

Radicado: 76001-23-33-002-2016-00839-01

Demandante: Fundación Luis Hernando Rojas Valdés

EDUCACIÓN - Establecimiento educativos / RECURSO DE APELACIÓN – Contra decisión que rechazó la demanda por no ser el acto acusado un acto definitivo / ACTO DE TRÁMITE - Lo es el acto que contiene un listado de establecimientos educativos no oficiales que superan el percentil 20 de las pruebas Saber 2014 en la respectiva entidad territorial certificada / ACTO DE TRÁMITE - No es susceptible de control judicial / RECHAZO DE LA DEMANDA - Procede por ser el acto demandado de trámite

El acto que pretende demandar la parte actora es el "LISTADO DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS NO OFICIALES QUE SUPERAN EL PERCENTIL 20 DE LAS PRUEBAS SABER 2014 DE LA RESPECTIVA ETC", expedido por el Ministerio de Educación Nacional en el mes de diciembre de 2015. [...] Como puede apreciarse, [...], es expedido en cumplimiento de lo previsto en el citado párrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7. También se puede observar que el mismo cumple una función informativa, en tanto que solamente indica cuáles instituciones educativas no oficiales superaron el percentil 20 de las pruebas de Estado practicadas en el año 2014. Ahora bien, dicho listado no crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, ni tampoco pone fin a una actuación administrativa porque aquél solamente da cuenta de uno de los requisitos que se deben acreditar para formar parte del banco de oferentes, según lo preceptúa el artículo 2.3.1.3.3.6 del Decreto 1851 de 16 de septiembre de 2015. [...] Así las cosas, la lista objeto de la demanda es un acto expedido durante un procedimiento administrativo con el fin de preparar la decisión que producirá efectos jurídicos, en este caso, el acto administrativo de habilitación o no en el Banco de Oferentes de cada entidad territorial que será el que producirá efectos jurídicos definitivos respecto de cada interesado. [...] En este orden de ideas, [...] la publicación del listado de establecimientos educativos no oficiales que superan el percentil 20 de las pruebas SABER 2014 de una entidad territorial no es un acto definitivo, por cuanto se trata de una manifestación unilateral de la administración por medio de la cual se informa cuáles de las instituciones educativas de la respectiva entidad territorial cumplieron con uno de los requisitos para poder formar parte del banco de oferentes, como es el relacionado con la experiencia e idoneidad del aspirante. En este escenario, se advierte que con la expedición de la lista demandada no se resuelve de manera definitiva una situación jurídica particular y concreta, ni se hace imposible continuar la actuación, y en esa medida, su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo de trámite; por el contrario, será la decisión respecto a la inclusión o no en el banco de oferentes el acto administrativo definitivo pasible de control judicial. En consecuencia, la Sala confirmará la providencia del 28 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual rechazó la demanda.

ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO – Concepto / ACTO ADMINISTRATIVO SUSCEPTIBLE DE CONTROL JUDICIAL – Lo son las decisiones producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación

de esa actuación / ACTO DE TRÁMITE – Concepto / ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE SUSCEPTIBLE DE CONTROL JUDICIAL - Cuando pone fin a la actuación administrativa / ACTO DE MERO TRÁMITE - No es susceptible de control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo /

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del CPACA, son actos definitivos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la actuación, así: "Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación." En ese contexto, únicamente las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de ser controlados por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo tal que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control, en tanto no deciden el fondo de la actuación administrativa ni ponen fin a la misma. Esta Corporación ha señalado al respecto que "[...] para proceder a admitir una demanda contra un acto de la Administración, debe analizarse, por el respectivo Juez, si se trata de un verdadero acto administrativo, en tanto decide de fondo el asunto, o, si siendo de trámite pone fin al proceso, haciendo imposible continuar la actuación."

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Cuarta, de 11 de mayo de 2017, Radicación 76001-23-33-003-2016-00768-01, C.P. María Elizabeth García González; 19 de noviembre de 2018, Radicación 76001-23-33-003-2016-00840-01; y 26 de noviembre de 2018, Radicación 76001-23-33-005-2016-00859-01, C.P. Oswaldo Giraldo López; 24 de octubre de 2013, Radicación 25000-23-27-000-2013-00264-01(20247), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 43 / DECRETO 1851 DE 2015 – ARTÍCULO 2.3.1.3.3.6 / DECRETO 1851 DE 2015 – ARTÍCULO 2.3.1.3.3.7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 76001-23-33-002-2016-00839-01

