CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá.D.C, siete (7) de abril de dos mil cinco (2005).

Radicación: 1.633
Referencia: Ley 790 de 2002. Programa de Renovación de la Administración Pública. Traspaso de entidades de la Nación a las entidades territoriales. Descentralización y conversión de entidades adscritas al Ministerio de Educación Nacional.

La señora Ministra de Educación Nacional, Dra. Cecilia María Vélez White, le solicita a la Sala que emita concepto sobre la forma como ha de precederse para aplicar el mandato del segundo inciso del artículo 20 de la ley 790 de 2002, por la cual se expidieron las *"disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública,"* para lo cual formuló los siguientes interrogantes:

1. ¿Puede el Gobierno Nacional, en desarrollo del mandato establecido en el artículo 20 de la ley 790 de 2002, ordenar la supresión y liquidación de un establecimiento público del orden nacional y consecuentemente la descentralización del servicio público a cargo del establecimiento educativo para que la prestación del servicio público a su cargo sea asumido por las entidades territoriales?

2. De ser positiva la respuesta anterior, ¿A este proceso de supresión y liquidación le sería aplicable el decreto 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la rama ejecutiva del orden nacional?

3. En cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 356 de la Carta según el cual no se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de recursos suficientes para atenderlas, ¿Debe necesariamente precederse a la venta de los bienes para el cubrimiento de los pasivos del establecimiento que se liquida, o puede entenderse que la propiedad sobre los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo, debe ser transferida a título gratuito a las entidades territoriales por mandato de la ley 790 de 2002 ?

4. ¿Debe entenderse igualmente que la descentralización entonces del servicio educativo implica la trasferencia de los elementos esenciales del servicio público a cargo del establecimiento educativo, es decir la matricula o alumnos inscritos, docentes y directivos docentes, los programas aprobados y las licencias de funcionamiento?

Para responder la Sala CONSIDERA:

Dado que las preguntas versan sobre la aplicación e interpretación del artículo, 20 de la ley 790 de 2002 procede la Sala a transcribirlo:

LEY 790 DE 2002

"Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República. "

"Artículo 20. Entidades que no se suprimirán. En desarrollo del Programa de Renovación de la administración Pública el Gobierno 'Nacional no podrá suprimir, liquidar ni fusionar el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Instituto de Seguros Sociales (ISS), el JNCI, el INSOR, el Instituto Caro y Cuervo ni la Corporación Nasa Kiwe, esta última hasta tanto no culmine (sic) la misión para la cual fue creada. Los ahorros realizados en el proceso de reestructuración de dichas entidades, serán desuñados a una mayor cobertura de los servicios prestados por ellas."

"Las entidades educativas que dependan del Ministerio de Educación serán descentralizadas y/o convertidas en entes autónomos. En tal caso, el Gobierno Nacional garantizará con recursos del presupuesto general de la nación distintos a los provenientes del sistema general de participaciones y transferencias, su viabilidad financiera. "

Con el fin de resolver las preguntas formuladas, pasa la Sala a identificar los puntos objeto de estudio, que son:

a) ¿Cuál es la finalidad del segundo inciso del artículo 20 que se acaba de transcribir?

b) ¿Con qué tipo de estructura administrativa presta el Estado los servicios de educación?

c) ¿Cuál es el servicio educativo que prestan las "entidades educativas" a que se refiere el segundo inciso de la norma transcrita?

d) ¿Cuál es el procedimiento legal para dar cabal cumplimiento a la transformación en entes autónomos?

e) ¿Cuál es el procedimiento legal para dar cabal cumplimiento a la descentralización?

I. FINALIDAD DEL ARTICULO 20 DE LA LEY 790.

La ley 790 de 2002 fue expedida por el Congreso de la República, con el fin de darle un marco jurídico general al Gobierno Nacional para efectuar su *programa de renovación de la administración pública,* en la que además se le confirieron potestades extraordinarias para expedir decretos con fuerza de ley para estos mismos efectos.

