



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Número único de radicación: 11001-03-24-000-2009-00079-00

Demandante: Asociación de Padres de Familia Asoplidas

Demandados: Nación-Departamento Administrativo de Seguridad DAS - Fondo Rotatorio del DAS- Nación-Ministerio de Educación Nacional- Distrito Capital-Secretaría de Educación del Distrito

Asunto: Revocatoria de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del Das- Presupuestos procesales de la acción-ineptitud de la demanda.

SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda de nulidad simple interpuesta por la Asociación de Padres de Familia, en adelante ASOPLIDAS, contra la decisión implícita de cierre del Liceo Mixto del DAS, que la parte demandada colige de los actos por medio de los cuales, la Secretaría Distrital de Educación revocó las licencias de funcionamiento de dicho establecimiento educativo, con ocasión de la solicitud elevada por el director del DAS mediante Oficio núm. E-2007-142318 de 28 de agosto de 2007.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. La parte demandante en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo presentó demanda ante esta Corporación con el fin de que se declare la nulidad del acto que revocó la licencia de funcionamiento del Colegio Liceo Mixto del DAS, en cuanto constituyó el cierre y la terminación de actividades escolares del establecimiento educativo frente a la solicitud que el director del DAS presentó con dicho propósito con ocasión de la solicitud elevada por el director del DAS mediante Oficio núm. E-2007-142318 de 28 de agosto de 2007 con el fin de que se reconozcan las siguientes:

Pretensiones

2. La parte demandante solicitó la nulidad de los siguientes actos¹, de acuerdo con las siguientes pretensiones²:

“[...] 1. EL ACTO ADMINISTRATIVO – TÁCITO-, CONSISTENTE EN CERRAR Y TERMINAR LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL del establecimiento educativo denominado “LICEO MIXTO DEL DAS”, JARDÍN INFANTIL CHIQUITINES, expedido por el Gerente del Fondo Rotatorio del D.A.S. y el director del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., sin facultades ni competencias.

Subsidiariamente, en caso de no aceptarse la tesis del acto administrativo TÁCITO, se demanda la nulidad de la VÍA DE HECHO ADMINISTRATIVA, realizada por el GERENTE del Fondo Rotatorio del DAS y el DIRECTOR del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, consistente en CERRAR Y TERMINAR LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL del establecimiento educativo denominado “Liceo Mixto del DAS”, Jardín Infantil Chiquitines.

*2. Del oficio expedido por el DIRECTOR del DAS, radicado con el número E-2007-142318 de 28 de agosto de 2007, dirigido a la Secretaria Distrital de Educación, por medio del cual **SOLICITA LA REVOCATORIA** de las resoluciones que otorgan **LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO al establecimiento educativo denominado LICEO MIXTO DEL DAS.***

*3. De los siguientes actos administrativos expedidos por **BOGOTÀ DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL:***

*3.1. La **RESOLUCIÓN 4398 de octubre de 31 de 2007, el artículo PRIMERO, que Revoca**, “a partir del año 2008 las Resoluciones Nos. 2253 y 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1998³, expedidas por*

¹ Mediante auto del 19 de febrero de 2010 se ordenó corregir la demanda en el sentido de que la parte demandante individualizara con toda precisión el acto administrativo a demandar, con las decisiones que lo modifican o confirman.

² Según escrito visible al folio 344 y 345 del expediente las pretensiones del escrito inicial se mantuvieron por la parte actora.

³ Corresponde al año 1988.

el Ministerio de Educación Nacional, que otorgaron licencia de funcionamiento para la prestación del servicio en los niveles de Educación Preescolar, Básica completa y Media, al Liceo Mixto del DAS, de propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en la carrera 92 No. 151-52”.

3.2. La Resolución 4734 de noviembre 28 de 2007, por medio de la cual se resuelve:

Artículo Primero: Aclarar el Artículo Primero de la Resolución 4398 del 31 de octubre de 2007, el cual quedará así: “ARTÍCULO PRIMERO: Revocar a partir del año 2008 las Resoluciones Nos. 2253 y 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1988, expedidas por el Ministerio de Educación Nacional, que otorgaron licencia de Funcionamiento para la prestación del servicio en los niveles de Educación básica y media, al Liceo Mixto del DAS, de propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en la carrera 92 No. 151- 52.

4. Como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad ordenar, al director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, realizará las gestiones y decisiones administrativas correspondientes [...]”.

Presupuestos fácticos

3. Asoplidas fundó la demanda en los siguientes hechos relevantes para explicar sus pretensiones:

4. Señaló que el Liceo Mixto del DAS era un plantel educativo de propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, aprobado por el Ministerio de Educación Nacional mediante Resoluciones núms. 2253 y 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1998, que autorizaron la prestación del servicio en los niveles de educación preescolar, básica completa y media.

5. Refirió que, mediante memorando 226659⁴ la Oficina Asesora Jurídica del DAS, indicó que: i) es al director a quien le corresponde formular las políticas de acuerdo con el establecimiento educativo de su propiedad; y ii) la decisión de cierre debe estar contenida en un acto que exprese la voluntad de la administración.

6. Sostuvo que el Director del DAS, sin autorización expresa del Consejo Directivo del Fondo Rotatorio del DAS, decidió cerrar y terminar las actividades del Liceo Mixto del DAS, por cuanto: i) extinguió el establecimiento educativo; ii) desconoció el ordenamiento legal por desviación de poder, incompetencia y expedición irregular del acto; iii) desconoció el referido concepto jurídico incluido en el estudio técnico y iv) no

⁴ Relacionado en el estudio técnico del año 2006 que la entidad realizó frente a la situación del Liceo Mixto del DAS

expidió resolución de cierre dictada materialmente y que se encuentre firmada por el director del DAS.

7. Anotó que, mediante oficio DIR 140625 del 15 de agosto de 2008, la directora del DAS reconoció que el Liceo Mixto constituía un sistema de estímulos de bienestar para los empleados de esa institución.

8. Aclaró que, no existe acta del Consejo Directivo del Fondo Rotatorio del DAS que facultara al director para celebrar el contrato de comodato de las instalaciones del Liceo Mixto con la Secretaría Distrital de Educación, como tampoco le correspondía al Fondo establecer los programas de bienestar social.

9. Afirmó que en el denominado “*ESTUDIO TÉCNICO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD LICEO MIXTO Y JARDIN CHIQUITINES*” se concluyó que: i) el funcionamiento de dicho colegio para el año 2006 fue de \$1.502 millones; ii) en los últimos 5 años el colegio se ubicó dentro de las categorías alto y superior; y iii) que el costo comparado de un estudiante en el sector para un colegio privado y el asumido por el DAS, es un 198% más alto.

10. Consideró que el director del DAS, arbitraria y unilateralmente, solicitó a la Secretaría de Educación Distrital la revocatoria de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto.

11. Que con ocasión de tal petición la Secretaría de Educación expidió las Resoluciones núm. 4398 de 31 de octubre y núm. 4734 de 28 de noviembre, ambas de 2007, por medio de las cuales se revocó la licencia de funcionamiento del establecimiento educativo denominado Liceo Mixto del DAS, en esta última, realizó la corrección de una fecha.