Actor: FUNDACIÓN LUIS HERNANDO ROJAS VALDÉS

Demandado: Nación – Ministerio de Educación

Referencia: RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN – CONFIRMA AUTO

Tesis: Es procedente rechazar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del listado publicado por el Ministerio de Educación Nacional que contiene los establecimientos educativos no oficiales que superan el percentil 20 de las pruebas SABER 2014 de la respectiva Entidad Territorial certificada, en el cual no se incluye a la entidad demandante

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte actora, en contra del auto proferido el 28 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, mediante el cual se rechazó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

## I. ANTECEDENTES

El día 15 de junio de 2016 la Fundación Luis Hernando Rojas Valdés, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la lista circular publicada en la página web del Ministerio de Educación Nacional en diciembre de 2015, la cual contiene la relación de los DANES de los establecimientos educativos no oficiales de las entidades territoriales certificadas y el cálculo percentil realizado por dicho Ministerio.

En auto proferido el 18 de octubre de 2016, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca inadmitió la demanda presentada al estimar que en ella no se realiza una adecuada identificación e individualización de las pretensiones, pues si bien se señala como único acto demandado la denominada "lista circular", que contiene los DANES de los establecimientos educativos no oficiales de las entidades territoriales certificadas y el cálculo percentil 20 realizado por el Ministerio de Educación Nacional, de la lectura integral del libelo y sus anexos, advirtió que dicha lista corresponde a un acto de trámite previo a la conformación del Banco de Oferentes, pues así se desprende del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015.

En memorial allegado el 3 de noviembre de 2016, la parte accionante subsanó la demanda en los siguientes términos:

En primer lugar, expuso que en la demanda había expuesto que sus pretensiones son las siguientes:

«(...) A. Solicito respetuosamente que se decrete la nulidad del Acto Administrativo relación Lista Circular, Publicada en la Página Web [www.mineducacion.gov.co](http://www.mineducacion.gov.co) del Ministerio de Educación en diciembre de 2015, que contiene la relación de los DANES de los Establecimientos Educativos No Oficiales de las Entidades Territoriales Certificadas y el cálculo del percentil 20 hecho por el Ministerio de Educación Nacional, con fundamento en los resultados de las pruebas SABER ICFES de matemáticas y lenguaje realizada en el año 2014 y que constituye el requisito de idoneidad indispensable para ingresar al Banco de Oferentes, que habilita a las Instituciones Educativas Privadas, para contratar el servicio Educativo con dichas Entidades Territoriales.

B. Que como consecuencia de la pretensión anterior la FUNDACIÓN LUIS HERNANDO ROJAS VALDÉS "FUNDALHERV", podrá acceder al Banco de Oferentes del Municipio de Cali año 2015 sin que se tenga en cuenta el acto administrativo, lista circular, expedida por el Ministerio de Educación Nacional que se anula y que contiene la relación de aquellos establecimientos educativos no oficiales, que según el cálculo superaban el percentil 20.

C. Que como consecuencia de las dos pretensiones anteriores se restablezca el derecho que la FUNDACIÓN LUIS HERNANDO ROJAS VALDÉS "FUNDALHERV" de contratar y continuar prestando el Servicio Educativo a los alumnos antiguos sectores de

estrato 1 y 2 en la ciudad de Cali, que venían recibiendo sus estudios a través del programa de Ampliación de Cobertura Educativa contratada con el sector privado y que hoy se encuentran matriculados y recibiendo el servicio educativo en la Institución Educativa.

D. Que como consecuencia de las tres pretensiones anteriores se indemnice por la suma que asciende al valor de \$ 381.350.001 como reconocimientos y pago de los perjuicios económicos y morales causados por el Municipio de Cali a la FUNDACIÓN LUIS HERNANDO ROJAS VALDÉS "FUNDALHERV, propietaria y administrador (sic) de la Institución Educativa COLEGIO MICRO-EMPRESARIAL JOSÉ PARDO LÓPEZ.

#### E. LIQUIDACIÓN PERJUICIOS

DAÑOS EMERGENTES Y LUCRO CESANTE O VALOR QUE HUBIERA PERCIBIDO CADA COLEGIO DE LA FUNDACIÓN LUIS HERNANDO ROJAS VALDÉS "FUNDALHERV EN EL AÑO LECTIVO 2016.

F. Las sumas reconocidas en la sentencia, se actualizarán según el índice de precios al consumidor, certificados por el DANE, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y sobre tales sumas se liquidara (sic) los intereses comerciales durante los seis meses siguientes al fallo y los moratorios al vencimiento de dicho término.

G. Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a los artículos 187, 188, 189, 195 y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo (...)

También expuso los motivos por los cuales estima que el acto demandado es ilegal, pues a su juicio fue expedido por el Gobierno Nacional sin tener competencia para ello, debido a que, de conformidad con el artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015, la entidad que debía expedir el acto administrativo que contiene la lista de los Establecimientos Educativos no oficiales que superaban el Percentil 20 era el Instituto Colombiano para la evaluación de la Educación – ICFES, Establecimiento Público con Personería Jurídica, Autonomía Administrativa y Patrimonio Propio, muy diferente al Ministerio de Educación Nacional.

Asegura que el acto administrativo que se demanda es de carácter definitivo y que se encuentra reglamentado por el Decreto 1851 de 2015, pues decide a través de una actuación administrativa un asunto específico y fundamental para la contratación estatal y claramente le crea unos derechos a unos establecimientos educativos y se los extingue a otros que no fueron relacionados en la lista.

II.

#### PROVIDENCIA RECURRIDA

Mediante auto proferido el 28 de marzo de 2017, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó la demanda presentada, al considerar que la lista circular cuya nulidad se pretende no es un acto definitivo, pues no crea, modifica o extingue per se derechos u obligaciones, dado que la no inclusión en la conformación del banco de oferentes para contratar con el servicio educativo con el Estado es una situación que se desprende del Decreto 1851 de 2015, cuya Sección III determinó el procedimiento para celebrar los contratos de prestación del servicio público educativo, disponiendo que sólo se podrán suscribir con quienes estén habilitados en el banco de oferentes.

De otra parte, advirtió que para conformar el Banco de Oferentes, uno de los requisitos

que debe acreditar el establecimiento educativo es la EXPERIENCIA E IDONEIDAD en su artículo 2.3.1.3.3.5 así:

«(...) **Artículo 2.3.1.3.3.5.** Etapas para conformar el Banco de Oferentes. Las entidades territoriales certificadas deberán conformar el Banco de Oferentes a través de invitación pública, que contará con las siguientes etapas:

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

(...)

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

(...)

**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:

(...)

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 (...))»

Asegura que la misma norma regula cómo se acredita este requisito de experiencia e idoneidad, así:

«(...) **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 cumplan con el requisito establecido en el numeral 2 del presente artículo (...).».

En este sentido, expone que para que un establecimiento educativo del orden nacional pueda celebrar contratos para la prestación del servicio público debe estar incluido en el banco de oferentes y, para conformarlo, debe acreditar la experiencia e idoneidad, la cual se certifica al tener un mínimo de 5 años de experiencia en la prestación del servicio educativo y superado el percentil 35 en las áreas de lenguaje y matemáticas en los resultados de las pruebas del Estado Saber 3°, 5°, 9° y 11°.

Explica que la inconformidad de la parte actora lo es referente a este último aspecto, al no superar el percentil y por ende no estar incluido en la lista que se publicó de los establecimientos que cumplieron dicho requisito; de allí que, la mencionada lista, por sí misma, no contiene la expresión de voluntad de la administración, pues ella sólo comprende la lista de los resultados de las pruebas saber con los establecimientos que superan el requisito establecido en el artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015, por lo que es un acto de trámite dentro del proceso de selección de contratistas.

Manifiesta que la actuación administrativa que afecta la situación particular del accionante está integrada por el Decreto 1851 de 2015, el listado de los establecimientos educativos que superaron el percentil y por las Resoluciones núm. 4143.021.9184 del 23 de diciembre de 2015 y 4143.0.21.9538 del 29 de diciembre de 2015, a través de las cuales la Secretaría de Educación Municipal de Cali conforma el Banco de Oferentes.

III.

### FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Contra la precitada decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que el acto administrativo demandado es definitivo, dado que por el hecho que aquél sea requisito para adelantar una actuación administrativa, no lo convierte en un acto de trámite. Por ejemplo, el acto administrativo que expide la licencia de construcción de un establecimiento educativo es un acto administrativo definitivo, pero ese acto es un requisito sine qua non para que a una Institución Educativa se le expida el acto administrativo (Licencia de Funcionamiento o Reconocimiento de Estudios).

Aseguró que el acto demandado crea una situación jurídica, en tanto que le crea un derecho a las instituciones que superaron el percentil 20 para poder participar de otra actuación administrativa denominada conformación del Banco de Oferentes del servicio educativo y, por el contrario, las instituciones educativas que no superaron el percentil 20, no pueden ser oferentes del servicio educativo.

