

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / AUTO QUE RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Niega / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE DECRETO REGLAMENTARIO – No procede / DETERMINACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD O ILEGALIDAD DEL DECRETO REGLAMENTARIO – Requiere análisis de fondo

Se decide la solicitud de suspensión provisional formulada por la [coadyuvante de la demanda]. [...] [Debido a que] mediante auto del 28 de septiembre de 2017, el Despacho [ya había decidido] la medida cautelar de suspensión provisional formulada por la parte actora en el presente asunto [...] **[sobre] la presunta violación de los derechos a la igualdad y a la educación, así como del principio de buena fe y confianza legítima, en esta oportunidad se estima pertinente reiterar el análisis que se hizo en el mencionado auto [...], pues, en efecto, establecer la vulneración alegada por dichos cargos implica todo un juicio de valor sobre el decreto demandado, lo cual es propio del momento procesal en que deba decidirse de fondo el presente asunto; por consiguiente, respecto de dicho cargos, el Despacho se atenderá a lo allí resuelto y, por tanto, se limitará al análisis de los dos primeros cargos formulados por la coadyuvante, atinentes a la violación del principio de irretroactividad. [...]** [P]ara el Despacho no es posible establecer la vulneración alegada por la coadyuvante [...] pues determinar si se configuró o no algún derecho adquirido no es una situación que se pueda establecer con la mera confrontación entre el acto acusado y las normas constitucionales presuntamente vulneradas; por el contrario, es necesario realizar un verdadero estudio sobre los antecedentes administrativos del acto enjuiciado para, de esta manera, concluir si los supuestos de quebrantamiento normativo argüidos se encuentran demostrados o no, es decir, si el decreto 1851 de 2015 efectivamente desconoció el principio de irretroactividad de que tratan los artículos 29 y 58 de la Constitución Política.[...] Aquel juicio de valor supone. [...] **Bajo este escenario, el decreto demandado no tiene, al menos por ahora, visos de inconstitucionalidad o ilegalidad que permitan al Despacho suspender su aplicación.**

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Definición y procedencia

La suspensión provisional prevista en el artículo 238 de la Constitución Política como medida cautelar, es **una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad**, la cual tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo, en protección de los derechos –subjetivos y/o colectivos– que se pueden ver conculcados con su expedición. En este orden de ideas, dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos mientras se decide de fondo sobre su constitucionalidad o legalidad [...] Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que se reúnan los siguientes requisitos: i) que la violación surja del "... análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud ..." y ii) en el evento que se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, que se pruebe, al menos sumariamente, la existencia de éstos.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Análisis judicial

[L]a ley 1437 de 2011 [...] dispone que el juez analice la transgresión i) con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o ii) con el estudio de las pruebas allegadas con

la solicitud (sin que ello implique prejuzgamiento); así, pues, consagra la posibilidad de que el juez suspenda los efectos del acto administrativo cuestionado, acudiendo para ello tanto a la confrontación normativa como al análisis de las pruebas allegadas con la solicitud.

#### PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD – Noción

[L]as normas citadas como vulneradas efectivamente se refieren al principio de irretroactividad, premisa según la cual se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo –claro está– circunstancias especiales que favorezcan al sujeto o destinatario de la norma.

#### DERECHOS ADQUIRIDOS – Definición / MERAS EXPECTATIVAS – Diferencia con derechos adquiridos

[E]l principio de irretroactividad está íntimamente ligado con el concepto de derechos adquiridos, esto es, aquellas situaciones individuales o subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y que, por consiguiente, han creado en favor de sus titulares un derecho o situaciones jurídicas consolidadas que deben ser respetadas y de ahí que una ley posterior no puede afectar lo que se ha obtenido bajo la vigencia de otra ley expedida con anterioridad. [...] Así, entonces, los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, en tanto éstas simplemente son esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir –en el futuro– un derecho; de manera que, al no haberse consolidado como tal –como un derecho–, la mera expectativa puede ser objeto de modificaciones, alteraciones o cambios, según el caso.

NORMA DEMANDADA: DECRETO REGLAMENTARIO 1851 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00163-00(55827)B

Actor: JOSÉ GUILLERMO HERRERA HERRERA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Se decide la solicitud de suspensión provisional formulada por la señora Aydée Romero Hernández (coadyuvante de la demanda).

