**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN CUARTA**

**Bogotá, D.C.,  tres (3) de octubre del dos mil dieciséis (2016)**

**Radicación número: 76001 23 33 000 2016 00956 01**

**Demandante: COLEGIO CÉSAR CONTO GAITÁN**

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE CALI, INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN – ICFES.**

**Acción de Tutela**

**FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA**

**Consejera Ponente (E): MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia del 12 de julio del 2016, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR improcedente la presente acción impetrada por la señora Anubis Valencia Mosquera identificada con cédula de ciudadanía Nº 31.264.629 de Cali (V) en calidad de Representante Legal del COLEGIO CÉSAR CONTO sede Gaitán, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia(…)”.

I. ANTECEDENTES

1.            Pretensiones

El Colegio César Conto Gaitán, a través de su representante, ejerció acción de tutela contra la Nación, Ministerio de Educación, Secretaría de Educación de Cali y el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES por considerar vulnerado el derecho a la igualdad. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

1.            “Tutelar el derecho a la igualdad del Colegio César Conto Gaitán DANE 376001013149 por haber obtenido mayor puntaje que los colegios Academia Militar José María Cabal – DANE 376001012690 y el Colegio Latinoamericano 1 – DANE 376001041412, en el área de Lenguaje, grado 11º en las pruebas SABER ICFES del 2014 que sirvieron de insumo para el cálculo del percentil 20. Lo que le daría derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que dichas Instituciones Educativas que fueron incluidas en la lista que elaboró el Ministerio de Educación en noviembre de 2015 de los Establecimientos Educativos no oficiales que superaron en el Municipio de Cali, el percentil 20.

2.            Ordenar al Ministerio de Educación Nacional, incluir al Colegio Cesar Conto Gaitán DANE 376001013149 en la lista de los establecimientos educativos no Oficiales (sic) que superaron el Percentil 20 así como incluyó a los Colegios Academia Militar José María Cabal – DANE 376001012690 y Colegio Latinoamericano 1 – DANE 376001041412, que obtuvieron menor puntaje que el Colegio César Conto Gaitán.

3.            Ordenar a la Secretaría de Educación del Municipio de Cali, incluir en el Banco de oferentes 2015, que habilita a los Establecimientos Educativos no oficiales, para poder contratar el servicio educativo con dicha Entidad Territorial, al Colegio César Conto – Gaitán, así como incluyó a los Colegios Academia Militar José María Cabal y Colegio Latinoamericano 1 que obtuvieron menor puntaje en las pruebas SABER ICFES 2014, pero se encontraban en el listado elaborado por el Ministerio de Educación, que relacionaba los Establecimientos Educativos no oficiales que superaron el percentil 20.

4.            Ordenar a la Secretaría de Educación del Municipio de Cali que debe contratar con el Colegio César Conto Gaitán así como contrató con los Colegios Academia Militar José María Cabal y Colegio Latinoamericano 1. la prestación del Servicio Educativo para el año lectivo 2016”.

2.            Hechos

Se advierten como hechos relevantes, los siguientes:

Adujo la parte demandante que la Asociación César Conto es propietaria del Colegio César Conto sede Gaitán de Cali.

Aseguró que al realizar el cálculo y elaborar el listado del percentil 20 de los colegios del municipio de Cali,  el Ministerio de Educación Nacional decidió que la Academia Militar José María Cabal y el Colegio Latinoamericano 1 habían superado el percentil 20 y que, por ello, debían ser incluidos en el Banco de Oferentes 2015 y tenerse en cuenta para contratar el servicio educativo con el municipio de Cali para el año lectivo 2016.

Alegó que, a pesar de que obtuvo mayor puntaje que los anteriores planteles educativos, el Colegio César Conto fue excluido como oferente.

Afirmó que dicho colegio viene prestando los servicios educativos a los estudiantes antiguos que se encontraban matriculados en dicha institución para el año lectivo 2016 y que con la decisión adoptada por el Ministerio de Educación se afectó el derecho a la educación de más de 1000 menores de edad.

Aseveró que la tutela es procedente porque después de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación Nacional en la que solicita la nulidad del acto particular que decidió sobre el listado de instituciones de Cali que superaron el percentil 20.

3.            Oposición

Ministerio de Educación Nacional aseveró que es el encargado de generar la política pública en materia de educación y de hacer seguimiento al cumplimiento de la misma por parte de las entidades vinculadas a dichos procesos y a los entes territoriales.

