

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB-SECCIÓN "A"

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

Expediente No.: 25000-23-41-000-2019-01045-00
Demandante: GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA
Demandado: CONCEJO MUNICIPAL DE TOCANCIPÁ

OBSERVACIONES

ASUNTO: DECIDE OBSERVACIONES

Procede la Sala a pronunciarse sobre las observaciones promovidas el señor Gobernador de Cundinamarca a través del Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca, en contra del Acuerdo Municipal No. 025 del 10 de agosto de 2019 *"por el cual se autoriza al Alcalde de Tocancipá Cundinamarca, para participar en la constitución de una sociedad de economía mixta para la creación y puesta en funcionamiento de una institución educativa en el municipio de Tocancipá"*.

I. ANTECEDENTES

1. EL ESCRITO DE OBSERVACIONES

1.1. Pretensiones

La Gobernación de Cundinamarca a través del Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno, y con fundamento en las observaciones planteadas, solicita a esta Corporación pronunciarse sobre la legalidad del Acuerdo Municipal No. 025 del 10 de agosto de 2019.

1.2. HECHOS:

Fueron expuestos por la entidad demandante así:

1.2.1. El 10 de agosto de 2019 el Consejo del Municipio de Tocancipá – Cundinamarca, profirió el Acuerdo No. 25, en virtud del cual autorizó al alcalde de Tocancipá para que en representación del municipio y en un término no mayor al 31 de diciembre de 2019, a partir de la aprobación del acuerdo, participe en la constitución de una sociedad de economía mixta del orden municipal, con domicilio principal en el municipio.

1.2.2. El Acuerdo carece de motivación, toda vez que en sus consideraciones se refiere a la autorización para crear una sociedad de economía mixta que tiene como propósito participar en la constitución de una institución educativa de orden municipal.

1.2.3. El Acuerdo en cuestión adolece de los siguientes defectos: a) violación de normas superiores, b) falta de competencia, y c) falsa motivación.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS OBSERVACIONES:

1.3.1. NORMAS VULNERADAS:

Con la expedición del Acuerdo No. 025 del 10 de agosto de 2019, se vulneraron los artículos 6º, 67 y 313 de la Constitución Política, el artículo 7º de la Ley 715 de 2001, y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

1.3.2. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El concepto de la violación se sustenta en los siguientes argumentos:

1.3.2.1. Con la expedición del Acuerdo objetado se configuran vicios de desviación de poder y de falta o de ausencia de motivación, falta de competencia y violación a las normas superiores, por tratarse de autorizar al

Alcalde Municipal de Tocancipá la creación de una sociedad de economía mixta que tiene como propósito participar en la constitución de una institución educativa de orden municipal.

1.3.2.2. La autoridad municipal no tiene la facultad de crear una institución educativa por medio de una sociedad de economía mixta, cuando las disposiciones de la Ley 715 de 2001 no están orientadas a tal finalidad. En Colombia la educación es pública desde primero de primaria hasta once de bachillerato, y por tanto gratuita.

1.3.2.3. El acto administrativo cuestionado está viciado de nulidad por falta o ausencia de motivación, en tanto que en el Acuerdo no se argumentó ni fundamentó los hechos relevantes y las razones de este.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. Previo reparto, en auto del 31 de enero de 2020 se admitió el escrito de observaciones presentado por el Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca, respecto del proyecto de Acuerdo No. 025 de 2020, por reunir los requisitos de oportunidad y de forma exigidos en los artículos 119 y 120 del Decreto 1333 de 1986.

En la misma providencia se fijó el asunto en lista por el término y para los fines previstos en el artículo 121, numeral 1º del Decreto 1333 de 1986.

2.2. En cumplimiento de lo anterior, la Secretaría de la Sección efectuó la fijación en lista por 10 días, término que empezó a correr el 3 de febrero de 2020 y finalizó el 14 de febrero de la presente anualidad, con pronunciamiento del Concejo municipal de Tocancipá.

2.3. En auto del 28 de febrero de 2020 el Despacho ponente tuvo como pruebas los documentos allegados a la actuación.

3. INTERVENCIONES EN EL PROCESO



Vencido el término de fijación en lista del asunto, intervino el Concejo municipal de Tocancipá, en los siguientes términos:

3.1. Se indagó a la actual administración del municipio acerca del cumplimiento que se le había dado al Acuerdo 025 de 209, en aras de determinar si se había constituido la sociedad de economía mixta, para lo cual el Alcalde municipal contaba con facultades hasta el 31 de diciembre de 2019.