I.

A N T E C E D E N T E S

## 1. Suspensión provisional

La señora Aydée Romero Hernández solicitó la suspensión provisional de varias disposiciones del Decreto Reglamentario 1851 del 16 de septiembre de 2015, **"por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas y se subroga un capítulo del Decreto 1075 de 2015"** (fls. 95 a 128, c. 1). El texto acusado es el siguiente (se subrayan los apartes cuya suspensión se solicita):

**"DECRETO 1851 DE 2015**

**(Septiembre 16)**

**"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.**

**"EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA ...**

**DECRETA:**

**"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 2.3.1.3.3.7. 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 de 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.**

**"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 2º y 3º de este parágrafo para las respectivas vigencias, quedarán deshabilitados del banco de oferente".**

Para la coadyuvante, el decreto acusado viola el principio de irretroactividad de la ley (arts. 29 y 58 de la C.P.), pues el artículo 2.3.1.3.3.7, en su parágrafo transitorio, "... le otorga un nuevo efecto jurídico a los resultados de las pruebas SABER que fueron aplicadas un año antes de su

expedición [se refiere a la expedición del decreto 1851 de 2015], siendo evidente la retroactividad de la norma demandada, como quiera que le otorga un efecto jurídico a hechos anteriores a su vigencia y que, en todo caso, es distinto a cualquiera de los conferidos por las normas vigentes para el 3 de agosto de 2014 (fecha de aplicación de las pruebas saber 2014)"[1].

En segundo lugar, arguyó que el artículo 2.3.1.3.3.11, en los incisos 1, 2 y 4 del párrafo, viola el mismo principio de irretroactividad de la ley (arts. 29 y 58 de la C.P.), pues extendió los efectos jurídicos de los resultados de las pruebas "SABER 2014" a las vigencias correspondientes a los años 2016 y 2017; en su sentir, el decreto acusado modificó situaciones consolidadas desde antes de su entrada en vigencia -2015-.

En tercer lugar, indicó que el párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7 y el párrafo del artículo 2.3.1.3.3.11 viola el principio de buena fe y confianza legítima, teniendo en cuenta que modifican las reglas dispuestas para la conformación de los bancos de oferentes de las entidades territoriales, disposiciones que "... fueron sorpresivas para los establecimientos educativos contratados, para los estudiantes que cursan sus estudios en ellos y aún para las mismas secretarías de educación, cambiando por completo la situación jurídica de un año a otro en menos de dos meses de concluir el año escolar"[2] [se refiere al 2015].

Finalmente, arguyó que se vulneran los derechos a la igualdad (art. 13, C.P.) y a la educación (art. 67, C. P.), pues el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.7 del decreto acusado "... no repara el rendimiento individual del estudiante, sino el resultado general y global con efectos directos en la continuidad del servicio educativo" (fls. 95 a 128, c. 1).

## 2. Contestación del Ministerio de Educación

En relación con los dos primeros cargos, indicó que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley, pues el mismo implica que exista un derecho adquirido en quien alega la vulneración, lo cual no está demostrado en el presente asunto. También expresó que no se vulnera el principio de buena fe y confianza legítima, pues los establecimientos educativos privados no tenían, siquiera, una expectativa de seguir siendo contratados por parte de las entidades territoriales.

Expresó que no se vulneran los derechos a la igualdad y a la educación, pues los alumnos que no pudieron continuar en instituciones educativas privadas, por no haber éstas acreditado su idoneidad, fueron vinculados al sistema educativo oficial o a otros establecimientos privados que, por el contrario, sí la acreditaron (fls. 231 a 247, c. 1).

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) –Ley 1437 de 2011– establece en el numeral 1 del artículo 149 que, cuando se pretende la nulidad simple respecto de actos administrativos del orden nacional, la competencia es de esta Corporación 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 ...".**

De igual manera, es competente este Despacho para adoptar la decisión que jurídicamente corresponda respecto de la solicitud de suspensión provisional, en atención a que, si bien se trata de la adopción de una medida cautelar de suspensión provisional (lo cual, en principio, compete a la Sala de Decisión, conforme a los artículos 125 y 143, numeral 2, del C.P.A.C.A.), el sub lite es un proceso de nulidad adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en la parte final del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dice:

**"Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia" (se resalta).**

Quiere decir esta norma que, si las decisiones de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243 del referido Código deben adoptarse en procesos de única instancia, ello es tarea que corresponde al ponente.