En el último capítulo de esta ley, que se refiere a las disposiciones especiales, el artículo 20 le dio dos mandatos al Ejecutivo: en el primero, prohibió suprimir algunas entidades descentralizadas, y en el segundo ordenó descentralizar o convertir en entes autónomos un grupo de entidades nacionales del sector educativo estatal. La decisión legislativa es la de renovar el sector educativo a través de la descentralización y la conversión a entes autónomos de las entidades que actualmente pertenecen al Ministerio de Educación Nacional, de donde se deduce, sin duda alguna, la prohibición de suprimir dichas entidades. Nótese que el título dado por el mismo Legislador al artículo 20 es el de *entidades que no se suprimirán,* y al regular el tema, ordena las transformaciones de las que se ocupará adelante este concepto. De lo dicho se desprende que no es posible, so pretexto de descentralizar o convertir en entes autónomos, suprimir tales entidades.

Durante el debate en el Congreso de la República se discutió este punto, y según consta en el Acta de Plenaria Nº 42 del 19 de diciembre de 2002, se expresó:

"Ahora, ¿por qué descentralizados o autónomos, y/o autónomos? porque hay casos en que el Instituto o la entidad
correspondiente (...) son regionales, son unos Institutos que funcionan en alguna parte del país; sí somos amigos de la descentralización y de que la educación sea prestada por los municipios y por los departamentos, pues tenemos que tener una coherencia y una consecuencia, y debe de darse los instrumentos para que se descentralicen hacia esos entes. Hay unos casos como la universidad autónoma y otros, que deben de llenar los requisitos exigidos por la Ley General de Educación para poder tener la calidad de autónomos, la autonomía no se le puede dar a un instituto educativo en razón de esta ley sino de la Ley General de Educación y por eso en algunos casos se descentralizará simplemente con los recursos pertinentes, en otros casos se reconocerá como ente autónomo de la nación y en otros casos se reconocerá como descentralizado y autónomo; por eso hay que usar la locución y/o.[1]"

Es inequívoca la decisión del legislador de prohibir la supresión y consecuente liquidación de las entidades designadas en el segundo inciso de la norma transcrita, punto de partida para el resto del análisis que se efectúa por esta la Sala de Consulta y Servicio Civil.

De conformidad con la ley 489 de 1998, artículo 52, la supresión de un establecimiento público consiste en la decisión gubernamental de desaparecer esa estructura administrativa, lo que lleva a su liquidación, es decir, concluir con los trámites en curso, liquidar el patrimonio para pagar pasivos, terminar las diferentes relaciones laborales y contractuales, etc. El trámite de la liquidación está regulado por el decreto ley 254 de 2000. Es claro entonces

1 Intervención del Honorable Senador Carlos Holguín Sardi. Gaceta del Congreso N° 46 del 6 de febrero de 2003.

que el mandato legal es de no supresión de las entidades citadas en la norma que se analiza, por lo que no procede tampoco su consecuente liquidación.

Es conveniente mencionar que desde la ley 715 de 2001 había un mandato descentralizador' de los establecimientos públicos educativos del orden nacional en los niveles preescolar, básica y media, el que se reitera por el artículo transcrito, tema que se analizará más adelante.

II. LA FORMA DE PRESTAR LOS SERVICIOS EDUCATIVOS

POR EL ESTADO: DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA

La Constitución Nacional, distingue la educación superior de la básica y media, por lo que se han desarrollado regulaciones diferentes para cada una, las cuales procede la Sala a sintetizar en relación con los aspectos que interesan al concepto que se emite, esto es en cuanto a los órganos competentes para su prestación.

A. La competencia para la prestación del servicio de educación en los niveles preescolar, básica y media

El artículo 67 de la Constitución Política, define la educación como un derecho de la persona y un servicio público, y establece los niveles que conforman la educación formal, a saber: la preescolar, la básica, compuesta por primaria y secundaria, y la media. En el plano legislativo, la Ley General de Educación, ley 115 de 1994, contiene la regulación de la educación en estos niveles.

En desarrollo de la norma constitucional citada, la ley 115 de 1994 en el artículo 11 determina tales niveles de educación así:

"Artículo 11.

"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. "

El mismo artículo 67 de la Constitución Política, determina que le corresponde a la Nación y a las entidades territoriales participar en la prestación de los servicios educativos estatales, en los términos que señale la Constitución Política y la ley. En el curso de los años, han sido varias las formas de distribuir las competencias entre el sector central y el territorial para estos efectos.

En vigencia de la Constitución de 1991 se expidió la ley 60 de 1993 con la cual se procedió al desmonte de la anterior "nacionalización[2]" de los servicios educativos, desde preescolar hasta la media, distribuyendo las competencias de una manera diferente de la que traía la anterior legislación. Esta ley contiene un conjunto de normas sobre el reparto de competencias entre la Nación y los entes territoriales y se distribuyeron los recursos necesarios para la prestación de este servicio por parte de los departamentos, distritos y municipios certificados. Como consecuencia de este mandato legislativo, hubo no sólo el traslado de las competencias para la prestación del servicio sino también se hizo entrega de los bienes, el personal y los recursos para su prestación.

El proceso descentralizador se profundizó con la expedición de la ley 715 de 2001, en la que se distribuyeron nuevamente las competencias entre la Nación y las entidades territoriales en materia de educación preescolar, básica y media, en especial en los artículos 5°, 6° y 7°, en los que se entregó a los departamentos, los distritos y los municipios certificados la prestación directa del servicio en los niveles anotados, por lo que la Nación perdió la competencia para estos efectos.

Este traslado de las competencias para la prestación directa de los servicios educativos por parte de las entidades territoriales implica la prohibición a la Nación de suministrarlos, como claramente lo ordena el artículo 101 de la ley 715 de 2001 que dice:

---

[2] La ley 43 de 1975 había "nacionalizado" los servicios educativos públicos hasta el bachillerato, y reguló la forma de prestarlos y de administrarlos por la Nación, que asumió la competencia directa de la prestación de este servicio.

"ARTÍCULO 101. PROHIBICIÓN DE PLANTAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR PARTE DE LA NACIÓN. Salvo las excepciones establecidas en la presente ley, la Nación no podrá administrar plantas de personal o tener instituciones para prestar los servicios asignados en la presente ley a los departamentos, distritos y municipios. Las existentes deberán transferirse a la entidad donde se presta el servicio. "

Del recuento de estas leyes se desprende que, en cuanto a la prestación de estos servicios de educación por parte del Estado, el legislador sigue un criterio de descentralización territorial.

Para organizar la prestación del servicio educativo, la Ley General de Educación definió los establecimientos

educativos, tanto públicos como privados, en el artículo 138 en estos términos:

"ARTÍCULO 138. NATURALEZA Y CONDICIONES DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO. Se entiende por establecimiento educativo o institución educativa, toda institución de carácter estatal, privada o de economía solidaria organizada con el fin de prestar el servicio público educativo en los términos fijados por esta Ley. "

"El establecimiento educativo debe reunir los siguientes requisitos:

"a) Tener licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial;

"b) Disponer de una estructura administrativa, una planta física y medios educativos adecuados, y

"c) Ofrecer un proyecto educativo institucional. "

"Los establecimientos educativos por niveles y grados, deben contar con la infraestructura administrativa y soportes de la actividad pedagógica para ofrecer al menos un grado de preescolar y los nueve grados de educación básica. El Ministerio de Educación Nacional definirá los requisitos mínimos de infraestructura, pedagogía, administración, financiación y dirección que debe reunir el establecimiento educativo para la prestación del servicio y la atención individual que favorezca el aprendizaje y la formación integral del niño.

"PARÁGRAFO. El Ministerio de Educación Nacional, en coordinación con las entidades territoriales y teniendo en cuenta la infraestructura educativa actual, establecerá el programa y los plazos para que los actuales establecimientos educativos se ajusten a lo dispuesto en este artículo. Cumplidos estos plazos, no podrán existir establecimientos educativos que ofrezcan exclusivamente educación básica, en uno sólo de sus ciclos de primaria o secundaria.

"Mientras ofrezcan un nivel de educación de manera parcial, deberán establecer convenios con otros establecimientos que desarrollen un proyecto educativo similar o complementario, para garantizar la continuidad del proceso educativo de sus alumnos. "

Posteriormente, la ley 715 de 2001 redefinió para efectos de esta ley las "instituciones educativas" así:

"ARTÍCULO 9o. INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Institución educativa es un 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. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes.

Deberán contar con licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial, disponer de la infraestructura administrativa, soportes pedagógicos, planta fisica y medios educativos adecuados.

Las instituciones educativas combinarán los recursos para brindar una educación de calidad, la evaluación permanente, el mejoramiento continuo del servicio educativo y los resultados del aprendizaje, en el marco de su Programa Educativo Institucional.

Las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales.

PARÁGRAFO lo. Por motivos de utilidad pública o interés social, las instituciones educativas departamentales que funcionen en los distritos o municipios certificados serán administradas por los distritos y municipios certificados. Por iguales motivos se podrán expropiar bienes inmuebles educativos, de conformidad con la Constitución y la ley. Durante el traspaso de la administración deberá garantizarse la continuidad en la prestación del servicio educativo. Para el perfeccionamiento de lo anterior se suscribirá un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales.

PARÁGRAFO 2o. Las deudas por servicios públicos de las instituciones educativas cuya administración se traspase de los departamentos a los distritos y municipios certificados, causadas con anterioridad a la fecha del traspaso, serán pagadas por los departamentos.

PARÁGRAFO 3o. ***Los Establecimientos Públicos educativos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto nacional, serán traspasados con los recursos a las respectivas entidades territoriales, conservando su autonomía administrativa.***

PARÁGRAFO 4o. Habrá una sola administración cuando en una misma planta física operen más de una jornada. También podrá designarse una sola administración para varias plantas físicas, de conformidad con

el reglamento. " (Negrillas no originales).

De las normas transcritas y del contexto de las leyes, se desprende que el servicio público de educación oficial se presta a través de las instituciones educativas, que por sí mismas carecen de personalidad jurídica, (aunque excepcionalmente puede haber algunos con este atributo), que en consecuencia y por lo general son dependencias de las correspondientes Secretarías de Educación, y que deben prestar por lo menos un año de educación preescolar y los 11 de la básica y media. Aquellos establecimientos educativos que al momento de entrar en vigencia la ley carecieran de todos estos grados, deberán asociarse y ajustarse a los requerimientos de este artículo para garantizar la continuidad del servicio que se les ofrece a los educandos. Igualmente, y de acuerdo con el parágrafo 3° del ar tículo 9° transcrito, puede darse la posibilidad de que este servicio se preste mediante los establecimientos públicos del orden nacional que la ley ordenó traspasar a la entidad territorial.

El proceso descentralizador de las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 se hizo asignando las competencias y los recursos económicos, entregando materialmente el servicio educativo con el traspaso de los establecimientos a los departamentos o municipios, de manera que en la actualidad, salvo algunos establecimientos públicos del orden nacional, los niveles de educación preescolar, básica y media se encuentran en cabeza de los distritos, de los municipios certificados, y de los departamentos para su prestación en los municipios no certificados, en virtud de los principios de subsidiariedad y complementariedad.

B. La prestación del servicio de educación superior estatal.

La ley 30 de 1992 contiene el régimen de la educación superior, la califica como un "servicio público cultural, inherente a la función social del Estado" *(artículo 2), y la define* como "un proceso permanente que ...se realiza con posterioridad a la educación media o secundaria y tiene por objeto el pleno desarrollo de los alumnos y su formación académica o profesional. " *(artículo 1°). En el artículo 3° se garantiza la a utonomía universitaria y en el 4° la libertad de enseñanza, de aprendizaje, de investigación y de cátedra. El artículo 16 de esta ley, clasifica las modalidades de educación superior en tres grupos así:*

"ARTICULO 16. Son instituciones de Educación Superior:
"a) Instituciones Técnicas Profesionales.
"b) Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas.
"c) Universidades."

En el Título Tercero de la ley de educación superior, estructura las instituciones administrativas que prestan este servicio en dos grandes grupos de entidades públicas: los entes universitarios autónomos y los establecimientos públicos, según las voces del artículo 57 que en lo pertinente expresa:

"ARTICULO 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

"Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con los funciones que le corresponden.

"PARÁGRAFO. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente Ley, deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal. "

De los textos legales anteriores encontramos: las universidades *definidas como "entes universitarios autónomos" que prestan el servicio correspondiente a la educación superior universitaria, y los* establecimientos públicos *que prestan el servicio correspondiente al de las Instituciones Técnicas Profesionales o al de las Instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas, según el caso. Los distintos entes que prestaban los servicios de educación superior no universitaria, debían transformarse en establecimientos públicos, según lo ordena la norma en cita.*

La Ley 749 de 2002, "por la cual se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica, y se dictan otras disposiciones " *reorganizó estas modalidades de educación superior, y en el capítulo final se ocupó de las instituciones públicas que los ofrecen, manteniendo la naturaleza jurídica de establecimiento público para los prestadores (artículo 18), y permitiendo la transformación de éstos en entes universitarios autónomos, previo el cumplimiento de los requisitos que la misma contempla (artículo 19).*

Resalta la Sala que estos diferentes tipos de entidades pueden pertenecer al orden nacional, departamental o municipal según el caso, de donde se desprende que la forma de organizar el servicio educativo de la educación superior se efectuó bajo la óptica de la autonomía y la descentralización por servicios y no por el de la descentralización territorial, que es el caso ya visto de la educación preescolar, básica y media.

Dicho de otra forma y para concluir este acápite, la competencia para la prestación de la educación oficial preescolar, básica y media le corresponde a los departamentos, distritos y municipios certificados, quienes realizan esta actividad en las instituciones educativas, que por lo general son dependencias de la administración de estas entidades territoriales; la competencia para la prestación de la educación superior pública universitaria, la poseen las universidades estatales definidas como entes universitarios autónomos que pueden ser del orden nacional, departamental distrital o municipal, y en cuanto a la técnica profesional y la tecnológica se presta mediante establecimientos públicos que pueden pertenecer a cualquiera de los órdenes anotados.

III. ANÁLISIS DEL MANDATO DEL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 790.

Para efectos de analizar el artículo 20 objeto de la consulta, recuerda la Sala que el parágrafo 3° de l artículo 9° de la ley 715 de 2001 ya transcrito, ordenó que los establecimientos públicos educativos del orden nacional que prestan el servicio de educación deberían ser traspasados a las entidades territoriales, dentro del proceso descentralizador de esta ley.

El segundo inciso del artículo 20 de la ley 790 de 2002 ordena que las entidades educativas que dependan del Ministerio de Educación serán descentralizadas y/o convertidas en entes autónomos. El primer punto que es necesario dilucidar consiste en definir cuáles son estas entidades educativas.

El decreto 2230 de 2002 determina la estructura del Ministerio de Educación Nacional, y en el artículo 4° se relacionan las entidades adscritas dentro de las cuales se encuentra el grupo de entidades que prestan servicios de educación, como lo son: la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, UÑAD, el Instituto Tecnológico "Pascual Bravo", el Colegio Integrado Nacional Oriente de Caldas, el Instituto Técnico Central, el Instituto de Educación Técnica Profesional de Roldanillo, el Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de Ciénaga, el Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de San Andrés y Providencia, el Instituto Nacional de Formación Técnica Profesional de San Juan del Cesar, el Instituto Tolimense de Formación Técnica Profesional, el Instituto Superior de Educación Rural de Pamplona, ISER, el Instituto Técnico Agrícola, ITA, de Buga, el Instituto Técnico Nacional de Comercio Simón Rodríguez, el Instituto Tecnológico del Putumayo, el Instituto Tecnológico de Soledad Atlántico, ITSA, el Colegio Mayor de Antioquia, el Colegio Mayor de Bolívar, el Colegio Mayor de Cauca, y el Colegio de Boyacá.

Todas estas entidades tienen en común que son establecimientos públicos del orden nacional, y prestan servicios educativos, algunos en el nivel medio, y técnico no superior, otros en educación superior no universitaria, y algunos ofrecen varios servicios.

Según el mandato transcrito, el gobierno no puede suprimir estas instituciones, y para su manejo administrativo ordenó adoptar una de dos medidas: bien descentralizarlas o bien transformarlas en entes universitarios autónomos.

La voluntad del legislador manifestada con la expedición de la ley 715 de 2001, y con la ley 790 de 2002[3], consiste en que el Ministerio de Educación Nacional no continuará, ni directa ni indirectamente, prestando los servicios educativos, por lo que se le ordenó realizar las transformaciones anotadas, según se desprende no sólo del texto de las leyes sino de los antecedentes legislativos como consta en el párrafo transcrito en el primer punto de este concepto, en el que se cita como ejemplo de la transformación el de la UÑAD que podría convertirse en ente autónomo si cumple con los requisitos de ley, o de los institutos educativos que deberían descentralizarse, esto es pasarlos a los departamentos, distritos, o municipios. La orden legal, al utilizar la poco castiza expresión y/o, significa que si no se puede lo primero debe precederse a su entrega a las entidades territoriales.

Resumiendo este punto y a manera de conclusión se puede afirmar que el Gobierno debe analizar en un primer momento la posibilidad de transformar las entidades adscritas al Ministerio de Educación Nacional en entes universitarios autónomos, cumpliendo los requisitos de las leyes 30 y 749, y si

3 En las discusiones surtidas durante el segundo debate, publicadas en la Gaceta del Congreso No. 30 del 4 de febrero de 2003, sobre el tema de las instituciones educativas que dependen actualmente del Ministerio de Educación y la política de descentralización, la señora Ministra de Educación Nacional, expresó:
"Todo este interés en torno a estos institutos y como decía uno de los honorables representantes, no solamente de uno o de dos sino de todas las instituciones que en este momento prestan el servicio, y que prestan servicios educativos diferentes y que están adscritos al Ministerio, yo creo que eso es el mismo interés del gobierno en el sentido de que se tiene que preservar la prestación del servicio. No

necesariamente que la forma en que se esté prestando sea la que más se adecua a la Constitución y las leyes: hemos pasado por una Constitución de 91, que descentralizar la prestación del servicio educativo en la básica y la media, y que da autonomía en las entidades de educación superior para prestar el servicio.
"(...) en este momento nosotros le estamos apostando a la descentralización y creemos que hay que pasar esas entidades a las entidades territoriales, o en el caso de las que prestan educación superior hay que armar unas instituciones que respondan a la normatividad o en el caso de las instituciones que prestan servicios especiales, buscarles alternativas que no sea directamente prestándolas desde el Ministerio; yo creo que los que podríamos hacer era garantizar la financiación de esas instituciones y la prestación del servido y que en ese sentido fuera la observación que de todas maneras se garantice que ese servicio se preste, y que los recursos para la prestación de servicio se garanticen, pero sí pediría que nos dieran esa carta de poder organizar de acuerdo con la estructura, con la constitución, con la Ley 30, esas instituciones; entonces para que además quepan todas que nos dejen con la obligación de mantener los recursos para la prestación de esos servicios que nos pongan esa y nosotros estamos muy interesados y en ningún modo vamos a dejar de prestar esos servicios, pero que nos dejen organizar el sistema acorde con la normatividad vigente (...)"

esto no es posible, debe proceder a traspasarlas a los entes territoriales. Así las cosas, surge otra de las preguntas planteadas por la consulta, que consiste en averiguar cómo proceder para dar cumplimiento a este mandato legal, tema que se analiza enseguida.

IV. PROCEDIMIENTO PARA EFECTUAR LA TRANSFORMACIÓN O DESCENTRALIZACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN SUPERIOR NO UNIVERSITARIA.

De acuerdo con el mandato legal que da origen a este concepto, los establecimientos públicos que presten servicios de educación superior diferente de la universitaria, deben ser transformados en entes autónomos, y si no es posible, deben ser descentralizados. Se analizan enseguida los procedimientos para realizar estas acciones.

A. La Transformación en entes autónomos

Como se expuso anteriormente, los establecimientos públicos que prestan servicios de educación superior no universitaria, pueden transformarse en entes universitarios autónomos, previo el cumplimiento de los requisitos y el procedimiento contemplado en la ley 30 de 1992, y en forma especial en la número 749 de 2002, en su artículo 19 que dice:

"Artículo 19. De las transformaciones. Las instituciones Universitarias o Escuelas Tecnológicas de Educación Superior estatales u oficiales son establecimientos públicos de conformidad con el artículo 57 de la Ley 30 de 1992 y el cambio de su carácter académico a Universidad corresponde al Congreso de la República, a las Asambleas Departamentales, o a los concejos municipales o distritales o a las entidades territoriales que las hayan creado, a iniciativa del Gobierno Nacional o del ejecutivo territorial según el caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 150 numeral 7 y 154 de la Constitución Política y en el artículo 142 numeral 3 de la Ley 5ª de 1992, previa verificación del cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Experiencia en investigación científica de alto nivel;
b) Programas académicos y además programas en Ciencias Básicas que apoyen los primeros;
c) Consolidación en aspectos de calidad académica, desarrollo físico, económico y administrativo;
d) Los establecidos por el Gobierno Nacional de conformidad con las facultades establecidas en el artículo 20 literal c) de la Ley 30 de 1992. "

Con el cumplimiento de estos trámites y requisitos pueden transformarse los establecimientos públicos objeto de esta consulta. ?

B. La descentralización de los servicios públicos de educación superior no universitaria. '

Cuando no sea posible transformar un establecimiento público en ente universitario autónomo, se pregunta en la consulta por el procedimiento para descentralizarlo territorialmente, pues es la orden del artículo 20 de la ley 790 de 2002 tantas veces citado.

Estima la Sala, que el procedimiento para efectuar esta descentralización es el mismo que se analiza enseguida para los establecimientos públicos que prestan servicios de educación no superior, pues es común a todas las entidades que tiene esta misma naturaleza jurídica.

V. PROCEDIMIENTO PARA EFECTUAR LA DESCENTRALIZACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Siguiendo con el hilo conductor de la exposición, resulta entonces que la decisión legislativa de descentralizar los establecimientos públicos que prestan el servicio en los niveles de educación preescolar, básica y media se había adoptado desde la ley 715 de 2001, ordenando su traspaso a las respectivas entidades territoriales; y que el artículo 20 de la ley 790 de 2002 ratifica esta decisión para incluirla dentro del programa de renovación de la administración pública, indicando además que estas entidades no deben suprimirse ni liquidarse.

El *modus operandi* de esta descentralización se presta a discusión, pues de conformidad con los artículos 300 y 313 de la Constitución Nacional, corresponde a las asambleas y concejos la determinación de la estructura de la administración de los departamentos y municipios, y en forma especial les está atribuida la función de crear los establecimientos públicos, por lo que se pregunta si para "traspasar" los establecimientos públicos educativos a las entidades territoriales es necesario contar con la participación de las asambleas y concejos.

La solicitud de consulta parece sostener que el procedimiento debería ser el de suprimir el establecimiento público del orden nacional existente, pagar sus pasivos en la liquidación y entregar el establecimiento educativo al distrito, municipio certificado o departamento, quien debe haber creado previamente un nuevo establecimiento público del orden territorial que recibe la institución educativa. Este proceder contrariaría el mandato del artículo 20 de la ley 790 de 2002, pues prohibió la supresión del establecimiento público, esto es la de la persona jurídica, que presta el servicio educativo.

A juicio de la Sala, el legislador utilizó el término traspasar en el artículo 9° de la ley 715 de 2001 al referirse a los establecimientos públicos del orden nacional, indicando, que no hay lugar a la supresión de la persona jurídica, sino que basta con su traslado de un nivel al otro. La única manera de no tener que suprimir y liquidar estos establecimientos públicos, es la de aceptar que es jurídicamente viable este traspaso de la persona jurídica del nivel nacional al local. Si bien no es el tema de la consulta, desde una perspectiva práctica es el procedimiento más expedito y que mejor garantiza los derechos de todas las partes interesadas, tales los docentes, los educandos, los acreedores etc., pues mantienen su relación jurídica con la entidad. Al no haber supresión ni liquidación no se producen las rupturas propias de la extinción de la persona jurídica y los posibles mayores costos derivados de esta situación.;

De la literalidad de las normas podría concluirse que este traspaso de entidades es posible hacerlo sin necesidad de acudir a las Asambleas y Concejos para que modifiquen la estructura de la administración departamental o municipal, pues la ley 790 no lo exige expresamente, y además se está ejecutando, tanto por la Nación como por las entidades territoriales, la decisión de descentralizar territorialmente el servicio público de educación, cuya prestación directa es de competencia exclusiva de los distritos y municipios, y sólo en el caso de los municipios no certificados, es prestada por los departamentos. Ya se expuso cómo la misma ley le prohíbe a la Nación desarrollar este cometido Estatal. De esta forma, como se ejecuta la ley en consonancia con la Constitución Nacional, las entidades territoriales no pueden negarse a recibir el servicio, por lo que es viable sostener que no se justificaría la expedición de actos administrativos como ordenanzas o acuerdos que sólo cumplen la ley, pues no hay competencia para desconocerla ni para decidir en contrario.

La Sala no comparte las anteriores argumentaciones y conceptúa que las entidades territoriales deben expedir una ordenanza o acuerdo en el que se incorpore al sector descentralizado por servicios de la administración territorial, la correspondiente entidad educativa, se exprese además a qué Secretaría o dependencia quedará adscrita, y se tomen las demás medidas necesarias para la adecuación de sus estatutos. De esta forma se concilian, tanto la orden dada por la ley de no suprimir estas entidades, con la competencia constitucional de las asambleas y concejos de determinar la estructura de la administración local.

La experiencia adquirida por el Gobierno Nacional, tanto por el Ministerio de Educación Nacional como por el de Protección Social, cuando dio cumplimiento a las leyes 60 de 1993 y ley 715 de 2001 al descentralizar las instituciones educativas puede aportar muchos elementos prácticos en la realización de este otro mandato descentralizador. Dado que no hay un procedimiento exacto y que el único requisito exigido por la Constitución es la expedición de la ordenanza o el acuerdo, el Gobierno puede proceder caso por caso, o adoptar por reglamento un procedimiento homogéneo para la ejecución de la ley.

Recuerda la Sala que el mandato del artículo 20 de la ley 790 de 2002 obliga a la Nación a garantizar la viabilidad financiera de los establecimientos públicos que se descentralizan "con recursos del presupuesto general de la Nación" de manera que tanto el pago de los pasivos como su funcionamiento deben ser definidos en la operación de traspaso ordenada por la ley.

Hecho lo anterior, la entidad territorial debe proceder a modificar los estatutos, para que concuerden con el resto de la administración departamental o municipal según el caso.

Con base en las consideraciones anteriores, la **Sala RESPONDE:**

1. La descentralización territorial de los establecimientos públicos del orden nacional ordenada por el segundo inciso del artículo 20 de la ley 790 de 2002, se debe realizar mediante su traspaso al sector descentralizado de las correspondientes entidades territoriales, en la forma expuesta en las consideraciones de este concepto. No es viable suprimir ni liquidar tales establecimientos públicos, pues la ley lo ha prohibido y no se requiere hacerlo para dar cumplimiento al mandato legal.

2. El decreto 254 de 2000, por el cual, se establece el régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional, no es aplicable al proceso de descentralización y/o conversión de los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Educación Nacional.

3. En el caso de los establecimientos públicos del orden nacional que prestan servicios de educación diferente de la universitaria, el cumplimiento del mandato descentralizador se hace mediante su traspaso a las entidades territoriales correspondientes, conservando su personalidad jurídica, esto significa que es el mismo sujeto de derechos y obligaciones que se traslada del orden nacional al territorial, por lo que no es necesario proceder a vender bienes o activos para el pago de los pasivos. La Nación debe garantizar su viabilidad financiera, asignando recursos del Presupuesto General de la Nación para el pago de los pasivos y la prestación del servicio.

4. Al traspasar los establecimientos públicos que prestan servicios de educación, de la Nación a los entes territoriales, éstos conservan todos sus derechos y obligaciones, incluyendo los elementos esenciales del servicio público a su cargo, es decir, los derechos de matrícula o alumnos inscritos, docentes y directivos docentes, los programas aprobados y las licencias de funcionamiento, ya que forman parte del servicio educativo que se descentraliza y del respectivo establecimiento educativo.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GUSTAVO E. APONTE SANTOS
PRESIDENTE DE LA SALA

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

GLORIA DUQUE HERNANDEZ

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES
SECRETARIA DE LA SALA

20 ABR. 2005 AUTORIZADA LA PUBLICACION CON OFICIO NO. 17228 20/04/2005