12. Adujó que entre el director del DAS y la Secretaría de Educación Distrital se suscribió el contrato de comodato núm. 258 de 2 de noviembre de 2007, por medio del cual se entregaron en préstamo de uso las instalaciones del Liceo Mixto del DAS por el término de 5 años.

13. Refirió que por medio de la Resolución núm. 110 del 5 de febrero de 2008 la directora del DAS traspasó los bienes muebles y enseres utilizados para el desarrollo de la actividad que estuvo a cargo del Liceo Mixto a la Secretaría de Educación Distrital.

Normas violadas y concepto de la violación

14. En apoyo de las pretensiones de nulidad, la asociación accionante invocó que las resoluciones acusadas transgreden entre otras, las siguientes disposiciones de la Constitución Política:

- Preámbulo y los artículos 1°, 2°, y 366 de la Constitución Política
- Bloque de constitucionalidad de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política; Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Derecho fundamental a la educación, artículo 44 de la Constitución Política.
- Artículos 4° inciso 2°, 6° y 121 sobre competencia de los funcionarios públicos.

15. En un extenso escrito relacionó los argumentos en los que sustenta la violación, y que la Sala, de manera resumida, concreta en los siguientes términos:

Los principios y valores jurídicos generales

16. Luego de destacar los cambios normativos que introdujo la Constitución de 1991, señaló que ni la dirección del DAS ni el gerente del Fondo Rotatorio de esa entidad, buscaron con la decisión adoptada, mejorar el conocimiento de los hijos de los funcionarios del DAS; al contrario, con la decisión cuestionada de cierre definitivo se desconoció el derecho de acceso al conocimiento, lo que, a su juicio, constituye la violación del preámbulo de la Constitución Política.

17. Consideró que se desconocen los artículos 1° , 2° y 5° de la Constitución Política, en la medida que no se cumplen los principios fundantes del Estado Social de Derecho, y el derecho a la dignidad de los hijos de los trabajadores del DAS.

El bloque de constitucionalidad

18. Al respecto, señaló que ni el DAS ni el gerente del Fondo Rotatorio de la

entidad, tenían la dirección del establecimiento educativo. Que los niños de los funcionarios del DAS no recibieron los beneficios del derecho fundamental al bienestar social que les corresponde por ser los hijos de los servidores de menores ingresos de la institución. Agregó que se les privó de recibir educación de excelencia académica en el Liceo Mixto, desconociendo lo previsto en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

19. Indicó que, el artículo 44 de la Constitución Política establece como derecho fundamental el de la educación y prescribe, como obligación a cargo del Estado, la de asistir y proteger a los niños para garantizar su desarrollo integral y el ejercicio de pleno de sus derechos.

20. Señaló que los tratados internacionales relacionados con el Derecho Fundamental a la Educación obligan a las autoridades administrativas como el DAS y Fondo Rotatorio del DAS a respetarlos y garantizar su cumplimiento.

21. Como apoyo de su planteamiento transcribió apartes de las sentencias T-002 de 1992 y T-944 de 2000.

Competencia de los funcionarios públicos

22. Afirmó que los artículos 4º inciso 2º y 121 de la Constitución Política, regulan el concepto de competencia de los funcionarios públicos y que es deber supremo acatar la constitución y las leyes, lo cual deriva en que la atribución de competencias a los servidores públicos se hace de manera expresa y positiva por medio de la constitución, la ley y/o el reglamento.

23. Señaló que los actos administrativos deben ser expedidos por el funcionario competente, conforme con a los artículos 6º, 121, 123 y 152 de la Constitución Política.

24. Con fundamento en estas disposiciones adujo que era al Fondo Rotatorio del DAS, como institución con personería jurídica, creado con la misión de administrar los recursos económicos, bienes y haberes de la institución, a quien le correspondía declarar el cierre del Liceo Mixto del DAS. Aclaró que

si bien su gerente es el director del DAS⁵, en su condición de representante del Fondo Rotatorio tienen funciones diferenciadas.

25. Bajo esta premisa estimó que el director del DAS, sin fundarse en una facultad expresa, de aquellas otorgadas por el Decreto 643 de 2004, cerró la administración y la gestión del establecimiento educativo Liceo Mixto del DAS.

26. Aclaró que el Fondo Rotatorio del DAS está a cargo de su gerente, quien tiene como funciones las asignadas por la Ley 4ª de 13 de enero de 1981⁶ y el Decreto 2462 de 7 septiembre 1981⁷, entre las cuales está el cumplimiento del derecho fundamental al bienestar social de los servidores públicos y de sus hijos.

27. Consideró que el director del DAS actuó con falta de competencia al solicitar mediante oficio a la Secretaría de Educación Distrital la revocatoria de la licencia de funcionamiento del establecimiento educativo, Liceo Mixto del DAS y, a juicio de la demandante, conlleva necesariamente un abuso de poder.

Carrera administrativa - derecho fundamental al bienestar social

28. Destacó que los funcionarios que prestan sus servicios al DAS por razón de la carrera administrativa tienen asignado un sistema de estímulos, capacitación e incentivos reglamentados por el Decreto 1567 de 5 de agosto 1998⁸, en sus artículos 16, 17, 18, 20, 21, 23 y 25, modificado por el Decreto 1227 de 21 de abril 2005.⁹

29. Consideró que el bienestar social es un derecho fundamental y por lo mismo es un deber jurídico a cargo del DAS, en la medida en que corresponde garantizar el funcionamiento de liceos para los hijos de los empleados del DAS, a través del Fondo Rotatorio según el artículo 57 del Decreto 643 de 2 de marzo de 2004¹⁰. Agregó que los recursos para atender

⁵ Al respecto el escrito de demanda transcribe los artículos 5º y 59 de la Ley 489 de 1998 y también del Decreto 643 de 2004, que establece la estructura orgánica del DAS

⁶ “Por la cual se crea el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan normas para su organización y funcionamiento”.

⁷ Por el cual se crean los estatutos del Fondo Rotatorio del DAS

⁸ Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado.

⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley [909](#) de 2004 y el Decreto-ley [1567](#) de 1998.

¹⁰ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones.

tal deber, de conformidad con el artículo 2° del numeral 8°¹¹ de la Ley 4ª de 13 de enero 1981¹², le corresponde asumirlos al Fondo Rotatorio y es al Consejo Directivo de dicho fondo al que le corresponde estudiar, decidir y acordar las políticas, planes y programas de bienestar social.