La Secretaría de Educación del Municipio mediante correo electrónico señaló que en el informe de gobierno y acta de empalme se le recomendó dar cumplimiento al Acuerdo 025 de 2019, pese a que las facultades estaban dadas hasta el 31 de diciembre de 2019. Agregó la Secretaría que no le fue entregado documento soporte de constitución de la sociedad de economía mixta para la creación y puesta en marcha de una institución educativa en el municipio de Tocancipá.

3.2. El Acuerdo municipal a la fecha no tuvo aplicación legal por parte del municipio, motivo por el cual, por sustracción de la materia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

3.3. El Concejo Municipal de Tocancipá tiene competencia para autorizar al alcalde para la constitución de una sociedad de economía mixta, en aras de crear y poner en funcionamiento una institución educativa en el municipio, de conformidad con el numeral 8.3 del artículo 8 de la Ley 715 de 2001, y del artículo 68 de la misma normativa.

3.4. El Municipio, en procura de brindar una mejor calidad de vida de sus habitantes que día a día van en aumento por diferentes circunstancias tales como el número de industrias que operan en Tocancipá, la demanda de viviendas VIS y VIP, la llegada de población migrante entre otros, situación que ha hecho que la oferta educativa sea insuficiente y que se requiera con urgencia la creación de una nueva institución educativa que supla las necesidades de la población.

3.5. En el Acuerdo municipal se sustenta que el municipio de Tocancipá realizó un análisis de varias opciones encaminadas a la puesta en funcionamiento de una institución educativa operada por privados, en la cual la entidad territorial realizará un aporte inicial, sin que se tenga que seguir invirtiendo en ello, por lo que se optó por presentar al Concejo el proyecto para solicitar la autorización para constituir una sociedad de economía mixta.

3.6. El proyecto de acuerdo fue radicado en su etapa de proyecto en el mes de junio de 2019, y por su contenido se remitió a la comisión tercera de Gobierno para la administración y el desarrollo social.

3.7. En el informe de ponencia se hizo el análisis constitucional y legal con fundamento en lo establecido en los artículos 1, 2, 67, 311 y 313 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998. El proyecto de acuerdo se aprobó en comisión con el voto favorable de dos de los tres concejales que la integran.

3.8. En cada etapa del proyecto se expuso la fundamentación fáctica relacionada con la imperiosa necesidad para el municipio de Tocancipá de contar con una institución educativa nueva, que pudiera suplir las necesidades de estratos socio económicos que por la falta de opciones acudían a instituciones públicas donde se les brindaría cobertura educativa pero no de calidad, con la consecuente inversión de recursos por parte del ente territorial para los estudiantes, cuyas familias no tienen los recursos suficientes para sufragar los costos educativos de un colegio privado.

3.9. Al crear una nueva institución de carácter privado se podría mitigar el fenómeno de hacinamiento en los colegios de orden oficial.

3.10. Con fundamento en lo anterior solicita negar las pretensiones de la demanda formuladas al acuerdo municipal No. 25 de 2019.

II) CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 4¹ del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente en única instancia para conocer de las observaciones que formulen los Gobernadores acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico superior.

En este caso, las observaciones en contra del Acuerdo No. 025 del 10 de agosto de 2019, fueron formuladas por el señor Gobernador de Cundinamarca a través del Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca, en ejercicio de la facultad de delegación conferida en el Decreto Departamental No. 0284 del 12 de noviembre de 2009².

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los supuestos de la demanda, deberá establecer la Sala si deben declararse fundadas las observaciones formuladas por el Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca, en contra del Acuerdo Municipal No. 015 del 29 de noviembre de 2018.

3. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL TRÁMITE DE OBSERVACIONES

3.1. Las observaciones encuentran su fundamento constitucional en el numeral 10º del artículo 305 de la Constitución Política, que prevé:

*“ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador:
(...)*

¹ ARTÍCULO 151. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:
(...)

4. De las observaciones que formula el gobernador del departamento acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales, y sobre las objeciones, por los mismos motivos, a los proyectos de ordenanzas.

² EXPEDIENTE. folio 24.

75

10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”.

Por su parte, el artículo 82 de la Ley 136 de 1994 establece:

“ARTÍCULO 82. REVISIÓN POR PARTE DEL GOBERNADOR. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución. La revisión no suspende los efectos de los acuerdos”.

Con fundamento en lo anterior, corresponde a los gobernadores revisar los actos de los concejos y de los alcaldes municipales, y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al tribunal competente para que decida sobre su validez.

Para tales efectos, de los cinco (5) días siguientes a la sanción de los acuerdos municipales, el alcalde debe enviar copia de dichos actos al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, actuación que en todo caso no suspende los efectos de los acuerdos.

