundo–, serán analizados puntual y conjuntamente en el capítulo sub siguiente de esta providencia.

C) Cargos contra (i) el párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7 y (ii) el párrafo del artículo 2.3.1.3.3.11 del Decreto 1851 de 2015 por



violación al principio constitucional de irretroactividad, y violación del principio de buena fe y confianza legítima

101. La coadyuvante de la demanda, adujo que el párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7 es violatorio de los artículos 29 y 58 Constitucionales, en la medida que el Decreto demandado, expedido el 16 de septiembre de 2015 introdujo una regla a partir de la cual sólo quedarían habilitados para conformar el banco de oferentes, aquellos “*establecimientos educativos no oficiales que en los resultados publicados por el Icfes de las pruebas de Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11° practicadas en el año 2014, según corresponda, hubieren alcanzado puntajes superiores al percentil 20 de los establecimientos educativos de su respectiva entidad territorial certificada en educación*”, según dispone el párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7. objeto de examen.

Indicó, que como las pruebas SABER presentadas en 2014 constituyen hechos consolidados en vigencia de normas anteriores, sus efectos no podían ser distintos de aquellos definidos por normas preexistentes, de modo que la norma acusada, en su criterio, al establecer un efecto jurídico nuevo sobre hechos consolidados antes de su entrada en vigencia, desconoce el principio de irretroactividad de la ley.

102. De entrada, hay que indicar que para la Sala no existe en el *sub examen* un verdadero reproche asociado a los efectos que en el tiempo tienen las normas jurídicas ante el tránsito de legislación, teniendo en cuenta que en el caso concreto, el reproche por violación del principio de irretroactividad se dirige a cuestionar el acto administrativo sin considerar el precepto legal del que se pueda derivar tal cuestionamiento.

La situación que se advierte, nada tiene que ver con una discusión o disyuntiva en torno al concepto de ley en sentido amplio o en sentido estricto, ni, en consecuencia, sobre la conformación del sistema normativo; lo que se precisa es que el control judicial del acto administrativo –en este caso, decreto reglamentario– se hace en contraste con la ley que es su fuente de creación, de modo que el cuestionamiento que plantea la coadyuvancia impondría verificar el reproche en el ámbito temporal de la ley que es objeto del reglamento y no por fuera de ésta, punto de partida necesario para hablar de irretroactividad. Cosa distinta es que se discuta si hubo un exceso de la potestad reglamentaria al establecer en la norma acusada un requisito habilitante y con éste cuestionar si en el ejercicio de tal competencia se sobrepasa el respectivo marco legal y constitucional.

103. Más allá de lo anterior, observa la Sala que no existe presencia de una vulneración como la aducida pues, aún con las dificultades relativas a su examen, atrás expuestas, lo cierto es que la norma *sub-examen* no modificó ni el procedimiento con el que se diseñan, aplican y evalúan las pruebas SABER, que continuó siendo el mismo que se venía desarrollando bajo las



previsiones de la Ley 1324 de 2009, como quedó expuesto en párrafos anteriores, ni afectó o mutó los resultados que se consolidaron al practicar tales pruebas en el año 2014.

104. Viene bien recordar que, en desarrollo del artículo 27 de la Ley 715 de 2001, los diversos reglamentos expedidos, de una parte, puntualizaron la obligación de constatar la reconocida trayectoria e idoneidad de las instituciones educativas para la eventual contratación del servicio público de educación; y de otra, tal como lo advierte la ley y se afirma en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, algunos de ellos ya citados³⁸, las pruebas de Estado se constituyen en el instrumento por excelencia para medir la calidad y, en ella, el componente de idoneidad exigido en la ley.

105. De modo que, no resulta novedoso ni ajeno al marco legal, la determinación de estándares de calidad en la medición de la idoneidad de los establecimientos educativos, sólo que, con anterioridad a la expedición del Decreto 1851 de 2015 las entidades territoriales eran las que definían este requisito en sus invitaciones públicas para la conformación del banco de oferentes -siguiendo en todo caso criterios del Ministerio de Educación que les imponía establecer mínimos y máximos- pero sin una regla estadística directa proveniente del reglamento.