30. Con fundamento en tales requisitos, alegó que ni la dirección del DAS ni del Fondo Rotatorio tenían la potestad para expedir el acto demandado, pues es una facultad que debió ser delegada o cumplida por el Consejo Directivo del Fondo Rotatorio, lo cual no ocurrió en el caso presente,

El estudio realizado por la oficina de planeación

31. Aseguró que el estudio realizado por la citada oficina y en el que se fundó el director del DAS, tuvo las siguientes inconsistencias: i) es ilegal porque tuvo por fin justificar la revocatoria de la licencia de funcionamiento del plantel educativo y debió seguir un procedimiento de autorización y convalidación por el Consejo Directivo del Fondo Rotatorio; ii) el director del DAS desconoció el estudio en cuanto conceptuó que la decisión de cierre del establecimiento debía proceder de un acto administrativo sin considerar que debía ser sometido al conocimiento del Consejo Directivo para analizar u decidir lo pertinente y, una vez tomada la decisión, delegar y ordenar al Gerente del Fondo tomar las acciones pertinentes por medio de actos administrativos escritos contenidos en acta de Consejo Directivo, la cual no existió; iii) no es cierto el argumento relativo a que el propietario del Liceo Mixto del DAS, tenía la competencia autónoma para decidir su cierre; iv) El estudio no consideró a qué niños de los funcionarios del DAS atendía el instituto educativo y, además, se hizo mediante un comparativo de gastos que no fue adecuado, pues se consideraron los del año 2004 para calcular costos por estudiante en el año 2007; v) en cuanto al hecho de que únicamente se cubría el 5% de hijos de funcionarios, señaló que era necesario como deber del DAS mejorar y ampliar su cobertura sin que este fuera un motivo de justificación para el cierre del colegio, y vi) frente a la cobertura de los funcionarios del DAS con hijos, señaló que se consideró la totalidad de empleados y no solo aquellos con la condición de padres con hijos en edad escolar que correspondía a 3,989 funcionarios con hijos.

¹¹ Transcrito al folio 230 del expediente, en los siguientes términos: “[...] *asumir los gastos que demanden los programas de bienestar social, recreación, vivienda, casinos de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad y el funcionamiento de Liceos para los hijos de los empleados, para lo cual podrá destinar hasta un quince por ciento (15%) de sus ingresos. [...]*”

¹² Por la cual se crea el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan normas para su organización y funcionamiento”

32. Con todo lo anterior, estimó que el oficio demandado es nulo por la facultad para ordenar cerrar el Liceo Mixto del DAS correspondía al Consejo Directivo del Fondo Rotatorio del DAS y, por lo mismo, no existía competencia del director del DAS para solicitar la revocatoria de la licencia de funcionamiento quien actuó sin acto de delegación de aquel con desviación de poder.

Contestación de la demanda por parte de la Secretaría de Educación Distrital

33. Planteó a título de defensa en el escrito de contestación¹³, la formulación de la excepción de: i) falta de legitimación en la causa por pasiva por cuanto señala que no está llamada a responder por los hechos en que se funda la demanda pues ninguno se dirige en contra de la actuación cumplida por esa Secretaría¹⁴; no obstante, precisó que la misma sí contaba con facultadas para ordenar revocar resoluciones de funcionamiento a una institución que obra bajo su cuidado ; ii) ausencia de los presupuestos para la prosperidad de la acción, al considerar que, examinada la demanda no se concretó el concepto de violación de forma completa y clara; iii) ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, al considerar que en la demanda los hechos no están determinados, clasificados y numerados.

Contestación de demanda por parte del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y Fondo Rotatorio del DAS

34. Indicó que el Liceo Mixto del DAS era un establecimiento educativo aprobado por el Ministerio de Educación Nacional mediante las Resoluciones núms. 2253 de 1965, 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1988. Los servicios que prestaba esa Institución estaban incorporados en el sistema de estímulos de bienestar institucional para los funcionarios del DAS.

35. Refirió que el artículo 25 del Decreto 1567 de 1998¹⁵, facultó a las entidades públicas para evaluar y hacer seguimiento a los programas de bienestar ofrecidos y verificar la eficacia de éstos, con el fin de establecer su

¹³ Folios 384 a 388 del expediente.

¹⁴ Bajo este fundamento general la entidad plantea como excepciones la de falta de requisito formales y de buena fe que las explica en que la entidad no está llamada a responder por las pretensiones de la demanda.

¹⁵ Por el cual se crean (sic) el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado

modificación o continuidad, determinada por el cubrimiento a la totalidad de los empleados en garantía del derecho a la igualdad y a los principios que lo informan.

36. Agregó que fue en aplicación de esa normativa que el DAS adelantó un diagnóstico de los servicios prestados por el Liceo Mixto, con el fin de: i) conocer la población beneficiada; ii) los recursos utilizados y iii) la calidad de educación, según estudio técnico de septiembre de 2006.

37. Relató que del estudio se evidenció: i) que el beneficio educativo tan solo se ofrecía al 5% de los servidores del DAS con hijos en edad escolar y ii) los costos para la prestación del servicio educativo excedían los recursos que una entidad oficial invertía con similar propósito.

38. Señaló que fueron estas situaciones en las que se basó la solicitud de revocatoria de la licencia de funcionamiento, para privilegiar que los recursos invertidos fueran en programas que realmente beneficiaran a todos los funcionarios de la entidad.

39. Explicó bajo estos argumentos, que: i) existió el consentimiento expreso requerido en el artículo 75 del Código Contencioso Administrativo para que la Secretaría de Educación Distrital accediera a la solicitud de revocatoria; ii) que la entidad distrital asumió a partir de 2008 la prestación del servicio educativo en pro de garantizar el derecho de educación de los niños; iii) para la efectividad de la continuidad del servicio educativo se suscribió el contrato de comodato núm. 258 por un término de 5 años en el cual se hace entrega, a título de préstamo, del inmueble donde funcionaba el Liceo Mixto del DAS y su grupo familiar y iv) mediante la Resolución núm. 110 del 5 de febrero de 2008 se realizó el traspaso de los bienes y enseres necesarios para la prestación del servicio.

40. Aludió a que, en este caso, se presenta un decaimiento del acto administrativo porque las disposiciones desaparecieron del escenario jurídico, en tanto el DAS como entidad fue suprimido mediante Decreto núm. 4057 de 31 de octubre 2011¹⁶ y el propósito del establecimiento educativo, era el de otorgar un servicio de bienestar institucional para los funcionarios de dicha entidad.

¹⁶ Por el cual se suprime el DAS

41. Refirió que las licencias de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS desaparecieron de la vida jurídica al expedirse el Decreto que suprimió la entidad.

42. Hizo énfasis en que la acción procedente para atacar los actos demandados era la de acción de nulidad y restablecimiento del derecho sometido a un plazo para su ejercicio en el entendido que lo que pretende el demandante es el restablecimiento del derecho de los afectados con los actos administrativos acusados.

43. Estimó que una sentencia favorable a las pretensiones de la parte demandante que determine el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión de cierre del establecimiento educativo, sería admisible, siempre y cuando la acción se haya intentado dentro de los 4 meses para el ejercicio de la misma.

44. Bajo estas consideraciones, solicitó que se declare probada la excepción de caducidad de la acción e inepta demanda, en tanto no solo se persigue la legalidad en abstracto sino que la sentencia puede conllevar a un restablecimiento.

Contestación de demanda por parte del Ministerio de Educación Nacional

45. Mediante escrito de contestación¹⁷, la apoderada de la entidad señaló que no fue esta última la entidad que expidió los actos demandados.

46. Agregó que en materia educativa la Ley 60 de 12 de agosto de 1993¹⁸ delimitó las competencias a cargo de la Nación y aquellas que debían asumir los entes territoriales precisando que el servicio público de educación será prestado en conjunto por los municipios y departamentos, razón por la cual planteó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que con fundamento en el artículo 27 *ejusdem* la Nación no puede asumir las responsabilidades que pasaron a ser de competencia de los municipios, Departamentos y Distritos.