3.2. Ahora, el trámite de las observaciones se encuentra previsto en los artículos 119 a 120 del Decreto Ley 1333 de 1986, que prevé:

“ARTICULO 119. Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez.

ARTICULO 120. El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso.

ARTICULO 121. Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:

1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días

durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno”.

Así, si una vez efectuada la revisión del acuerdo por parte del Gobernador, éste encuentra que es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que lo haya recibido al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste determine su validez.

Una vez remitido el acuerdo, el asunto se fijará en lista por el término de 10 días, dentro de los cuales cualquier persona podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas, y practicadas las pruebas el asunto pasará al Despacho para fallo, decisión que hace tránsito a cosa juzgada y contra la cual no procederá recurso alguno.

4. ANÁLISIS DE PROCEDIBILIDAD DE LAS OBSERVACIONES PLANTEADAS EN EL CASO CONCRETO

4.1. El 14 de noviembre de 2019³ se radicó en la Gobernación de Cundinamarca la copia del Acuerdo No. 025 de 2020, y en radicado del 5 de diciembre de 2019 en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴, el Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno de Cundinamarca, en ejercicio de la facultad conferida en el Decreto Departamental de delegación No. 0284 del 12 de

³ EXPEDIENTE. folios 12 a 17.

⁴ *Ibíd.* folio 9.

noviembre de 2009, remitió a esta Corporación el aludido Acuerdo y las observaciones planteadas para lo de su conocimiento.

Las observaciones se presentaron dentro del término de los veinte (20) días previstos en el artículo 119 del Decreto Ley 1333 de 1986. Así mismo la solicitud cumple con los requisitos previstos en el artículo 120 *Ibídem.*, por lo que las observaciones planteadas son procedentes.

4.2. En cuanto al argumento del Concejo Municipal de Tocancipá según el cual no debían prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto el Acuerdo 025 de 2019 no fue aplicado por la Alcaldía Municipal en los términos previstos en el acto administrativo, la Sala advierte que en conforme al numeral 10º del artículo 305 Constitucional, este Tribunal es competente para decidir sobre la validez de los actos de los concejos municipales que sean remitidos por el gobernador por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad.

Así, deben diferenciarse los elementos esenciales de los actos administrativos como son la existencia, la validez y la eficacia, definidas por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

“37. Doctrinariamente se ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos.

38. Al referirnos a la validez de un acto administrativo, se hace alusión a la conformidad que este tiene con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho vigente, o en otras palabras, se refiere al valor que tiene el acto administrativo cuando quiera que es confrontado con los preceptos legales, los cuales generan acatamiento por parte de los administrados en la medida en que rigen las relaciones entre ellos y el Estado”⁵.

En ese orden, comoquiera que el análisis de esta Corporación respecto del acuerdo objeto de observaciones se supedita a la validez del mismo,

⁵ PALOMINO CORTÉS, César (C.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2019. Radicado: 11001-03-25-000-2016-01017-00.

entendido como la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico y particularmente en este caso a las normas constitucionales y legales que el señor Gobernador de Cundinamarca considere trasgredidas, esta Sala de decisión conserva competencia para resolver las observaciones planteadas.

No es de interés del presente asunto el hecho que el alcalde haya ejercido o no la prerrogativa dada por el Concejo Municipal de Tocancipá en el término previsto en el Acuerdo 025 de 2019, puesto que tal análisis recaería sobre el elemento de eficacia del acto administrativo y no sobre su validez.

En razón de lo expuesto la Sala desestima los argumentos dados por el Concejo Municipal de Tocancipá en cuanto a la improcedencia del escrito de objeciones formulado por el señor Gobernador de Cundinamarca.

5. DE LA NORMA OBJETO DE LA OBSERVACIÓN

El Acuerdo Municipal No. 025 del 10 de agosto de 2019 del Concejo Municipal de Tocancipá, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: AUTORIZAR al señor alcalde de Tocancipá para que, en representación del Municipio de Tocancipá en un término no mayor a 31 de diciembre de 2019, a partir de la aprobación del presente Acuerdo, participe en la constitución de una Sociedad de Economía Mixta del orden municipal, con domicilio principal en el Municipio de Tocancipá.

ARTÍCULO SEGUNDO: La Sociedad de Economía mixta que se constituya en virtud del presente Acuerdo deberá estar enmarcada dentro de lo establecido en el Capítulo XIV de la Ley 489 de 1998 y las demás normas que la desarrollen, modifiquen o sustituyan y su documento privado de constitución deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 110 del Código de Comercio y la Ley 1258 de 2008, rigiéndose por las reglas de derecho privado, sometida a la jurisdicción ordinaria.

(...)

ARTÍCULO TERCERO: La Sociedad de Economía Mixta tendrá por objeto social “la creación, operación, explotación y mantenimiento de una “institución educativa en el municipio de Tocancipá”.

ARTÍCULO CUARTO: El Capital inicial de la Sociedad de Economía Mixta estará constituido por:

1. Una participación del Municipio de Tocancipá, consistente en:

a) el usufructo de un lote de terreno como equipamiento comunal producto del plan parcial Tibiflores, según lo establecido en el artículo 14° "Cargas Urbanísticas locales" del Decreto 10 de 2017, identificado con folio de Matrícula Inmobiliaria No. 176 – 177127, con Escritura Pública NO. 3157 de 2018 de la Notaría 48 de Bogotá D.C.

b) Los estudios y diseños e infraestructura por la construcción del nuevo colegio de Tocancipá.

2. Los aportes de los particulares, que podrán ser personas Naturales y/o Jurídicas, quienes tendrán su participación en atención al porcentaje que se determine en la convocatoria.

Estos valores se computarán a partir del momento en que se realice de manera efectiva o se contabilicen en los respectivos balances los ingresos representativos, conforme a lo establecido en el artículo 100 de la Ley 489 de 1998.

PARÁGRAFO: En el acto de constitución deberá expresarse el capital autorizado, suscrito y el pagado, la clase y el valor nominal de las acciones representativas de capital, la forma y términos en que deben cancelarse las acciones cuyos plazos no podrán exceder de cinco (5) meses. En todo caso, hasta el 31 de diciembre de 2019.

ARTÍCULO QUINTO: Autorícese al señor Alcalde Municipal de Tocancipá para proferir todos los actos y celebrar todos los contratos necesarios para el ejercicio de las potestades concedidas en este acuerdo y solo dentro del marco de estas.

ARTÍCULO SEXTO: La Sociedad tendrá una duración de Veinte (20) años, los cuales podrán ser prorrogables conforme a sus estatutos y normas legales vigentes sin perjuicio de disolverse y liquidarse anticipadamente según las normas que regulan la materia y los estatutos.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Este Acuerdo rige a partir de la fecha de su aprobación, publicación, previa sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

6. ANÁLISIS DE LA SALA

La Sala declarará fundadas las observaciones planteadas por la Gobernación de Cundinamarca con fundamento en las siguientes consideraciones:

6.1. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO SERVICIO PÚBLICO

6.1.1. En virtud del artículo 67 de la Constitución Política, la educación es un derecho fundamental y un servicio público, en los siguientes términos:

“ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado 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; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La 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”.

Del artículo constitucional se extrae lo siguiente: a) la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene función social; b) es responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia la educación de los menores entre los cinco y quince años, la cual será obligatoria; c) en las entidades oficiales la educación es gratuita, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos; d) es deber del Estado regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad; y e) la 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.

6.1.2. La connotación de la educación como derecho fundamental se encuentra previsto en el artículo 44 Constitucional⁶ como derecho de los niños, y en el artículo 45⁷ de la norma como derecho de los adolescentes. De la misma manera, en los términos del artículo 70 Constitucional⁸ el Estado debe fomentar y promover el acceso a la cultura a todos los colombianos en igualdad de condiciones por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. Por otra parte, en virtud del artículo 79 de la Carta⁹ es deber del Estado fomentar la educación en materia de protección de la diversidad e integridad del ambiente

6.1.3. La educación como servicio público, además de lo previsto en el artículo 67 Constitucional, encuentra su regulación en el artículo 64 de la Carta, que dispone:

“ARTICULO 64. Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos” (negrilla fuera del texto).

Por otra parte, los artículos 365 y 366 de la Constitución prescriben:

⁶ Constitución Política de Colombia. ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, **la educación** y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

(...) (negrilla fuera del texto).

⁷ *Ibíd.* ARTICULO 45. (...)

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

⁸ *Ibíd.* ARTICULO 70. Reglamentado por la Ley 1675 de 2013. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. (...)

⁹ *Ibíd.* ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita

*ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, **de educación**, de saneamiento ambiental y de agua potable.*

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación” (negrilla fuera del texto).

Así, la educación como servicio público es inherente a la finalidad social del Estado, por lo que es su deber asegurar la prestación eficiente y de forma progresiva a todos los habitantes del territorio nacional, para lo cual, podrá prestar el servicio directamente, indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. El Estado conserva la facultad de regular, controlar y vigilar el servicio. Además, en virtud del objetivo de solucionar las necesidades insatisfechas de educación de la población, la Constitución autoriza a que el gasto público social tenga prioridad sobre cualquier otra asignación en los planes y presupuestos de la Nación.