Puede decirse que, de la observación que esta Sala ha hecho de algunos procesos de conformación del banco de oferentes, consultados en referentes judiciales³⁹, se aprecia que la utilización de los resultados de las pruebas SABER consolidados en el periodo anterior a la apertura de la invitación pública, son una constante para la acreditación de la idoneidad.

106. En efecto, consultada la Guía para la Conformación del Banco de Oferentes emanada del Ministerio de Educación –en la versión actualizada 2006– (citada en la providencia acabada de referir⁴⁰), dicha entidad pública

³⁸ Además de la sentencia T-523 de 2016 (a la que se hizo alusión en el numeral 73 de esta providencia), se observa que, en otros pronunciamientos, como en la sentencia T-743 de 2013, esa Corporación resaltó la importancia de reglamentar los estándares de prestación del servicio para verificar si aquellos se cumplen.

³⁹ Ver entre otros, la sentencia T-629 del 26 de junio de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; en ese caso se acudió al mecanismo de la tutela para reprochar algunas circunstancias enmarcadas en un proceso de conformación del banco de oferentes de una entidad territorial; en la providencia, se reproducen apartes de los términos de una invitación que da cuenta de la exigencia que la entidad territorial hizo en relación con diversos aspectos, entre ellos, la idoneidad vinculada a los resultados de las pruebas SABER, los cuales se transcriben solo a manera de ilustración, conforme están en el fallo:

“OBSERVACIONES

-Las pruebas SABER que se tuvieron en cuenta al momento de evaluar las propuestas presentadas por los oferentes son las realizadas en el periodo lectivo 2002 - 2003.

-Las pruebas SABER se calificaron teniendo en cuenta la media nacional, las cuales son:

“PRUEBAS SABER

“5to matemáticas media nacional 52.82 la institución sacó 48 por estar por debajo de la media nacional no obtiene puntos.

“5 lenguaje media nacional 58.20 la institución sacó 59.76 por estar por encima de la media nacional obtiene 5 puntos (...)”

⁴⁰ Ibidem.



delineó criterios y rangos máximos y mínimos de puntuación para acreditar la experiencia e idoneidad, indicando delantadamente que *“en todas las entidades territoriales certificadas el puntaje mínimo técnico requerido para hacer parte de la lista de elegibles que conforman el Banco de Oferentes es de 50 puntos. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente este mínimo puede ser superior para cualificar la oferta, en las entidades territoriales que así lo decidan”*⁴¹.

107. Así, la constante implantada en la Ley 715 de 2001, en orden a la acreditación de la trayectoria e idoneidad de las instituciones educativas, fue desarrollada, desde los albores del ejercicio de la potestad reglamentaria, reclamando mínimos y máximos en la definición y valoración de tales componentes, tarea que estaba a cargo de la entidad territorial -como da cuenta el numeral 1.5 del artículo 9 del Decreto 4313 de 2004, y luego el numeral 16.1.6 del artículo 16 del Decreto 2355 de 2009-, itinerario normativo que hace evidencia, en sí mismo, de que el tránsito hacia la consolidación de un referente único de medición venía gestándose de tiempo atrás, sin vulnerar la buena fe o confianza de las instituciones educativas interesadas en quedar habilitadas en el banco de oferentes; y mediando incluso análisis judiciales que recomendaban reglamentar tales estándares⁴².

Al amparo de la ley, no se tornó sorpresivo ni defraudatorio de la buena fe la incorporación de un referente de medición unívoco como el traído bajo las normas demandadas, pues recuérdese además que, con anterioridad a la expedición de la norma acusada, las exigencias podían llegar a ser superiores a los mínimos establecidos por el Ministerio de Educación y, en todo caso, tenían como referente los resultados de las pruebas SABER ya consolidados.