## 2. Análisis del caso concreto

2.1 La suspensión provisional prevista en el artículo 238 de la Constitución Política[3], como medida cautelar, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad, la cual tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo, en protección de los derechos –subjetivos y/o colectivos– que se pueden ver conculcados con su expedición. En este orden de ideas, dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos mientras se decide de fondo sobre su constitucionalidad o legalidad.

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que se reúnan los siguientes requisitos: **i)** que la violación surja del "... análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud ..." y **ii)** en el evento que se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, que se pruebe, al menos sumariamente, la existencia de éstos[4].

Conviene destacar que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y bajo el régimen anterior (es decir, el del Código Contencioso Administrativo), la suspensión provisional operaba si la medida se solicitaba antes de que se decidiera la admisión de la demanda y, en todo caso, si se demostraba que era manifiesta la violación de las disposiciones jurídicas invocadas por el actor como violadas; en otros términos, la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo estaba condicionada a que la vulneración del ordenamiento jurídico fuera evidente, ostensible, palmaria o prima facie –a primera vista–, conclusión a la que se podía llegar mediante una simple y elemental comparación de textos entre el acto administrativo demandado y las normas invocadas como transgredidas.

No obstante, la ley 1437 de 2011 suprime esta última exigencia y dispone que el juez analice la transgresión **i)** con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o **ii)** con el

estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (sin que ello implique prejuizamiento)[5]; así, pues, consagra la posibilidad de que el juez suspenda los efectos del acto administrativo cuestionado, acudiendo para ello tanto a la confrontación normativa como al análisis de las pruebas allegadas con la solicitud. Sobre el particular, en sentencia del 11 de julio de 2013, esta Corporación afirmó (se transcribe literal):

"... lo que en la Ley 1437 de 2011 representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos aportados con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1°) realizar un **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y 2°)... **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

"Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del C. de P.A. y de lo C.A., en cuanto ordena que 'la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuizamiento'"[6] (negritas y subrayas del texto).

2.2 Pues bien, mediante auto del 28 de septiembre de 2017, el Despacho decidió la medida cautelar de suspensión provisional formulada por la parte actora en el presente asunto, proveído en el cual se resolvieron varios cargos de los que hoy reitera la coadyuvante, entre otros, los atinentes a la violación de los derechos a la igualdad y a la educación, así como la vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima [es de anotar que se alegaron como infringidas las mismas normas]. En dicho auto se dijo:

"Para el Despacho es claro que la violación alegada no se verifica con la mera confrontación del acto acusado y las normas constitucionales presuntamente vulneradas, así como tampoco con las pruebas aportadas con la solicitud de suspensión provisional, pues, sin duda, es necesario realizar un verdadero juicio de valor sobre los antecedentes administrativos del mismo acto para, de esta manera, establecer si los supuestos de quebrantamiento normativo invocados se encuentran probados o no, es decir, si el decreto 1851 de 2015 desconoció los derechos constitucionales alegados.

"En efecto, determinar la violación de los derechos a la '**educación**', a la '**igualdad**', al '**trabajo**', al '**debido proceso**' y el **desconocimiento del principio de 'buena fe y confianza legítima'** no es una circunstancia que se pueda establecer con la simple confrontación del acto acusado y las normas presuntamente **infringidas o las pruebas aportadas en este momento procesal**. **Es necesario, entonces, realizar todo un estudio de los antecedentes del decreto demandado y, de esta manera, establecer si los supuestos de quebrantamiento normativo invocados por la parte actora se encuentran probados o no.**

"Lo anterior supone adentrarse en un **análisis riguroso y exhaustivo de los alcances que tiene el referido decreto 1851, análisis que, por supuesto, se estima propio del momento procesal en que deba decidirse de fondo el presente asunto (esto es, en la sentencia), teniendo en cuenta que se arguyen cargos de violación que deben ser objeto de probanza y controversia dentro del proceso; así, pues, estudiar la violación de los derechos constitucionales mencionados** constituye, precisamente, la materia sustancial del debate que se

somete a consideración de esta Corporación en el presente asunto y, por tanto, no es un asunto que se pueda desatar en esta etapa del proceso, pues no se cuenta con los elementos de juicios suficientes **para establecer la violación o no de los derechos constitucionales que se invocan como violados"** (fls. 62 y 63, c. suspensión).

Puestas así las cosas y como quiera que el Despacho ya se pronunció en relación con la presunta violación de los derechos a la igualdad y a la educación, así como del principio de buena fe y confianza legítima, en esta oportunidad se estima pertinente reiterar el análisis que se hizo en el mencionado auto del 28 de septiembre de 2017, pues, en efecto, establecer la vulneración alegada por dichos cargos implica todo un juicio de valor sobre el decreto demandado, lo cual es propio del momento procesal en que deba decidirse de fondo el presente asunto; por consiguiente, respecto de dicho cargos, el Despacho se atenderá a lo allá resuelto y, por tanto, se limitará al análisis de los dos primeros cargos formulados por la coadyuvante, atinentes a la violación del principio de irretroactividad.

2.3 Pues bien, para la coadyuvante se viola el principio de irretroactividad de la ley (arts. 29 y 58 de la C.P.), pues el artículo 2.3.1.3.3.7, en su párrafo transitorio, le otorga un nuevo efecto jurídico a los resultados de las pruebas SABER que fueron aplicadas en 2014, esto es, un año antes de la expedición del decreto acusado; en otras palabras, para ella el decreto 1851 de 2015 le otorgó efectos jurídicos a hechos ocurridos en 2014, los cuales se regían por las normas vigentes para ese momento. Se resalta el párrafo demandado:

**"Párrafo 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".**

En segundo lugar, afirma que se viola el principio de irretroactividad de la ley (arts. 29 y 58 de la C.P.), pues el artículo 2.3.1.3.3.11, en los incisos primero, segundo y cuarto del párrafo, le extiende los efectos jurídicos de las pruebas "SABER 2014" a las vigencias correspondientes para los años 2016 y 2017, con lo cual, en su sentir, se modificaron los efectos jurídicos de hechos consolidados con los resultados de tales pruebas. Se destacan los apartes demandados:

**"Párrafo. 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 de 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.**

**"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 2º y 3º de este párrafo para las respectivas vigencias, quedarán deshabilitadas del banco de oferente"**.

Las normas constitucionales que se consideran vulneradas establecen (se subraya):

\* Artículo 29:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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

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

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

\* Artículo 58 [modificado por el art. 1, Acto Legislativo 01 de 1999]:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

"El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

"Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio".

Pues bien, el Despacho advierte que las normas citadas como vulneradas efectivamente se refieren al principio de irretroactividad, premisa según la cual se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídica, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo –claro está– circunstancias especiales que favorezcan al sujeto o destinatario de la norma. Sobre el particular, la Corte Constitucional indicó (se transcribe conforme obra):

"El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Una nueva ley no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han

definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron.

"En la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia jurídica se recurre a términos como los 'derechos adquiridos', de mucha raigambre clásica, pero que hoy son sustituidos por las expresiones 'situaciones jurídicas subjetivas o particulares', opuestas en esta concepción a las llamadas 'meras expectativas', que apenas conforman una simple posibilidad de alcanzar un derecho, y que por tanto sí pueden ser reguladas o modificadas por la ley, según un principio generalmente aceptado en la doctrina universal. 'Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene', dice el art. 17 de la ley 153 de 1887, precepto que además ha adquirido la fuerza expresiva de un aforismo. Vale la pena también anotar que en la C.P. sólo existe una excepción al principio de la irretroactividad en materia penal, por la prevalencia de la ley permisiva o favorable, según lo dispone el artículo 58 en concordancia con el 29 de la C.P.

"En materia de irretroactividad es fundamental la definición del art. 58 de la C.P., cuando establece que la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles 'no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'.

"La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa ... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

"Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción"[7].

Con fundamento en lo anterior, es claro que el principio de irretroactividad está íntimamente ligado con el concepto de derechos adquiridos, esto es, aquellas situaciones individuales o subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y que, por consiguiente, han creado en favor de sus titulares un derecho o situaciones jurídicas consolidadas que deben ser respetadas y de ahí que una ley posterior no puede afectar lo que se ha obtenido bajo la vigencia de otra ley expedida con anterioridad.

Así, entonces, los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, en tanto éstas simplemente son esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir –en el futuro– un derecho; de manera que, al no haberse consolidado como tal –como un derecho–, la mera expectativa puede ser objeto de modificaciones, alteraciones o cambios, según el caso.

Puestas así las cosas, para el Despacho no es posible establecer la vulneración alegada por la coadyuvante –al menos no en esta oportunidad–, pues determinar si se configuró o no algún derecho adquirido no es una situación que se pueda establecer con la mera confrontación entre el acto acusado y las normas constitucionales presuntamente vulneradas[8]; por el contrario, es necesario realizar un verdadero estudio sobre los antecedentes administrativos del acto enjuiciado para, de esta manera, concluir si los supuestos de quebrantamiento normativo argüidos se encuentran demostrados o no, es decir, si el decreto 1851 de 2015 efectivamente desconoció el principio de irretroactividad de que tratan los artículos 29 y 58 de la Constitución Política.

En efecto, determinar la violación del principio de irretroactividad –que alega la coadyuvante–

no es una circunstancia que se pueda establecer con la simple confrontación del acto demandado y las normas presuntamente infringidas [no se allegaron pruebas], pues se hace necesario analizar si se configuró algún "derecho adquirido" o, cuando menos, alguna situación jurídica consolidada desde antes de la expedición del decreto demandado. Todo ello implica, sin duda, un verdadero juicio de valor sobre el acto acusado, lo cual no se puede realizar en esta oportunidad procesal, pues, de entrada, no se evidencia que el decreto enjuiciado tenga efectos retroactivos y mucho menos que suprima o modifique los efectos de una situación jurídica consolidada con anterioridad.

Aquel juicio de valor supone –como resulta obvio– adentrarse en un análisis riguroso y exhaustivo de los alcances que tiene el referido decreto 1851, análisis que se estima propio del momento en que deba decidirse de fondo el presente asunto (esto es, en la sentencia), teniendo en cuenta que los cargos formulados deben ser objeto de probanza y controversia dentro del proceso.

Bajo este escenario, el decreto demandado no tiene, al menos por ahora, visos de inconstitucionalidad o ilegalidad que permitan al Despacho suspender su aplicación, de manera que será en la sentencia donde se estudiará el presunto desconocimiento del principio de irretroactividad, así como de los demás preceptos alegados como violados por las normas demandadas.

En consecuencia, se negará la suspensión provisional solicitada por la coadyuvante.

En mérito de lo expuesto, se

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** ESTÉSE a lo resuelto por el Despacho en el auto del 28 de septiembre de 2017, en lo atinente a la presunta vulneración de los derechos a la igualdad (art. 13 C.P.) y a la educación (art. 67 C.P.), así como al principio de buena fe y confianza legítima (art. 83 C.P.), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO:** NIÉGASE la suspensión provisional del Decreto 1851 del 16 de septiembre de 2015, por las razones que acá han sido expuestas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

[1] Fl. 97, c. 1.

[2] Fl. 106, c. 1.

[3] Esta norma establece: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

[4] Dicha norma dice:

"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas **en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado**, cuando tal violación **surja del análisis del acto**

**demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas** o del **estudio de las pruebas allegadas con la solicitud**. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos" (se resalta).

[5] Artículo 229 del CPACA.

[6] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de julio de 2013, radicado 2013-00021-00, demandante: Tito Llerena Salazar y otro, demandado: Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Consúltese también la sentencia del 3 de diciembre de 2012, expediente 2012-00290-00.

[7] Corte Constitucional, sentencia C - 402 de 1998.

[8] El verbo "confrontar" significa "... cotejar dos cosas, especialmente escritos" (en: <http://www.rae.es/>, consulta realizada en línea el 11 de septiembre de 2017).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.  
Última actualización: 16 de mayo de 2024