Explicó que reiteradamente se ha dicho y así lo dice claramente el Decreto 1851 de 2015, que quien se encuentre en la lista por haber superado el percentil 20, se le crea un derecho de ser idóneo como sinónimo de buena calidad para contratar con el Estado y contrario sensu quien no lo supere, no sería apto para contratar con aquél.

Aseveró que el acto administrativo particular, concreto y definitivo que se demanda fue

expedido por el Ministerio de Educación Nacional, sin tener competencia para ello, debido a que, de conformidad con el artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015, la entidad que debía expedir dicho acto era el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación – ICFES.

Expresó que el acto administrativo que contiene el listado de los establecimientos educativos no oficiales que superaron el percentil 20, es el producto de la culminación de la actuación administrativa reglamentada en el artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015 que indica que, para llegar a la decisión de conformar este listado, el ICFES debió realizar el trámite ordenado por el citado decreto.

#### IV. CONSIDERACIONES

##### IV.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 243 del CPACA el auto que rechaza la demanda es susceptible del recurso de apelación cuando la decisión ha sido proferida por los tribunales o por los jueces administrativos. De acuerdo con el artículo 125 de dicho estatuto, el auto que resuelve el recurso de apelación le corresponde decidirlo a la Sala.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo número 080 de 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, a la Sección Primera del Consejo de Estado le corresponde conocer los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los asuntos no asignados expresamente a otras secciones.

##### IV.2. Análisis

###### IV.2.1. Hechos relevantes

El Ministerio de Educación Nacional publicó en el mes de diciembre de 2015, en su página web, el listado de establecimientos educativos no oficiales que superaron el percentil 20 de las pruebas SABER 2014 de la respectiva entidad territorial.

La Fundación Luis Hernando Rojas Valdés no fue incluida en el listado de establecimientos educativos no oficiales que superaron el percentil 20.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca rechazó la demanda, tras considerar que el acto demandado no pone fin a una actuación administrativa en tanto no creaba, extinguía ni modificaba una situación jurídica particular.

###### IV.2.2. Problema

¿Es procedente rechazar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del listado publicado por el Ministerio de Educación Nacional que contiene los establecimientos educativos no oficiales que superan el percentil 20 de las pruebas SABER 2014 de la respectiva Entidad Territorial certificada, en el cual no se incluye a la entidad demandante?

###### IV.2.3. Análisis de la Sala

###### IV.2.3.1. Actos administrativos definitivos y su distinción con los actos de trámite

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del CPACA, son actos definitivos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la

actuación, así: "Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación."

En ese contexto, únicamente las decisiones de la administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de ser controlados por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo tal que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control, en tanto no deciden el fondo de la actuación administrativa ni ponen fin a la misma.

Esta Corporación[1] ha señalado al respecto que "[...] para proceder a admitir una demanda contra un acto de la Administración, debe analizarse, por el respectivo Juez, si se trata de un verdadero acto administrativo, **en tanto decide de fondo el asunto, o, si siendo de trámite pone fin al proceso, haciendo imposible continuar la actuación.**"

En providencia fechada el 11 de mayo de 2017[2], esta Sala sostuvo lo siguiente:

**"Los actos administrativos de trámite son aquellos que le dan celeridad a la actuación, es decir, impulsan el trámite propio de una decisión que ha de tomarse con posterioridad, los cuales no son susceptibles de demandarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a diferencia de los actos definitivos que ponen fin a una actuación y que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.**

En tal contexto, únicamente las decisiones de la Administración producto de la culminación de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de manera, que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control; así mismo, se exceptúan de control jurisdiccional los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional, toda vez que a través de ellos tampoco se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones". (Se destaca)

#### IV.2.3.2. Caso concreto

El acto que pretende demandar la parte actora es el "LISTADO DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS NO OFICIALES QUE SUPERAN EL PERCENTIL 20 DE LAS PRUEBAS SABER 2014 DE LA RESPECTIVA ETC", expedido por el Ministerio de Educación Nacional en el mes de diciembre de 2015.

Dicho listado relaciona a más de 1800 instituciones educativas no oficiales de todo el país que superaron el percentil 20, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 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", expedido por el Presidente de la República y la Ministra de Educación de ese momento.