¹⁷ Visible al folio 413 a 418 de expediente

¹⁸ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

Actuaciones surtidas en el trámite de única instancia

47. El Despacho sustanciador mediante auto de tres (3) de diciembre de 2012¹⁹ decretó las pruebas documentales aportadas al proceso.

48. Surtida la etapa probatoria se ordenó correr traslado para alegar de conclusión mediante auto del veinte (20) de junio de 2013²⁰. Durante este término el Ministerio Público guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

49. Visto el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo²¹ sobre la competencia del Consejo de Estado, en única instancia, y el artículo 13 del Acuerdo compilatorio núm. 80²² de 12 de marzo de 2019²³, sobre distribución de procesos entre las secciones, esta Sección es competente para conocer del presente asunto.

50. La Sala no observa en el presente proceso la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, por lo que se procede a decidir el caso *sub lite*.

51. La Sala abordará el estudio de las consideraciones en las siguientes partes: i) los actos administrativos acusados; ii) problemas jurídicos; iii) naturaleza de la acción incoada; iv) desarrollos jurisprudenciales de la teoría de los móviles y finalidades; v) análisis del caso concreto y vi) conclusiones.

¹⁹ Folio 473 cuaderno principal núm. 3

²⁰ El Ministerio de Educación Nacional (fls. 482-483), la Asociación demandante (fls. 484-487) reiteraron las posiciones expuestas en la contestación y la demanda, respectivamente.

²¹ “[...] Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

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

²² “[...] Artículo 13.- Distribución de los procesos entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Primera:

[...] 2.- Los procesos de simple de nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones. [...].

²³ Por medio del cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado.

Los actos administrativos acusados

52. Los actos acusados son los siguientes:

52.1 Oficio núm. DIR 173233 del 27 de agosto de 2007²⁴ firmado por el director del DAS y dirigido al Secretario de Educación Distrital bajo el asunto: “*Solicitud de Revocatoria*”.

En lo esencial, el oficio acusado es del siguiente contenido:

“[...] De la manera más atenta solicito a la autoridad competente de esa Secretaría emitir el acto administrativo conducente a la revocatoria de las Resoluciones No. 2253 de 1965 y 14363 de 1998, mediante las cuales se concedió licencia de funcionamiento con entidad de educación básica primaria y básica secundaria y media vocacional, al Liceo Mixto del DAS; de igual forma se expidan los actos administrativos mediante los cuales la Secretaría de Educación del Distrito asume integralmente el funcionamiento del colegio antes mencionado, y garantiza la continuidad del servicio educativo a los niños y niñas que están actualmente matriculados en el (sic) [...]”.

52.2. Resolución núm. 4398 de 31 de octubre de 2007²⁵ “*Por la cual se revocan las Resoluciones 2253 y 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1998²⁶, que otorgaron la licencia de funcionamiento al establecimiento educativo denominado Liceo Mixto del DAS ubicado en la localidad de Suba, jurisdicción de Bogotá, Distrito Capital*”.

“[...] Resolución N° 4398 de 31 de octubre de 2007

“Por la cual se revocan las Resoluciones 2253 y 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1998²⁷, que otorgaron la licencia de funcionamiento al establecimiento educativo denominado Liceo Mixto del DAS ubicado en la localidad de Suba, jurisdicción de Bogotá, Distrito Capital”.

El Secretario de Educación de Bogotá D.C., en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por las Leyes 115 de 1994, 715 de 2001, Decreto 1860 de 1994 y 816 de 2001, Resolución 11007 de 1990 y,

CONSIDERANDO

*Que el Liceo MIXTO DEL DAS, **es un plantel educativo de propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad DAS**, aprobado por el Ministerio de Educación Nacional mediante Resoluciones Nos. 2253 y 2390 de 1995, 13379 de 1986 y 14363 de 1998 para la prestación del*

²⁴ Folio 9 del expediente.

²⁵ Folio 127 a 130 del expediente.

²⁶ El año corresponde al 1988 conforme lo aclara con posterioridad la Resolución N° 4734 de 28 de noviembre de 2007.

²⁷ El año corresponde al 1988 conforme lo aclara con posterioridad la Resolución N° 4734 de 28 de noviembre de 2007.

servicio en los Niveles de Educación Preescolar, Básica Completa y Media, en la carrera 92 N° 151 – 52.

Que mediante comunicado radicación en la Secretaría de Educación E-2007-142378 de fecha 28 de agosto de 2007, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, solicitó la revocatoria de las Resoluciones que otorgaron la Licencia de Funcionamiento al establecimiento educativo denominado LICEO MIXTO DEL DAS y que la Secretaría de Educación Distrital asuma integralmente el funcionamiento del plantel educativo.

Que en la solicitud efectuada se argumenta que de acuerdo con los estudios efectuados dentro del proceso de modernización, cambio y competitividad del DAS, se evidenció que el beneficio educativo que se ofrece a los funcionarios cubre solamente un 5% de los servidores con hijos de edad escolar, situación que genera inequidad al interior de ese organismo, aunado a que los costos en los que incurre el DAS para la prestación del servicio, exceden en una cuantía considerable los costos que por el mismo concepto asume una entidad oficial.

Que el artículo 44 de la constitución Política consagra el derecho a la educación como un derecho fundamental para los niños el cual debe ser protegido preferentemente, por lo que las Secretarías de Educación deben propender por el amparo y resguardo del mismo, ejecutando las acciones que tengan a su alcance para tal fin.

Que el numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley 715 de 2001 determina dentro de las competencias de los Distritos y Municipios certificados el dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en el nivel preescolar, básica y media en condiciones de equidad, eficiencia y calidad.

Que el numeral 7.6 del artículo 7 de la Ley 715 de 2001, da la competencia para que el Distrito Capital mantenga la cobertura y propenda por su ampliación.

Que el numeral 7.6 del artículo 7 de la Ley 715, da la competencia para que el distrito mantenga la cobertura y propenda a su ampliación.

Que el artículo 1° del Decreto Distrital 816 de 2001, determina entre otras funciones de la Secretaría de Educación, numeral 1°. “Velar por la calidad y cobertura de la educación”, numeral 3° “Organizar y supervisar el servicio educativo prestado por entidades oficiales y particulares; ...”

Que en virtud de lo expuesto la Secretaría asumirá la prestación del servicio educativo a partir del año 2008, para lo cual ha dispuesto **integrar al colegio el Salitre IED, como una de sus sedes, la planta física en la cual funcionará hasta el año 2007 el Liceo Mixto del DAS**, por lo que, conjuntamente con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por lo que conjuntamente con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, se ha convenido celebrar un contrato de comodato en el que se estipulará el tiempo que la Secretaría de Educación del Distrito administrará los Predios y bienes que hacen parte del Liceo Mixto del DAS.

Que el parágrafo 1° del artículo 7° de la Resolución 11007 de 1990, establece que cuando un instituto docente con licencia para iniciación de labores deje de funcionar, la resolución correspondiente será revocada.