6.1.4. Con fundamento en las normas antes expuestas, la H. Corte Constitucional ha definido la educación en estos términos:

“Como derecho y como servicio público, la jurisprudencia constitucional y la doctrina nacional e internacional han entendido que la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional, a saber: (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.

En ese marco, la Corte ha expresado que el derecho a la educación es "(i) es un bien objeto de especial protección del Estado, y un derecho fundamental susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela; (ii) un presupuesto básico del ejercicio y goce de otros derechos fundamentales; (iii) un servicio público cuya prestación es un fin esencial del Estado, y cuyo núcleo esencial (iv) comprende el acceso a un sistema educativo que permita una formación adecuada, y la permanencia en el mismo; y (v) un deber que genera obligaciones entre los distintos actores del proceso educativo"¹⁰.

En virtud de lo expuesto, la educación como derecho y como servicio público comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional como son: a) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, esto es, la obligación del Estado de crear instituciones educativas y de abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio; b) la accesibilidad, entendida como la obligación del Estado de garantizar el acceso de la educación a todos en condiciones de igualdad, y eliminando todo tipo de discriminación; c) la adaptabilidad, en tanto que la educación debe adaptarse a las necesidades y demandas de los educandos, y la prestación del servicio debe ser continua; y d) la aceptabilidad, referente a la calidad de la educación que debe impartirse.

6.1.5. La Ley 115 de 1994 "*por la cual se expide la ley general de educación*", prevé para la prestación del servicio educativo las siguientes modalidades:

"ARTÍCULO 3o. PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1650 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> El servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional.

¹⁰ VARGAS SILVA, Luis Ernesto (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional, sentencia T – 845 de 2010. Referencia: expediente T-2.677.298

De la misma manera el servicio educativo podrá prestarse en instituciones educativas de carácter comunitario, solidarios, cooperativo o sin ánimo de lucro.

Se reconoce la naturaleza prevalente del derecho a la educación sobre los derechos económicos de las instituciones educativas”.

Esta norma es concordante con los artículos 67 y 68 Constitucionales, el primero que como se analizó en precedencia le impone el deber al Estado de prestar el servicio de educación entre los cinco y quince años, y como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica, gratuita en sus instituciones; y el segundo que prevé:

“ARTICULO 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

La prestación del servicio público a la educación debe ser dada por el Estado, por los particulares o a través de instituciones educativas de carácter comunitario, solidarios, cooperativo o sin ánimo de lucro a las que se refiere el artículo 3º de la Ley 115 de 1994, lo cual respeta el mandato del artículo 365 Constitucional, según el cual los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

6.2. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA:

6.2.1. Las sociedades de economía mixta, de conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, se definen como los *“organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”*.

De la misma manera, el artículo 461 del Código de Comercio define que *“son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado”*. Tales sociedades se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

6.2.2. En cuanto al aporte estatal para la calificación de una sociedad de economía mixta, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 preveía que solo se consideraban como tales aquellas cuyo aporte no fuera inferior al 50% del capital social efectivamente suscrito y pagado, sin embargo, tal disposición fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional en sentencia C-953 de 1999¹¹, en el entendido que conforme a la Constitución Política, la existencia de una sociedad de economía mixta tan solo se requiere que surja de la voluntad del legislador, de una ordenanza departamental o de un acuerdo municipal, sin que se señalara porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades.

En efecto, de conformidad con los artículos 150 numeral 7º, 300 numeral 7º y 313 numeral 6º de la Constitución, es función del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, y de los concejos municipales, la autorización de la constitución de las sociedades de economía mixta en el nivel nacional, departamental y municipal respectivamente.

6.2.3. De conformidad con el literal f) del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 472 de 1998, las sociedades de economía mixta hacen parte del sector

¹¹ BELTRÁN SIERRA, Alfredo (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-953/99. Referencia: Expedientes D-2521, D-2525, D-2540, D-2553 y D-2558.

descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público. De la misma manera, al ser una sociedad, siguiendo lo previsto en el artículo 98 del Código de Comercio¹², una vez constituida forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

6.2.4. La H. Corte Constitucional al referirse a las sociedades de economía mixta y a su vinculación con la Rama Ejecutiva del poder público, consideró:

“Ahora bien, la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de ... sociedades de economía mixta” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial.

Estas consecuencias derivadas de la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva han sido destacadas por la jurisprudencia de esta Corporación, que al respecto ha vertido los siguientes conceptos:

“... es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, no es acertado sostener que la participación de

¹² Código de Comercio. ARTÍCULO 98. <CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA>. (...)

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador. Con base en esta última consideración, la sentencia C-629/03 concluyó que “la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley.”.