El artículo 2.3.1.3.3.7 del aludido Decreto preceptúa:

"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. (Se destaca)**

Como puede apreciarse, el "LISTADO DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS NO OFICIALES QUE SUPERAN EL PERCENTIL 20 DE LAS PRUEBAS SABER 2014 DE LA RESPECTIVA ETC", es expedido en cumplimiento de lo previsto en el citado parágrafo transitorio del artículo 2.3.1.3.3.7. También se puede observar que el mismo cumple una función informativa, en tanto que solamente indica cuáles instituciones educativas no oficiales superaron el percentil 20 de las pruebas de Estado practicadas en el año 2014.

Ahora bien, dicho listado no crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, ni tampoco pone fin a una actuación administrativa porque aquél solamente da cuenta de uno de los requisitos que se deben acreditar para formar parte del banco de oferentes, según lo preceptúa el artículo 2.3.1.3.3.6 del Decreto 1851 de 16 de septiembre de 2015, así:

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

1. Acreditar la propiedad del establecimiento educativo aportando la licencia de funcionamiento vigente, expedida por la entidad territorial certificada en los términos del artículo 2.3.2.1.2 del presente decreto, con jurisdicción en el lugar en donde se presenten las circunstancias de insuficiencia o limitación que motiven la contratación de la prestación del servicio educativo.
2. El propietario debe ser una persona jurídica, lo cual será acreditado mediante el certificado de existencia y representación legal expedido por autoridad competente, con antelación no superior

a un mes respecto de la fecha de cierre de la inscripción, en el que se demuestre que dentro de su objeto se contempla la prestación de servicios educativos en los niveles de educación preescolar, básica y media.

Si se trata de una iglesia o confesión religiosa, se deberá demostrar su personería jurídica especial otorgada por el Ministerio del Interior, o en su defecto, personería jurídica de derecho público eclesiástico, expedida con base en la Ley 133 de 1994 y las normas que la modifiquen, sustituyan o deroguen. Lo anterior también aplica a las congregaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones o asociaciones de ministros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Estar ejecutando actualmente un contrato de concesión del servicio educativo que finalice en las vigencias 2015 o 2016.
2. Haber celebrado contratos de concesión del servicio educativo con la entidad territorial, que hayan finalizado en los años 2013 o 2014, y que a la entrada en vigencia del presente capítulo, se encuentren ejecutando un contrato de prestación del servicio educativo en infraestructura oficial.

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

Como puede apreciarse, para ser habilitadas en el Banco de Oferentes, no solo deben acreditarse los requisitos de experiencia e idoneidad establecidos en el aludido artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015, sino también la propiedad del establecimiento; que el propietario sea una persona jurídica; si se trata de una iglesia o confesión religiosa demostrar su personería jurídica especial otorgada por el Ministerio del Interior; el establecimiento educativo debe contar con código DANE y estar registrado en el Directorio Único de Establecimientos DUE del Ministerio de Educación Nacional; acreditar la propiedad o disponibilidad del inmueble donde se prestará el servicio educativo; contar con un PEI o PEC aprobado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial Certificada; y haber obtenido resultado favorable en la visita realizada por la entidad territorial certificada a la infraestructura física donde se prestará el servicio.

Así las cosas, la lista objeto de la demanda es un acto expedido durante un procedimiento administrativo con el fin de preparar la decisión que producirá efectos jurídicos, en este caso, el acto administrativo de habilitación o no en el Banco de Oferentes de cada entidad territorial que

será el que producirá efectos jurídicos definitivos respecto de cada interesado.

La presente postura ha sido expuesta por la Sala en múltiples oportunidades, por ejemplo, en auto de 11 de mayo de 2017[3], donde resolvió un caso similar promovido por la Fundación para el Fomento y Desarrollo de la Educación del Valle del Cauca – FUNDEVALLE en contra del Ministerio de Educación Nacional, por omitir la inclusión de la institución educativa en el listado de colegios no oficiales que superaron el percentil 20 en las pruebas SABER 2014 de la respectiva entidad territorial. En aquella oportunidad se sostuvo lo siguiente:

**"La Sala considera que el denominado "LISTADO DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS NO OFICIALES QUE SUPERAN EL PERCENTIL 20 DE LAS PRUEBAS SABER 2014 DE LA RESPECTIVA ETC" no es un acto definitivo porque no pone fin a la actuación administrativa, más aun cuando la mencionada lista se publica en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1851 de 2015.**