Que por lo anterior y en cumplimiento de lo establecido en la Ley, la Secretaría de Educación, procede a revocar los precitados actos administrativos.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar a partir del año 2008 las Resoluciones Nos. 2253 y 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1998 expedidas por el Ministerio de Educación Nacional, que otorgaron Licencia de funcionamiento para la prestación del servicio en los niveles de Educación Preescolar, Básica Completa y Media, al Liceo Mixto del DAS, de propiedad del Departamento Administrativo de seguridad DAS, en la carrera 92 N° 151 -52.

ARTÍCULO SEGUNDO: El presente acto administrativo deberá notificarse al rector, propietario o representante legal del establecimiento y contra él procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación para ante la Secretaría de Educación. [...]"

52.3 Resolución núm. 4734 de noviembre 28 de 2007²⁸ “Por la cual se aclara la Resolución núm. 4398 del 31 de octubre de 2007 por la cual se revocaron las Resoluciones que otorgaron la licencia de funcionamiento al establecimiento educativo denominado Liceo Mixto del DAS ubicado en la localidad de Suba, jurisdicción de Bogotá Distrito Capital.”

52.3.1. En esencia, la razón de la expedición obedeció a que, revisada la Resolución núm. 14363 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, se encontró que el año de su expedición data de 1988, habiéndose registrado un error tanto en la solicitud de revocatoria efectuada por el director del DAS, como en la Resolución 4398 de 31 de octubre de 2007, al señalar que era de 1998.

Superado este error, la parte resolutive es del siguiente contenido:

“[...] Artículo Primero: Aclarar el Artículo Primero de la Resolución 4398 del 31 de octubre de 2007, el cual quedará así: ARTÍCULO PRIMERO: Revocar a partir del año 2008 las Resoluciones Nos. 2253 y 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363, expedidas por el Ministerio de Educación Nacional, que otorgaron licencia de Funcionamiento para la prestación del servicio en los niveles de Educación básica y media, al Liceo Mixto del DAS, de propiedad del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en la carrera 92 No. 151- 52. [...]"

Problemas jurídicos

53. Los problemas jurídicos que la Sala debe resolver, se contraen a determinar lo siguiente:

²⁸ Folio 130 a 131 del expediente.

53.1. De forma previa se analizará, si, en el caso *sub examine*, es procedente en ejercicio de la acción de nulidad establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, realizar el control judicial de los actos administrativos expedidos por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá que ordenaron la revocatoria de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS como resultado de la solicitud presentada por el entonces Director del DAS, mediante oficio núm. DIR 173233 del 27 de agosto de 2007; o si, por el contrario y, como lo alegó la defensa de la entidad demandada (DAS), dicho estudio solo es posible a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sometida a término de caducidad.

53.1.1. Si el oficio núm. DIR 173233 del 27 de agosto de 2007 que contiene la solicitud elevada por el Director del DAS para revocar la licencia de funcionamiento es susceptible de control judicial.

53.2. Si se resuelve afirmativamente la procedencia de la acción de nulidad simple para el caso concreto, se resolverán los siguientes problemas jurídicos de fondo:

53.3 Si es posible efectuar el examen de legalidad de los actos que se demandaron a pesar de la supresión del DAS, habida cuenta que el Liceo Mixto del DAS se encontraba adscrito a este.

53.4. Si está probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Secretaría de Educación Distrital y el Ministerio de Educación Nacional.

53.5. Finalmente, si se encuentra que las anteriores circunstancias no impiden un pronunciamiento de fondo, la Sala examinará la legalidad de los actos cuestionados.

De la excepciones propuestas

54. Como se ha anticipado, esta Sala se ocupará de examinar inicialmente los planteamientos que formuló la parte demandada Departamento Administrativo de Seguridad DAS frente a si es posible realizar el estudio de legalidad de los actos acusados mediante la acción de simple nulidad, o si como lo plantea aquella, debió ejercitarse la acción de nulidad y restablecimiento del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo que se encuentra sometida a término de caducidad,

La acción procedente

55. Corresponde a la Sala resolver si prospera o no la excepción que se formuló por el apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS en cuanto señaló que la demanda se dirige contra actos de contenido particular, los cuales se controlan mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sometida a un término de caducidad para lo cual se examinará la teoría de los móviles y finalidades conforme a la jurisprudencia proferida por la Sección Primera de la Corporación.

Desarrollos jurisprudenciales de la Teoría de los Móviles y Finalidades

56. Los artículos 84²⁹ , 85³⁰ y 136³¹ del Código Contencioso Administrativo señalan que la acción de nulidad simple puede ser presentada por cualquier persona, en cualquier tiempo, cuando se pretenda la nulidad de actos generales y la protección del ordenamiento jurídico en abstracto.

57. Por su parte, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está en cabeza de aquella persona que crea que se le ha lesionado un derecho amparado en una norma jurídica, la cual podrá ejercer dentro de los 4 meses siguientes a la publicación, notificación, comunicación o ejecución, según sea el caso, para que se declare la nulidad del acto o actos administrativos y, en consecuencia, se restablezca su derecho.

58. Al respecto, es de destacar que la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha precisado que la acción de nulidad procede también frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, cuando tales situaciones “[...] implican un interés para la

²⁹ “ [...] Artículo 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.[...]”

³⁰ “ [...] Artículo 85. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.[...]”

³¹ “[...] Artículo 136 Caducidad de las acciones.

1. La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe [...]”

comunidad **en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de legalidad en abstracto**, por afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico [...]”³². (Subrayas fuera del texto).

59. Dicha postura fue acogida por la Sección³³, en la que se **señaló que conforme a la teoría de los móviles y finalidades** el carácter de acto de contenido particular y concreto no impide que en su contra se formule acción de simple nulidad, en tanto esta procede contra todo tipo de actos, “[...] **siempre que con la sola declaración de invalidez no se produzca el restablecimiento del derecho vulnerado [...]**”.

60. En efecto, en la citada providencia se dijo:

“[...] Sea lo primero advertir que la Sección Primera frente a la teoría de los motivos y finalidades, ha señalado, entre otros, en auto de 2 de agosto de 1990, reiterado en la sentencia de la misma Sala del 28 de agosto de 1992, **que los actos de contenido particular no son, en principio, susceptibles de ser atacados en ejercicio de la acción de nulidad simple, salvo en aquellos eventos expresamente determinados por la ley**, entre los cuales se mencionaron los regulados en los artículos 221 y 223 del C.C.A. y 585 y siguientes del Código de Comercio, concluyendo que sólo excepcionalmente podría ser utilizada para acusar actos diferentes de los de contenido particular.

También la Sección Primera, en sentencia del 26 de octubre de 1995, consideró que la teoría de los móviles y finalidades **podía “ampliarse”, entendiendo que la acción de simple nulidad procedería, adicionalmente, frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, cuando tales situaciones implican “un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico”**, y ello aun cuando la posibilidad de atacar dichos actos mediante la acción mencionada no hubiera sido expresamente prevista por el legislador.