Sostuvo que no está legitimado en la causa, por cuanto a los departamentos, distritos y municipios es a quienes les corresponde la dirección de la prestación del servicio educativo en cada jurisdicción y quienes tienen la obligación de conformar el banco de oferentes con las instituciones educativas que cumplen el requisito de idoneidad contenido en el Decreto 1851 de 2015, en el que se dispuso que quienes no obtuvieran el percentil 20 en las pruebas saber no podrían acceder a dicho banco para la contratación del servicio educativo.

Adujo que frente al derecho a la igualdad no se pueden equiparar las instituciones que superaron el percentil 20 con las que no, pues, es precisamente ese elemento el factor diferenciador y de exclusión que permite conformar el banco.

Por último, enfatizó en que no es procedente la presente acción por existir otro medio de defensa judicial idóneo.

La Secretaría de Educación de Santiago de Cali aseguró que el Colegio César Conto no se encuentra en el listado de instituciones que cumplen el percentil determinado en el Decreto 1851 de 2015 para hacer parte del banco de oferentes.

Adujo que no le ha vulnerado derecho alguno a la parte demandante, toda vez que al verificar el certificado de idoneidad se pudo determinar que la institución no superó los requisitos mínimos de calidad exigidos.

Aclaró que no le compete determinar el puntaje mínimo para que dicha institución pueda hacer parte del banco de oferentes, por cuanto las condiciones de idoneidad están prevista en el Decreto 1851 de 2015. Precisó que la entidad es competente para conformar dicho banco, pero que no es la encargada de establecer las condiciones de calificación de las pruebas Saber.

4.            Providencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró improcedente la acción, por cuanto concluyó que la parte demandante cuenta con la posibilidad de demandar los actos administrativos que, a su juicio, vulneraron sus derechos fundamentales, a través de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mecanismo que aseguró que la tutela deviene improcedente, pues la parte demandante cuenta con un medio que garantiza la protección de los derechos fundamentales invocados.

Precisó que la acción fue interpuesta el 28 de junio de 2016, esto es, en 10 días hábiles siguientes a la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.            Impugnación

La representante del Colegio César Conto aclaró que, para evitar confusiones, la tutela solo se presentó respecto del derecho fundamental a la igualdad, con la intención de que el fallo fuera preciso y se pronunciara con claridad sobre dicho tema.

Aseveró que la existencia de otro medio de defensa judicial no es suficiente para desplazar la tutela, pues este debe ser idóneo y tan eficaz como el amparo constitucional.

Adujo que la acción fue interpuesta como mecanismo transitorio, pues existen en la actualidad más de 1000 estudiantes que se encuentran en riesgo de quedar desescolarizados porque sus padres no pueden pagar el servicio educativo, además de que no cuentan con una fuente de ingresos diferente a la de los subsidios estatales.

Aseguró que al declararse la improcedencia de esta acción el juez constitucional no asume su papel sino que se limita a referirse a otros medios de defensa.

 CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política,  reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: «Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto».

Esta acción procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A la Sala le corresponde resolver la impugnación presentada por la representante del Colegio Cesar Conto Gaitán contra el fallo de tutela de primera instancia proferido el 12 de julio de 2016.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la igualdad que la representante del Colegio Cesar Conto Gaitán alega fue vulnerado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Secretaría de Educación de Cali e Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación ICFES, a pesar de que se encuentra en curso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativoque decidió sobre el listado de instituciones de Cali que superaron el percentil 20.

De igual manera, corresponde a la Sala establecer si en el presente caso se configura un perjuicio irremediable que amerite el amparo constitucional.

En el presente caso, el Colegio César Conto Gaitán pretende la protección del derecho fundamental a la igualdad que consideró vulnerado con el acto administrativo que decidió respecto del listado de las instituciones educativas que superaron los requisitos consagrados en el Decreto Nacional 1851 de 2015, “Por el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas (…)”, y que harían parte del banco de oferentes para la contratación de la educación por parte del municipio de Santiago de Cali en el 2016.

En vista de lo argumentado y por tratarse de una tutela contra una decisión adoptada en un acto administrativo se hará referencia a los siguientes puntos; (i) la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, (ii) el perjuicio irremediable y, (iii)  el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

El trámite de la acción de tutela resulta improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial previstos por el legislador para la protección de los derechos presuntamente vulnerados, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

En relación con la existencia de otro medio de defensa judicial, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, estableció:

“Artículo 6o. Causales de Improcedencia de La tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. Se entiende por irremediable el perjuicio que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.”

La Corte Constitucional ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento al carácter subsidiario y residual de la acción.