Ahora bien, otro aspecto que destaca la calidad de acto de trámite del listado demandado, es el hecho de que **para ser habilitadas en el Banco de Oferentes, las instituciones educativas debían cumplir con otros requisitos establecidos en el artículo 2.3.1.3.3.6 del mencionado Decreto, como acreditar la propiedad del establecimiento; que el propietario sea una persona jurídica; si se trata de una iglesia o confesión religiosa demostrar su personería jurídica especial otorgada por el Ministerio del Interior; el establecimiento educativo debe contar con código DANE y estar registrado en el Directorio Único de Establecimientos DUE del Ministerio de Educación Nacional; acreditar la propiedad o disponibilidad del inmueble donde se prestará el servicio educativo; contar con un PEI o PEC aprobado por la Secretaría de Educación de la Entidad Territorial Certificada; acreditar los requisitos mínimos de experiencia e idoneidad y haber obtenido resultado favorable en la visita realizada por la entidad territorial certificada a la infraestructura física donde se prestará el servicio.**

**En este caso, se advierte que la lista objeto de la demanda es un acto de aquellos expedidos durante un procedimiento administrativo con el fin de preparar la decisión que produce efectos jurídicos, que en este caso es la habilitación o no en el Banco de Oferentes de cada entidad territorial." (Se destaca)**

Así mismo, en providencia del 19 de noviembre de 2018[4], la Sala expuso:

"Ahora bien, partiendo de la anterior definición, para analizar el contenido del acto administrativo demandado denominado "LISTADO DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS NO OFICIALES QUE SUPERAN EL PERCENTIL 20 DE LAS PRUEBAS SABER 2014 DE LA RESPECTIVA ETC", la Sala observa que se trata de una manifestación unilateral de la Administración **por medio de la cual informa cuáles de las instituciones educativas de la respectiva entidad territorial certificada cumplieron con uno de los requisitos de idoneidad para hacer parte del Banco de Oferentes que podían contratar la prestación del servicio público educativo con el Municipio de Cali.** En tal orden, no se advierte que con su expedición haya resuelto de manera definitiva una situación jurídica[5], **y en esa medida, es un acto administrativo de trámite que no es pasible de control judicial." (Se destaca)**

En este orden de ideas, es claro que esta Sala ha considerado, no solo en los precedentes mencionados, sino en otros casos similares[6], el más reciente de 26 de noviembre de 2018[7], que la publicación del listado de establecimientos educativos no oficiales que superan el percentil 20 de las pruebas SABER 2014 de una entidad territorial no es un acto definitivo, por

cuanto se trata de una manifestación unilateral de la administración por medio de la cual se informa cuáles de las instituciones educativas de la respectiva entidad territorial cumplieron con uno de los requisitos para poder formar parte del banco de oferentes, como es el relacionado con la experiencia e idoneidad del aspirante.

En este escenario, se advierte que con la expedición de la lista demandada no se resuelve de manera definitiva una situación jurídica particular y concreta, ni se hace imposible continuar la actuación[8], y en esa medida, su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo de trámite; por el contrario, será la decisión respecto a la inclusión o no en el banco de oferentes el acto administrativo definitivo pasible de control judicial.

En consecuencia, la Sala confirmará la providencia del 28 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual rechazó la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de la Fundación Luis Hernando Rojas Valdés.

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

#### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el día 28 de marzo de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca conforme a lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Presidente  
Consejero de Estado

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Jorge Octavio Ramírez, expediente 25000233700020130026401.

[2] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D. C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017), CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, Expediente núm. 7600-12-33-3003-2016-00768-01, Actora: FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO Y DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN PERMANENTE DEL VALLE DEL CAUCA. FUNDEVALLE.

[3] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Bogotá, D. C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017), CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, Expediente núm. 7600-12-33-3003-2016-00768-01, Actora: FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO Y DESARROLLO DE LA

EDUCACIÓN PERMANENTE DEL VALLE DEL CAUCA. FUNDEVALLE.

[4] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Expediente: 76001-23-33-003-2016-00840-01, Accionante: Fundación de Gestión Social Educativa Nuestra Señora de la Providencia, Accionado: Nación – Ministerio de Educación Nacional.

[5] Al respecto el artículo 43 del CPACA dispone que "son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación".

[6] Ver decisiones del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, rad. 76001233300320160084001 de la Fundación de Gestión Social Educativa Nuestra Señora de la Providencia en contra del Ministerio de Educación y rad. 76001-23-33-008-2016-00821-01 de Asociación César Conto en contra de Ministerio de Educación Nacional.

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), radicación núm. 76001-23-33-005-2016-00859-01, actor: Fundación de Líderes para el Espíritu Empresarial, demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional

[8] Al respecto el artículo 43 del CPACA dispone que "son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación".



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