Esta posición fue adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de octubre de 1996, en la que se precisó que, además de los casos previstos en la ley, **habría lugar al ejercicio de la acción de nulidad simple en aquellos eventos en que se tratara de actos creadores de situaciones particulares y concretas que comportaran “un interés de la comunidad de tal naturaleza e importancia que fuera aparejado con el afán de legalidad”**, en especial cuando se encontrara “de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos”. Se agregó, por otra parte, que este criterio habría de servir **para justificar el control jurisdiccional frente a aquellos actos que, no obstante afectar intereses particulares, implicaran, por su**

³² Sentencia de 26 de octubre de 1995. Expediente núm. 3332. C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

³³ Providencia del 1° de marzo de 2007 (Expediente núm. 2005-00178, Actora: Hospital de la Samaritana E.S.E., C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

contenido y trascendencia, “el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación”.

La verdadera teoría de los móviles y finalidades no fue estudiada por el fallo de la Corte Constitucional a que alude el auto del Tribunal, ni mucho menos en dicho fallo se demostró que tal teoría pudiera ser considerada restrictiva del derecho de acceso a la administración de justicia y del debido proceso, o por qué serían sus planteamientos irrazonables, es decir, que no se hizo un juicio de constitucionalidad respecto de dicha teoría.

Conforme a tal teoría el carácter de acto de contenido particular y concreto no impide que en su contra se formule acción de simple nulidad, pues ésta procede contra todo tipo de actos, siempre que con la sola declaración de invalidez no se produzca el restablecimiento del derecho vulnerado.

*En este caso, de prosperar la declaratoria de nulidad del acto acusado se produciría un restablecimiento del derecho, cual es que se le reconozca la suma de **\$83.259.730.00**, que no le fue tenuta en cuenta en la reclamación por ella presentada.*

De otra parte, independientemente de que para garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia se permita que contra un acto particular, individual y concreto se pueda promover acción de simple nulidad, no por ello ha de desconocerse que el asunto tiene una cuantía, y es en razón de ésta que el conocimiento del proceso no corresponde a esta Corporación en única instancia. [...]”³⁴. (Subrayado y Negritas fuera del texto original).

61. Ahora bien, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo mediante sentencia C-426 de 29 mayo 2002³⁵, y la supeditó a que debía entenderse que “la acción de nulidad **también procede contra los actos de contenido particular y concreto** cuando la pretensión **es exclusivamente** el control de la legalidad en abstracto”.

62. De tal conclusión, cabe resaltar que la postura que ha mantenido esta Corporación respecto de aceptar la controversia de actos de carácter particular a través de la acción de nulidad se circunscribe al hecho de no estar presente un restablecimiento automático con la anulación que se persigue.

³⁴ Lo anterior, conforme se indicó en la sentencia de 4 de diciembre de 2014 (Expediente núm. 2011-00213-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), “no es más que la reiteración de lo expuesto en proveído de 12 de febrero de 2004 (Expediente núm. 2003-00486-01, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), prohijada en auto de 10 de diciembre de 2008 (Expediente 2006-00523-01, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), en los que se precisó que la Corte Constitucional en la sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002 (Magistrado ponente doctor Rodrigo Escobar Gil) no realizó un juicio de constitucionalidad respecto de la teoría de los móviles y finalidades, por cuanto solo se refirió al artículo 84 del C.C.A., y “no hizo análisis alguno del artículo 85 del C.C.A, en armonía con el artículo 136, ibídem, de tal manera que con dicho pronunciamiento la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no desapareció del mundo jurídico”, por lo que las demandas en casos como en el sub lite deben estudiarse a la luz de sus prescripciones”.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, M.P Rodrigo Escobar Gil

63. Esta Sección ha sido reiterativa en considerar que la procedencia de esta acción, se sujeta a que el examen de la legalidad de los actos particulares se realiza a partir de un análisis de legalidad en abstracto que no conlleva para el demandante o un tercero, un restablecimiento automático. Así se advierte del siguiente³⁶ pronunciamiento:

[...]

Ahora bien, la Jurisprudencia de esta Corporación³⁷, en desarrollo de la teoría de los móviles y las finalidades, ha sostenido que la acción de nulidad procede contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, “cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico”.³⁸

*También, en la sentencia de 4 de marzo de 2003, la Sala Plena del Consejo de Estado precisó que la acción de nulidad contra actos administrativos particulares, **procede únicamente cuando la anulación del acto no implica el restablecimiento automático de un derecho particular y concreto, pues en el evento contrario la acción que corresponde es la subjetiva, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, así el actor sostenga que no es esa su finalidad***³⁹. (Mayúsculas, negritas y subrayas fuera del texto)

64. De la misma manera, en sentencia de 4 de Marzo de 2003 esta Sección indicó:

“ [...] En lo que respecta a las diferencias, la doctrina se refiere a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho con expresiones diferentes como las de contencioso popular de anulación, contencioso objetivo o recurso por exceso de poder, respecto de la acción de nulidad, y con las de contencioso subjetivo o de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, para la segunda de estas acciones. El código de 1984 introdujo el nombre actual, por considerarlo más técnico. Dichas acciones se diferencian, entre otros, en los siguientes aspectos: En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción

*popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado; **en tanto que el uso de la acción de nulidad y***

³⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 6 de octubre de 2017, C.P. María Elizabeth García González, número único de radicación: 25000-23-24-000-2008-00447-01 C.P. María Elizabeth García González.

³⁷ Sentencia del 10 de agosto de 1996 (C.P. Daniel Suárez Hernández), ha sido reiterada de manera uniforme por el Consejo de Estado, entre otras, en las siguientes providencias: Autos de la Sección Primera de 1° de julio y 4 de noviembre de 1999, expedientes 5444 y 5372 (C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola); Auto de la Sección Segunda del 1° de junio de 2000, expediente 2220-99 (C.P. Ana Margarita Olaya Forero); Auto de la Sección Primera del 30 de marzo de 2000, expediente 6053 (C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); Auto de la Sección Primera del 27 de septiembre de 2001, expediente 17001-23-31-000-2000-1038-01 (C.P. Olga Inés Navarrete Barrero); Auto de la Sección Primera del 14 de febrero de 2002, expediente 6581 (C.P. Olga Inés Navarrete Barrero); Auto de la Sección Cuarta del 12 de abril de 2002, expediente 12627 (C.P. Ligia López Díaz); Sentencia de 19 de septiembre de 2013 (2019815) (C.P. María Elizabeth García González) y de 04 de julio de 2013 (2015721) (C.P. María Claudia Rojas Lasso).

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de octubre de 1995, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente núm. 3332

³⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 4 de marzo de 2003, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, expediente núm. 1999-05683 (IJ-030)

restablecimiento está condicionado a la existencia de un interés, de manera que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho; En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo, mientras que la de restablecimiento del derecho debe ser presentada ante el juez en un término que, en la mayor parte de los casos, es de cuatro (4) meses, o de dos (2) años cuando se trata de acción indemnizatoria. En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene "erga omnes", si la decisión es anulatoria, en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora; mientras que en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia tiene efectos inter partes y respecto de terceros interesados. Otros rasgos de estas dos acciones tienen que ver con el hecho de que la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda, lo que no sucede con la de nulidad y restablecimiento del derecho, que sí es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en un proceso de esa naturaleza. En el mismo orden de ideas, el fenómeno de la perención no opera, cuando se trata de acción de nulidad, lo que sí sucede en el caso de la otra acción. **Otro aspecto que distingue a las dos acciones tiene que ver con su procedibilidad, el cual se vincula directamente con la teoría de los motivos y finalidades [...]**⁴⁰

Análisis del caso concreto

65. Como ya se precisó, según la demandante, el director del DAS implícitamente adoptó la decisión de cierre del establecimiento educativo, al solicitar la revocatoria de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS, petición que fue aceptada por las Resoluciones núms. 4398 y 4734, de 2007, que fueron expedidas por la Secretaría de Educación Distrital.