108. En este orden de ideas, la decisión del ejecutivo de tomar como referencia para la habilitación del banco de oferentes de 2015 los resultados obtenidos en las pruebas SABER practicados en 2014, no comporta un quebrantamiento de la ley o de la Constitución, ni es atentatorio de algún derecho adquirido, en la medida que: (i) no incluyó modificación al diseño, aplicación y evaluación de las pruebas SABER; (ii) los resultados obtenidos en tales pruebas no se modifican, desmejoran o desconocen, contrario a ello, se afirma su reconocimiento e intangibilidad al ser adoptados como punto objetivo de referencia en el proceso de habilitación; (iii) la aplicación del percentil, cualquiera que sea su porcentaje, no incide en los negocios jurídicos suscritos bajo la normatividad anterior, lo que evidencia que no hay afectación sobre derechos adquiridos; (iv) esta metodología de medición únicamente recoge datos ya consolidados (2014), que no es equiparable con el fenómeno de la retroactividad, pues sólo utiliza esa información como estándar mínimo para la acreditación de la idoneidad; y (v) el reglamento demandado regula el

⁴¹ Consultado en: <https://www.cali.gov.co/publico2/documentos/educacion/guiabancooferentes.pdf>. Pág. 18

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-743 de 2013 ídem



procedimiento que se va a aplicar hacia el futuro, no hacia el pasado; cosa distinta es que se practique sobre unos resultados concretos.

109. En este punto se debe resaltar que, por su naturaleza, los requisitos habilitantes corresponden a condiciones provenientes de hechos consolidados, en tanto y cuanto están vinculados a la acreditación de la capacidad técnica, financiera, jurídica y de organización que debe acreditar el interesado en contratar con el Estado y, en este caso, puntualmente, a la constatación de la experiencia e idoneidad de los establecimientos de educación; de modo que, adoptar como referente de medición los resultados de las últimas pruebas SABER practicadas en 2014, para la conformación del banco de oferentes del año 2015, y que éste fuera determinante para la participación en la contratación del año 2016, hace notar que el instrumento cuestionado corresponde a un mecanismo que se inscribe en el concepto de habilitación, sin que pugne o riña con las normas superiores invocadas, lo que descarta un reproche de retroactividad.

110. Finalmente, cuando en la coadyuvancia se extiende el cargo por vulneración del principio de irretroactividad al parágrafo del artículo 2.3.31.3.3.11 del Decreto 1851 de 2015, y puntualmente censura que allí se condiciona la contratación del servicio educativo de la vigencia 2017 al banco de oferentes conformado en 2015, es decir, como una extensión del resultado de las pruebas practicadas en 2014, se aclara, además de lo antes indicado, que dicho precepto no dispuso tal cosa, lo que indicó fue que para *“el año 2017, solamente podrán celebrar contratos para la prestación del servicio educativo las personas habilitadas en el Banco de oferentes cuyos establecimientos educativos hubieren obtenido en las pruebas de Estado Saber 3, 5, 9 y 11 del año 2015 puntajes superiores al percentil 30 (...)”*, de forma que es necesario distinguir dos conceptos y momentos: uno, el de la conformación del banco de oferentes del año 2015 el cual tiene como base de referencia los resultados de las pruebas SABER consolidadas en 2014; y otro, el resultado de las pruebas SABER del año 2015 que se proyecta a posteriores vigencias.

Así las cosas, se concluye que la utilización de los referentes consolidados de las pruebas SABER no entrañan los vicios acusados, pues su reglamentación no atenta contra el principio de irretroactividad, tampoco fue producto de un requisito sorpresivo, en tanto que, por más de una década, el Ministerio de Educación venía perfilando tales exigencias que venían siendo aplicadas por las entidades territoriales, incluso por encima de tal referente, si así se requería; estos eslabones, unidos, impiden sostener la existencia de una vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima y, por consecuencia de medidas especiales de tránsito normativo, en tanto las instituciones educativas debían, en todos los casos, atender los mínimos que establecían los entes locales en sus invitaciones públicas.



111. De modo que, sin presencia de una violación al principio de irretroactividad de la ley en las normas acusadas, o del principio de confianza legítima y buena fe; y sin que, por tanto, tal censura se proyecte a los incisos demandados del artículo 2.3.31.3.3.11 del Decreto 1851 de 2015, bajo el principio de integración sistemática planteada por la coadyuvante, la Sala negará los cargos analizados.

Costas

112. Dado que en este asunto se ventila un interés público, consistente en el control abstracto y objetivo de la legalidad del acto administrativo debatido, no procede la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

III. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁴³
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

⁴³ Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.