Adicionalmente, la vinculación a la Rama Ejecutiva implica que a pesar de que las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, gozan de autonomía jurídica, de todas maneras no son organismos independientes sino que están sujetas a cierto control por parte de la Administración central. Al respecto, la teoría general del Derecho Administrativo explica que aunque las entidades descentralizadas por servicios no están sujetas a un control jerárquico, reservado para la administración centralizada, en cambio si son objeto de un control llamado “de tutela” por parte de las entidades a las que se vinculan. El desarrollo legislativo relativo al control administrativo de tutela que recae sobre las sociedades de economía mixta en virtud de su vinculación a la Rama Ejecutiva hoy en día está contenido en la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 41, 98 y 99 prescriben en su orden (i) que en el nivel nacional, “los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de ... las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente” (art. 41); (ii) que “en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella” (art. 98); y (iii) que “la representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad” y que “cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos” (art. 99)”¹³.

Tal y como lo refiere la jurisprudencia constitucional, las sociedades de economía mixta, pese a su naturaleza jurídica específica, no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, materializados en la descentralización por servicios, motivo por el cual, independientemente de la participación de los particulares en la composición accionaria y en la

¹³ MONROY CABRA, Marco Gerardo (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-736/07. Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados.

ejecución de actividades comerciales en igualdad con las sociedades privadas, el Estado ejerce sobre éstas controles administrativos que le son propios, como son: i) el control de tutela por parte de las entidades a las que las sociedades se vinculan, para efectos de orientar y coordinar el cumplimiento de sus funciones; ii) el control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República; iii) el control político ejercido por el Congreso de la República; iv) la autorización por parte del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales y de los concejos municipales para su constitución; v) la sujeción a las leyes orgánicas del presupuesto; vi) la sujeción a las reglas de contabilidad oficial.

Por otra parte, dada su naturaleza de sociedades, están sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades, de la Superintendencia Financiera o de cualquier otra de acuerdo con el objeto de la actividad que desarrollan y de acuerdo con las competencias de las superintendencias.

6.3. LA INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN

Revisado el marco legal tanto del servicio público a la educación, como de las sociedades de economía mixta, a criterio de la Sala es inconstitucional e ilegal la autorización por parte del concejo municipal de Tocancipá al alcalde del municipio, para la constitución de una sociedad de economía mixta que tenga por objeto la prestación del servicio público de educación en los niveles preescolar, básica y media, lo cual obedece a las siguientes consideraciones:

6.3.1. Conforme se observó en precedencia, la Constitución Política de Colombia en su artículo 67 dispuso que el servicio público de educación es obligatorio entre los cinco y quince años de edad, y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. Así mismo, conforme a los artículos 67 y 68 de la Carta, el servicio es prestado a través de instituciones oficiales o por particulares. La norma no habilitó, en materia de educación la prestación de servicios a través de una asociación de

naturaleza mixta entre el Estado y los particulares, circunstancia que también se ve reflejada en la Ley 115 de 1994 que se analizará más adelante.

6.3.2. El artículo 365 Constitucional estableció que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la Ley. La H. Corte Constitucional en interpretación de esta normativa consideró:

“4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.

Corroborando la anterior interpretación el hecho de que la Constitución, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a “otras entidades del orden nacional”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al legislador idear otras formas de organismo público o mixto. Por eso señaló el constituyente que al Congreso le corresponde, mediante ley, “determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica;... así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta”¹⁴ (subrayado y negrilla fuera del texto).

¹⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo (M.P.) (Dr.). Óp. cit.

Así, las personas y entidades que asumen la prestación de los servicios públicos se someten a un régimen jurídico y a una naturaleza jurídica especial, fundamentada en hacer realidad la finalidad social que tales servicios representan para el Estado.

Siguiendo con la jurisprudencia constitucional, la existencia de sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, son entidades de naturaleza especial, para responder así al interés constitucional de someter tal actividad de interés social a un régimen jurídico especial.

6.3.3. En ese orden, en materia del servicio público de educación, y no obstante a lo expuesto en precedencia (consideración 6.3.1.), se tiene que la figura de la sociedad de economía mixta es incompatible para ejercer la prestación de tal servicio, en tanto que su naturaleza jurídica, objeto y fines son distintos.

En efecto, recapitulando lo expuesto sobre las sociedades de economía mixta (consideración 6.2.), éstas son sociedades comerciales con aportes estatales y capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo a las excepciones de Ley. Las actividades desarrolladas por tales sociedades son con ánimo de lucro, y éstas actúan en pie de igualdad con las sociedades privadas, es decir que desarrollan actividades que tradicionalmente son propias de los particulares.

En cambio, la educación por ser servicio público es una finalidad social del Estado, y así mismo como derecho es una garantía fundamental de las personas, por lo cual es deber del Estado la asequibilidad o disponibilidad del servicio, la accesibilidad, la adaptabilidad y la aceptabilidad del servicio, tal y como lo señaló la H. Corte Constitucional (consideración 6.1.4.).

Lo anterior impide que el servicio público de educación sea prestado a través de una sociedad de economía mixta, por cuanto: a) la naturaleza y régimen jurídico de las personas obligadas a su prestación es distinto al aplicable a las sociedades de economía mixta; b) la educación al ser una finalidad social del Estado no es compatible con una actividad tradicional de los particulares que se constituyen en sociedades de naturaleza privada; c) la educación al ser obligatoria y gratuita en las instituciones educativas oficiales en los términos de la Carta, impide que pueda entenderse como una actividad con ánimo de lucro; d) la prestación de la educación no puede confundirse con una actividad industrial y comercial del Estado, sino como un servicio cuya prestación le es obligatoria, dada su doble connotación de servicio público y de derecho fundamental.

En definitiva, las entidades y particulares que asumen la prestación del servicio público de educación deben someterse a un régimen jurídico y a una naturaleza jurídica especial, fundamentada en hacer realidad la finalidad social que para el Estado representa tal servicio, motivo por el cual, la prestación no puede realizarse a través de la sociedad de economía mixta definida en la Ley 489 de 1998.

6.3.4. La Ley 115 de 1994 tiene por objeto el descrito en el artículo 1º que prevé:

"ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes.

La presente Ley señala las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.

<Texto entre <> corregido en los términos de la Sentencia C-458-15> De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, define y desarrolla la organización y la prestación de la educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, no formal e informal, dirigida a niños y jóvenes en edad escolar, a adultos, a*

campesinos, a grupos étnicos, a <personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica>, con capacidades excepcionales, y a personas que requieran rehabilitación social.

La Educación Superior es regulada por ley especial, excepto lo dispuesto en la presente Ley”.

La denominación “educación no formal” que contiene la citada disposición, fue reemplazada por “Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano” de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1064 de 2006.

Acorde con el artículo 1º de la Ley 115 de 1994, el estatuto señala las normas generales para regular el servicio público de la educación que cumple con una función social, referido en el artículo 67 de la Constitución Política, esto es, la organización y la prestación de la educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, educación para el Trabajo y Desarrollo Humano y educación informal. El servicio es dirigido a niños y jóvenes en edad escolar, adultos, campesinos, grupos étnicos, personas con capacidades excepcionales y aquellas que requieren rehabilitación social.

La educación superior se encuentra regulada en ley especial, excepto en lo dispuesto en la Ley 115 de 1994.

Lo anterior es concordante con lo previsto en el artículo 11 Ibidem., que establece:

“ARTÍCULO 11. NIVELES DE LA EDUCACIÓN FORMAL. La educación formal a que se refiere la presente Ley, se organizará en tres (3) niveles:

a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio;

b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y

c) La educación media con una duración de dos (2) grados.

La educación formal en sus distintos niveles, tiene por objeto desarrollar en el educando conocimientos, habilidades, aptitudes y valores mediante los cuales las personas puedan fundamentar su desarrollo en forma permanente”.

24

Por otra parte, el artículo 3º de la citada Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 1650 de 2013, en tratándose de la prestación del servicio educativo, prevé:

“ARTÍCULO 3o. PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1650 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> El servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional.

De la misma manera el servicio educativo podrá prestarse en instituciones educativas de carácter comunitario, solidarios, cooperativo o sin ánimo de lucro.

Se reconoce la naturaleza prevalente del derecho a la educación sobre los derechos económicos de las instituciones educativas”.

Conforme a la norma citada y en concordancia con los artículos 67, 68 y 365 Constitucional, el servicio público de educación puede ser prestado por: a) instituciones educativas del Estado; b) los particulares; c) instituciones educativas de carácter comunitario, solidario, comunitario o sin ánimo de lucro.

Lo anterior implica que el estatuto que regula el servicio público de la educación como finalidad social del Estado, obligatorio para los menores entre cinco y quince años, y en los niveles preescolar, básica y media, no prevé la constitución de sociedades de economía mixta u otra forma de asociación entre los particulares y el Estado para la prestación del servicio.

Nótese que en los términos del artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, lo cual, según el criterio de la H. Corte Constitucional¹⁵, implica que la prestación de los servicios públicos se somete a un régimen jurídico y a una naturaleza jurídica especial, fundamentada en hacer realidad la finalidad social que tales servicios representan para el Estado. En ese orden, para el servicio público

¹⁵ *Ibíd.* Ver consideración 6.3.2.

a la educación, en los niveles educativos y para la población antes referida, el legislador estableció su régimen y naturaleza jurídica en la Ley 115 de 1994, norma que al señalar la prestación del servicio no prescribió que ésta se pudiera llevar a cabo a través de una sociedad de economía mixta.

6.3.5. El artículo 311 Constitucional prevé que el municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley. En particular, para el servicio público de educación, el artículo 150 de la Ley 115 de 1994 establece:

*“ARTÍCULO 150. COMPETENCIAS DE ASAMBLEAS Y CONCEJOS.
Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, regulan la educación dentro de su jurisdicción, en los términos de la Ley 60 de 1993 y la presente ley.*

Los gobernadores y los alcaldes ejercerán, en relación con la educación, las facultades que la Constitución Política y las leyes les otorgan”.

Así, es competencia de los concejos municipales regular la educación dentro de su jurisdicción, potestad que debe ser ejercidas en los términos de ley.

El Concejo Municipal de Tocancipá como se observó en precedencia, también es competente para autorizar la creación de sociedades de economía mixta en su territorio.

Sin embargo, ello no implica que le asista competencia al Concejo municipal para autorizar la creación de una sociedad de economía mixta para prestar el servicio público de educación, en tanto que las personas que prestan un servicio público se encuentran sometidos a la naturaleza y régimen jurídico previsto por el legislador, y en este caso, para la educación en los niveles de preescolar, básica y media (cuya prestación es obligatoria por parte del Estado para las personas entre cinco y quince años de edad), el legislador estableció como régimen el previsto en la Ley 115 de 1994, norma que expresamente señala quienes pueden prestar el servicio, sin incluir para tal propósito a las sociedades de economía mixta.

Lo anterior es concordante con la definición de las instituciones educativas a las que se refiere el artículo 9º de la Ley 715 de 2001, identificadas como el *“conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media”*.

En todo caso, la prestación del servicio público y la garantía del derecho a la educación como la finalidad social del Estado, es incompatible con la naturaleza de la sociedad de economía mixta que se establece para el ejercicio de actividades industriales y comerciales con ánimo de lucro.

De tal manera que le asiste razón al demandante al sostener que el Concejo Municipal de Tocancipá no es competente para autorizar la creación de una sociedad de economía mixta que tenga por objeto social la creación, operación, explotación y mantenimiento de una institución educativa en el municipio de Tocancipá.

6.3.6. Con fundamento en lo expuesto, el Acuerdo No. 25 de 2019 del Concejo Municipal de Tocancipá es inconstitucional, puesto que vulnera los artículos 67, 68 y 365 de la Constitución Política, y es ilegal, al desconocer lo previsto en los artículos 3º y 150 de la Ley 115 de 1994, toda vez que la regulación del servicio educativo que hace en su jurisdicción no es acorde con lo previsto por el legislador.

6.4. SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN PROPUESTA EN EL ESCRITO DE OBSERVACIONES

A criterio de la Sala en este caso no se observa una falta motivación en el Acuerdo 25 de 2019, toda vez que se desarrollan los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan la parte resolutive de la decisión. Sin embargo, tal acto administrativo desconoce las normas superiores en las que debería fundarse.

6.5. Los motivos de inconstitucionalidad y legalidad antes esbozados son suficientes para que la Sala declare fundadas las observaciones formuladas

en contra del Acuerdo No. 025 de 2019, aprobado por el Concejo Municipal de Tocancipá – Cundinamarca, y en consecuencia se declarará su inconstitucionalidad e ilegalidad.

En razón y mérito de lo todo lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLÁRENSE fundadas las observaciones formuladas por el señor Gobernador de Cundinamarca a través del Director de Asuntos Municipales de la Secretaría de Gobierno, al Acuerdo No. 025 de 2019 del Concejo Municipal de Tocancipá – Cundinamarca.

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLÁRASE** la inconstitucionalidad e ilegalidad del Acuerdo No. 025 de 2019 por los motivos expuestos en esta providencia.

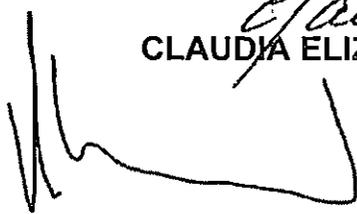
TERCERO: Por Secretaría, **COMUNÍQUESE** esta decisión al señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, al presidente del Concejo del municipio de Tocancipá y al señor Alcalde del referido municipio.

CUARTO: ARCHÍVESE, previa ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutido y aprobado en sesión de la fecha.


CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada


LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado


FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

Recibido
06/05/20
12:00 pm
DQISEL