66. Como fundamento de sus reproches, señaló la demandante que ni la comunidad escolar ni sus estamentos, tuvieron la oportunidad de controvertir el procedimiento que adoptó el DAS, el cual alegan como contrario al ordenamiento constitucional, por desconocer las disposiciones relativas al derecho a la educación, el bienestar social y la prevalencia de los derechos de los niños.

67. Del contenido de los actos acusados referidos con la revocatoria de la licencia de funcionamiento de un colegio: "El Liceo Mixto del DAS" y su aclaratoria, se aprecia que para la asociación que funge como demandante, la nulidad de los actos acusados implicaría el restablecimiento de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS, institución educativa directa y estrechamente vinculada al objeto social de la Asociación de Padres de

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de marzo de 2003. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayala núm. Único de radicación 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030)

Familia Asoplidas, en tanto la naturaleza de su existencia se encuentra ligada estrictamente al proyecto educativo institucional y a la comunidad educativa del mismo establecimiento escolar.

68. Observa la Sala, en consecuencia, que en el evento de declararse la nulidad de los actos acusados, indiscutiblemente estaríamos en el escenario de un restablecimiento automático del derecho para la parte demandante, en tanto, al quedar sin efecto los actos administrativos contenidos en las resoluciones núm. 4398 de 31 de octubre de 2007 y núm. 4374 de 28 de noviembre de 2007 expedidas por la Secretaría de Educación del Distrito que revocan la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS, se produciría un restablecimiento automático del derecho para la parte demandante Asoplidas.

69. Para la Sala, si bien es cierto el carácter mixto que pueden tener los actos administrativos generales permite que sean demandables tanto en acción de simple nulidad, como de nulidad y restablecimiento del derecho, quien pretenda algo más que la simple desaparición de los efectos jurídicos del acto, el restablecimiento automático del derecho subjetivo conculcado, necesariamente debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento, dentro del término de caducidad.

70. Así las cosas, para el caso que nos ocupa es claro que la acción procedente era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad como lo pretende hacer creer la parte demandante.

71. Por ello, la acción de nulidad, en realidad debió interpretarse como de nulidad y restablecimiento del derecho en tanto está dirigida a atacar aquella parte del acto acusado que le afecta de manera individual y concreta, es

decir, lo relativo a los efectos de la afectación que le produjo el cierre del establecimiento educativo consistente en la revocación de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS donde la parte demandante fungía en calidad de Asociación de Padres de Familia , como entidad sin ánimo de lucro, cuyo objeto social, conforme al certificado de existencia y representación de cámara de comercio consistía en “ [...] *colaborar con la comunidad educativa en la formación de nuestros hijos mediante la*

aceptación de la filosofía del plantel, conocimiento de su identidad privada y de orientación integral [...]”⁴¹

72. Para la Sala, por lo anterior, la acción de nulidad impetrada por la parte demandante, ha de entenderse como de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida a atacar el acto acusado que la afecta de manera directa e individual, es decir, en lo que corresponde a la revocación de la licencia de funcionamiento de establecimiento educativo en el que estando matriculados los hijos de los funcionarios del DAS, la misma asociación desarrollaba, de forma inescindible con el Liceo Mixto, un objeto social para el cual fue constituida, siendo beneficiarios los hijos de los padres de familia a ella pertenecientes.

73. Para arribar a esta conclusión, la Resolución N° 006⁴² de 14 de febrero de 2002 “*Por la cual se reglamenta el funcionamiento interno del Liceo Mixto del DAS*”, expedida por el Fondo Rotatorio del DAS, establecía:

*“ [...] ARTÍCULO 1°. **Naturaleza.** El Liceo Mixto del DAS es un establecimiento educativo de **naturaleza privada y carácter mixto**, aprobado por el **Ministerio de Educación Nacional** mediante las resoluciones N°s 2253 de 1965, 2390 de 1965, 13379 de 1986 y 14363 de 1988.*

*ARTÍCULO 2°. **Régimen.** El Liceo Mixto del DAS en su parte administrativa, financiera y presupuestal se regirá por las normas que se encuentren vigentes para el Departamento Administrativo de Seguridad y su Fondo Rotatorio, y en la parte pedagógica se regirá por la Ley 115 de 1994 y sus decreto reglamentarios, y demás normas que lo modifiquen o adicionen.*

*ARTÍCULO 3°. **Objetivo.** El Liceo Mixto del DAS tiene como objetivo brindar los servicios educativos en los niveles básica primaria, básica secundaria y Media a los hijos de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad con fundamento en los principios de la Constitución y las normas que regulan el sistema educativo en el país.*

*ARTÍCULO 4°. **Beneficiarios.** Por tratarse de un programa de bienestar institucional en el Departamento Administrativo de Seguridad, **serán beneficiarios de los cupos escolares del Liceo Mixto del DAS y tendrán derecho de presentar solicitud de ingreso educativo:***

- A. Los hijos de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad que estén en edad escolar y cumplan con los requisitos exigidos por este reglamento.*
- B. Los hijos cuando uno o ambos padres hayan fallecido siendo funcionarios de (sic) Departamento Administrativo de Seguridad, previo estudio socio-económico y concepto de la*

⁴¹ Folios

⁴² Visible a los folios 335 a 340 del expediente.

coordinación de Bienestar Institucional del DAS.

C. **Los hijos de los pensionados del Departamento Administrativo de Seguridad**, previo estudio socio-económico y concepto de la coordinación de Bienestar Institucional del DAS.

D. [...]”

74. La Sala, consecuente con lo anterior, adecuará la acción de nulidad presentada por el actor a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, comoquiera que, como se ha expresado, de la revisión de la demanda se desprende que con la declaratoria de nulidad de los actos acusados se produciría un restablecimiento automático del derecho para la parte demandante.

Presupuestos procesales

75. Visto el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, al tratarse de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho, debió interponerse dentro del término oportuno para la presentación de la demanda, esto es, de los 4 meses contados a partir del momento en que tuvo conocimiento de la decisión.