Así mismo, la Corte Constitucional, en la sentencia T- 972 de 2005, consideró:

“Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así ha destacado en múltiples oportunidades que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos deben acudir, en principio, los afectados, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta. En consecuencia, la acción de tutela adquiere la condición de medio subsidiario, cuyo propósito no es el de desplazar a los otros mecanismos, sino el de fungir como último recurso orientado a suplir los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias presenta el orden jurídico, en materia de protección de derechos fundamentales.

Así, la protección de derechos fundamentales es un asunto que el orden jurídico reserva a la acción de tutela en la medida que el mismo no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial, de igual o similar eficacia. Sin embargo, de la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no deviene automáticamente la improcedencia de la acción de tutela.

En aquellos eventos en que se establezca que el ordenamiento jurídico tiene previsto un medio ordinario de defensa judicial, corresponde al juez constitucional resolver dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si el medio judicial alterno presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. Si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.”

La acción de tutela no es, en principio, el medio idóneo para controvertir las actuaciones administrativas, pues para ello se encuentran previstas las acciones ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando se está ante un inminente perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo[1].”

Por regla general la acción de tutela no procede contra actos administrativos, sin embargo, de manera excepcional procede transitoriamente cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

Del perjuicio irremediable

Para la Corte Constitucional el perjuicio irremediable, “está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho[2]”.

Para determinar si se configura un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha fijado los siguientes criterios:

“la inminencia,  que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados”.[3]

Ahora bien, para determinar si en el presente caso estamos ante la presencia de un perjuicio irremediable es necesario valorar las circunstancias específicas del mismo.

Del caso concreto

El Colegio César Conto Gaitán inició la presente acción con el fin de que se le proteja el derecho a la igualdad.

En escrito de tutela se advierte que la institución promovió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo que fijó la lista de los establecimientos educativos que superaron el percentil 20 en el municipio de Cali.

En impugnación, la parte demandante alega que la presente acción se interpuso con el fin de que se concediera el amparo transitorio de sus derechos fundamentales, con el argumento de que en el caso se configura un perjuicio irremediable para los más de 1000 estudiantes que pueden quedarse sin educación a causa de que la institución educativa no se encuentra en listado de los establecimientos públicos que conforman el banco de oferentes para la contratación de la educación en el municipio de Santiago de Cali en el 2016.

Verificado el expediente se observa que frente a la responsabilidad que consideró tener con los estudiantes, la Secretaría de Educación de Santiago de Cali adelantó su reubicación y que para ello diseñó una estrategia, a través de los medios de comunicación y la página web de la alcaldía, en la que los padres de familia pueden consultar la institución a la cual fueron reubicados.

A folio 278 se observa la contestación a la presente acción por parte de la Secretaría de Educación de Santiago de Cali, en los siguientes términos:

“(…) De esta manera, encaminados a garantizar el derecho a la educación de niños y jóvenes de la ciudad, la Secretaría de Educación de Cali adelantó el proceso de reubicación de estudiantes provenientes de establecimientos educativos de cobertura contratada que no cumplen con las condiciones exigidas por el Ministerio de Educación para continuar con la prestación de este servicio.

Por tal razón y en cumplimiento al plan de trabajo establecido con funcionarios del nivel central y directivos docentes de las instituciones educativas oficiales de la ciudad, la Alcaldía de Cali dio a conocer a través del siguiente link http://www.cali.gov.co/educacion/publicaciones/reubicaciondeestudiantespub el listado de los 26.982 estudiantes reubicados, de los cuales 19.685 podrán contar con auxilio de transporte escolar”.

Así las cosas, la Sala considera que en el presente caso no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable que justifique la adopción de un amparo transitorio a favor del colegio demandante.

 De otro lado, como se encuentra en curso el proceso que inició  ante  la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la parte demandante tiene la posibilidad de actuar dentro del mismo, el mecanismo que es el idóneo para debatir su inconformidad con el acto administrativo expedido por el Ministerio de Educación.

De igual manera es importante poner de presente que conforme lo consagra el artículo 233 del CPACA, la institución actora puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo que cuestiona en cualquier estado del proceso, medida que la jurisprudencia constitucional ha considerado para la protección de derechos eventualmente vulnerados con los actos administrativos.

Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo de primera instancia que declaró improcedente el amparo deprecado.

En mérito de lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

1. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado, proferido el 12 de julio de 2016, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

2. ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

3. NOTIFICAR por el medio más eficaz y expedito posible.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

**Presidenta de la Sección**

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

[1] Sentencias T-514 de 2003, T-451 de 2010 y T- 956 de 2011

[2] Sentencia SU-617 de 2013.

[3] Sentencias T-225 de 1993 y SU-617 de 2013.