76. Ahora bien, teniendo en cuenta los efectos particulares que produjeron los actos acusados, y en razón a que no obra prueba en el proceso en relación con la notificación o comunicación personal y directa de los mismos a la parte demandante, resulta pertinente traer a colación la figura de la notificación por conducta concluyente, regulada en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo respecto de la cual esta Sección, en providencia de 17 de noviembre de 2017⁴³, indicó:

*“[...] La notificación por conducta concluyente se configura cuando la parte que alega la falta de notificación de una decisión, de alguna manera manifiesta el contenido de la misma [...] En efecto, para que se configure la notificación por conducta concluyente en los términos del artículo 72 ibídem, debe demostrarse que **la parte actora reveló que conoció el acto acusado** o que consintió la decisión [...]”.* (Resaltado de Sala)

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de noviembre de 2017, C.P: Roberto Augusto Serrato Valdés, número único de radicación: 25000-23-41-000-2014-01597-01

77. En este contexto debe resaltarse que, en el líbello de subsanación de la demanda, la parte demandante manifestó expresamente que respecto de los actos acusados no existió publicación de los mismos⁴⁴.

78. No obstante lo anterior, obra en el plenario prueba documental del día 23 de julio de 2008 consistente en solicitud de documentos elevada por el apoderado de la Asociación de Padres de Familia Asoplidas dirigida a la Directora del Departamento Administrativo de Seguridad DAS en tal calidad y en su condición de Directora del Fondo Rotatorio del DAS en la cual solicitó de forma especial:

“[...] 1.2.1. REVOCAR LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS que ordenan la entrega de las instalaciones del Liceo Mixto del DAS, en comodato a la Secretaría de Educación Distrital.

*1.2.2. OFICIAR a la Secretaría de Educación Distrital para que REVOQUE **LA DECISIÓN QUE REVOCA LAS LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO DEL PLANTEL EDUCATIVO** en todo el proceso educativo preescolar primara y educación media.*

*1.2.3. **REVOCAR la liquidación del LICEO MIXTO DEL DAS, en consecuencia, nuevamente entre el funcionamiento [...]**⁴⁵ (Resaltado de la Sala).*

79. Para la Sala, conforme con lo dispuesto en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, el 23 de julio de 2008, la parte demandante tenía conocimiento de la existencia y contenido de los actos administrativos mediante los cuales se ordenó la revocatoria de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS por parte de la Secretaría de Educación Distrital, como consecuencia del oficio expedido por el Director del DAS por medio del cual este solicitó a aquella la revocatoria de la misma, razón por la cual los cuatro (4) meses con que contaba para la presentación de la demanda vencían el lunes 24 de noviembre de 2008 y, comoquiera que la demanda fue radicada el 21 de enero de 2009⁴⁶, en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la caducidad para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en defensa de su derecho particular y concreto.

⁴⁴ Visible a folio 277 cuaderno principal núm. 2

⁴⁵ Cfr Folio 41 del cuaderno principal núm 1.

⁴⁶ Visible a folio 254 cuaderno principal núm 2.

El oficio E-2007-142318 de 28 de agosto de 2007 suscrito por el Director del DAS y la vía de hecho implícita al adoptar la decisión de cierre del establecimiento educativo

80. Conforme se reconoció en los antecedentes de esta decisión, la existencia de un establecimiento educativo al interior del DAS obedeció al desarrollo de un programa de beneficios para los funcionarios de la entidad, específicamente, de aquellos con hijos en edad escolar.

81. Como ya se precisó, según la demandante, el director del DAS implícitamente adoptó la decisión de cierre del establecimiento educativo, al solicitar la revocatoria de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del DAS; petición que fue resuelta mediante las resoluciones núms. 4398 y 4734, ambas de 2007, expedidas por la Secretaría de Educación Distrital.

82. La Sala considera que la solicitud presentada por el Director del DAS, mediante el Oficio E-2007-142318 de 28 de agosto de 2007, no constituye un acto administrativo susceptible de control judicial en la medida que, en sí mismo, no crea, modifica o extingue una situación jurídica particular sino que se trata en una petición presentada por una autoridad pública dirigida a otra entidad pública, tendiente a dar inicio a una actuación administrativa consistente en la revocatoria de la licencia de funcionamiento del Liceo Mixto del extinto DAS, la cual, una vez expedida, sí tiene la naturaleza de acto definitivo creador de una situación jurídica, según se explicó *supra*.

83. Así las cosas, el Oficio E-2007-142318 de 28 de agosto de 2007, suscrito por el Director del DAS, no adquiere el status de acto administrativo porque es el instrumento orientado a dar inicio a un procedimiento administrativo que concluirá con la expedición del acto administrativo definitivo, razón por la cual la Sala se declarará inhibida para conocer del mismo como así lo dispondrá en la parte resolutive.

84. Finalmente, frente a la pretensión subsidiaria de nulidad de la “VÍA DE HECHO” administrativa que, en criterio del demandante, realizaron el Gerente del Fondo Rotatorio del DAS y el Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, consistente en cerrar y terminar la administración y control del establecimiento educativo denominado “Liceo Mixto del DAS”, Jardín Infantil Chiquitines: es importante resaltar que las vías de hecho no constituyen un acto administrativo susceptible de ser controlado judicialmente mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

sino a través de la acción de reparación directa; en consecuencia, la Sala se declarará inhibida para conocer del mismo, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Reconocimiento de personería

85. Atendiendo a que la abogada Patricia Gómez Forero, allegó poder para actuar en calidad de apoderada de Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera del PAP Fiduprevisora S.A., defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo Rotatorio y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y considerando que el poder cumple con los requisitos de ley, la Sala le reconocerá la respectiva personería.

86. Igualmente, teniendo en cuenta que los abogados Diego Fernando Rodríguez Vásquez y Carlos Alberto Vélez Alegría allegaron poderes para actuar en calidad de apoderados de Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital y al Ministerio de Educación Nacional, en los términos de los mandatos que les fueron conferidos, según se aprecia a los folios 561 y 587 del expediente, respectivamente, la Sala les reconocerá la respectiva personería.

Conclusiones

87. Para la Sala, de conformidad con los razonamientos expuestos en esta providencia, en el caso *sub examine*, en relación con los actos administrativos acusados hay lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda en relación a los actos acusados y de caducidad de la acción y, en consecuencia, proferir decisión inhibitoria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADECUAR la acción de nulidad presentada por la Asociación de Padres de Familia - Asoplidas, a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inepta demanda y de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; en consecuencia, inhibirse de hacer pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de nulidad de las resoluciones núm. 4398 de 31 de octubre de 2007 y núm. 4374 de 28 de noviembre de 2007, expedidas por la Secretaría de Educación del Distrito Capital.

TERCERO: INHIBIRSE de hacer pronunciamiento de mérito respecto del Oficio núm. E-2007-142318 de 28 de agosto de 2007, expedido por el Director del DAS, así como de la pretensión subsidiaria consistente en “*VÍA DE HECHO*” por el cierre implícito del establecimiento educativo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: RECONOCER personería a la doctora Patricia Gómez Forero, como apoderada de la Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera de del PAP Fiduprevisora S.A., defensa Jurídica del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y su Fondo Rotatorio y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme a los poderes que obran en su orden a los folios 502 y 514.

QUINTO: RECONOCER personería a los doctores Diego Fernando Rodríguez Vásquez y Carlos Alberto Vélez Alegría para que representen, respectivamente, al Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital y al Ministerio de Educación Nacional, en los términos de los mandatos que les fueron conferidos, visibles a los folios 561 y 587 del expediente.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese la actuación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 12 de septiembre de 2019.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejo de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado
Con salvamento de voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado