

DERECHO A LA EDUCACION - Goza de especial protección constitucional / DERECHO A LA EDUCACION - De población infantil en condición de discapacidad / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION - Niño que presenta alguna discapacidad / EDUCACION - Derecho y obligación

El derecho fundamental a la educación del cual son titulares todos los niños y adolescentes en edad escolar en Colombia, goza de especial protección constitucional y ha sido objeto de variados pronunciamientos judiciales que fijan el alcance del mismo... el derecho a la educación es el presupuesto básico para la efectividad de otros derechos tales como la escogencia de una profesión u oficio, la igualdad de oportunidades en materia educativa y de realización personal y el libre desarrollo de la personalidad, el cual comporta además uno de los fines esenciales del Estado Social y democrático de derecho, por lo que permite a sus titulares reclamar las garantías de acceso y permanencia en el sistema educativo. Ahora, la población infantil en condición de discapacidad, no solo goza de este derecho en igualdad de oportunidades, sino que cobra mayor relevancia frente a las acciones afirmativas que debe llevar a cabo el Estado en sus políticas de inclusión... Es claro que los niños que presentan alguna discapacidad son sujetos de especial protección, que merecen el acceso a la educación bajo las mismas circunstancias en que se promueve este derecho a cualquier otro niño. De hecho, el Estado debe velar porque no existan obstáculos para que los menores que padezcan de alguna invalidez, accedan a las aulas regulares de enseñanza como un deber de inclusión a su cargo; en su defecto deberá propender por garantizar la existencia de instituciones especiales para quienes excepcionalmente puedan requerirlo. Entender la educación como derecho y obligación, resulta fundamental para el estudio que ocupa a la Sala, pues, es bajo esta premisa que debe fijarse el alcance de las garantías mínimas que hacen parte del núcleo esencial de este derecho.

DERECHO A LA EDUCACION - Entes territoriales tienen la obligación de garantizar el acceso y la permanencia de la población en edad escolar / DERECHO A LA EDUCACION - Municipio debe garantizar el acceso a la educación de los niños con discapacidad / VULNERACION DEL DERECHO A LA EDUCACION - Por suspensión de alimentación escolar a menor en situación de discapacidad

Ahora bien, comoquiera que no se puede olvidar que la entidad territorial demandada tiene el deber de garantizar el acceso a la educación de los niños con discapacidad, e igualmente ofrecerles un trato acorde con su especial protección constitucional y el artículo 30 de la Ley 1176 de 2007 prevé que los entes territoriales prestarán el servicio público de educación a través del Sistema Educativo Oficial, no es de recibo el argumento según el cual, las diferencias surgidas entre el municipio y la institución educativa respecto del objeto contractual, impiden la entrega de los desayunos escolares, pues es obligación de dicha entidad responder por la permanencia en el sistema educativo de esta población, lo que sugiere eliminar cualquier barrera que impida dicha estancia... De conformidad con lo anterior, es claro para la Sala que es una obligación legal de los entes territoriales garantizar, no solo el servicio público de la educación, también su acceso y permanencia a través de mecanismos como la alimentación escolar que evitan la deserción estudiantil, deber que atenderán con los recursos que reciben del Sistema General de Participaciones o de regalías, del Presupuesto General de la Nación -a través de programas como el de Alimentación Escolar que promueve el Ministerio de Educación- y de los recursos propios del municipio. Más allá de la discusión contractual que esto pueda generar, como ya se dijo, deberá ser resuelta por el municipio de Cali a través de

la Secretaría de Educación Municipal con el contratista, pues lo que le interesa a esta vista constitucional es que la obligación de garantizar el apoyo nutricional en este caso se cumpla en debida forma por parte del municipio, ya sea porque comine a la institución contratada en invertir ese 20% en un programa alimenticio para el menor accionante, o porque el ente territorial suministre directamente dicho auxilio. Esto por cuanto, la autoridad que se demanda y sobre la que se pretende el reconocimiento del auxilio es dicho ente territorial, el cual, como quedó claro en párrafos precedentes, tiene el deber legal de garantizar, además del acceso, la permanencia de la población en edad escolar en las aulas educativas... Visto así el asunto, resulta claro que la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, desconoce el derecho fundamental a la educación del menor J.A.C.M., y de todos aquéllos que se encuentran en la misma situación, es decir, que se encuentran con matrícula subsidiada por el municipio de Santiago de Cali, en la Institución Educativa Asodisvalle, por tener una condición de discapacidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1176 DE 2007 - ARTICULO 30

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00359-01(AC)

Demandante: BIBIAN PATRICIA MEDINA EN REPRESENTACION DE JOSE ALEJANDRO CHARRY MEDINA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTRO

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta la parte accionada, contra la sentencia de 6 de abril de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca amparó el derecho a la educación del menor José Alejandro Charry Medina y, en consecuencia, ordenó al municipio de Cali – Secretaría de Educación Municipal - otorgar el beneficio del desayuno escolar como ejecución del programa de alimentación Escolar PAE al menor mencionado, en la Institución Educativa Asociación de Discapacitados del Valle – Asodisvalle – en donde recibe actualmente sus estudios.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

Con escrito radicado el 16 de marzo de 2016¹ en la Oficina Judicial de Cali, la señora Bibian Patricia Medina Reina, en representación de su hijo menor José Alejandro Charry Medina, interpuso acción de tutela contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional y el municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Educación -, a fin de que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y a la vida digna.

Consideró vulnerados esos derechos fundamentales por parte de las mencionadas autoridades administrativas, en consideración a que a su hijo no le han vuelto a suministrar los desayunos escolares en la Institución Asodisvalle con el argumento de que el Ministerio de Educación Nacional suspendió la entrega de éstos en instituciones privadas, y se mantuvo el beneficio únicamente en los de naturaleza pública.

1.2. Hechos

El accionante sustentó la solicitud de amparo en los siguientes supuestos fácticos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- Su hijo José Alejandro Charry Medina presenta una discapacidad denominada "*Síndrome de Down, Reflujo Gastroesofágico Severo, síndrome Compulsivo*" de acuerdo con el diagnóstico certificado por la especialidad de citogenética.
- Su hijo ingresó hace dos años a la Institución Educativa Asodisvalle, con matrícula subsidiada por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali.
- Durante todo este tiempo el colegio le ha suministrado a su hijo los desayunos escolares.
- No obstante, a partir del año 2016 se le dejó de entregar el desayuno escolar con el argumento de que el Ministerio de Educación Nacional suspendió la entrega de éstos en instituciones privadas, y se mantuvo el beneficio únicamente en los de naturaleza pública.

¹ Folios 1 – 5.

1.3. Fundamentos de la solicitud

La accionante sustentó la vulneración de los derechos fundamentales de su hijo, en lo siguiente:

Sustentó que con la actuación de la entidades demandadas se desconocen los derechos a la educación y a la igualdad, dado que su hijo tiene una matrícula subsidiada por la Secretaría de Educación y a su vez, el Ministerio de Educación debe asumir la responsabilidad de continuar con la entrega de los desayunos escolares, pues, si bien el niño estudia en un colegio privado, es bajo el amparo de las políticas públicas del ministerio que pudo acceder a este tipo de educación.

Destacó que el menor debe tener las mismas oportunidades y derechos que las de un niño que accede a un colegio público.

Afirmó que no cuenta con los recursos suficientes para brindarle una nutrición completa a su hijo todos los días para asistir al colegio y que *“lo poco que gano es para sobrevivir y sufragar los gastos del resto de mi familia”*.

Aseguró que se está viendo afectado su derecho a la vida digna, pues desconocen que su hijo es un niño en una situación especial de discapacidad y que requiere de una adecuada alimentación, teniendo en cuenta además que en el colegio realiza terapias ocupacionales, fonoaudiología y física, lo que demanda un esfuerzo mayor al acostumbrado en actividades escolares.

Insistió que su familia no cuenta con las condiciones económicas para ofrecerle a su hijo la nutrición adecuada que requiere, de manera que, la falta de estos refrigerios impide que pueda asistir al colegio.

Acusó que el derecho a la igualdad de su hijo también se ve afectado, en la medida en que, los colegios públicos sí suministran este tipo de auxilios alimentarios a los niños que acuden a dichas instituciones, además de garantizarles el transporte requerido; sin embargo, pese a que su niño tiene el beneficio de una educación subsidiada, no se lo otorgan.

Adujo que el trato discriminatorio que recibe su hijo se refleja igualmente en la falta de transporte escolar, pues él requiere de una atención adecuada para desplazarse al colegio, y su dificultad económica no le permite satisfacer esa necesidad, lo que constituye una barrera más para acceder al derecho fundamental a la educación.

Aseguró que el colegio manifestó que solo recibe ciento treinta mil pesos (\$130.000) mensuales por niño, los cuales se destinan al pago de la nómina de profesores, servicios públicos, secretarías, aseo y tan solo el veinte por ciento (20%) se invierte en asuntos de “acceso y permanencia” como lo son psicólogos, fonoaudiólogos y terapeutas ocupacionales.

Manifestó que de acuerdo con el contrato de prestación de servicios educativos, el colegio tiene la potestad de escoger como invertir el veinte por ciento (20%) de los recursos antes descritos, sin que esté obligado contractualmente al suministro de los desayunos escolares, pues existe un vacío, que hace que su hijo se vea afectado por una disputa administrativa sobre a quién le corresponde tal obligación.

Concluyó que tanto la educación subsidiada como la oficial, hacen parte de la responsabilidad de la Secretaría de Educación Municipal y el Ministerio de Educación Nacional, toda vez que, el ingreso de un niño especial a un colegio privado obedece a los beneficios que otorgan dichas entidades, ante la ausencia de colegios oficiales que brinden espacios adecuados para el apoyo pedagógico que requieren los menores en situación de discapacidad.

1.4. Petición de amparo

La accionante, en representación de su hijo, solicitó que se ordenara a la Secretaría de Educación Municipal de Cali y al Ministerio de Educación Nacional entregarle a su hijo los desayunos escolares y el transporte de acuerdo con sus necesidades especiales.

1.5. Trámite de la acción de tutela

Con auto de 17 de marzo de 2016², el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca admitió la solicitud de amparo de la referencia y ordenó su notificación a las autoridades administrativas accionadas.

1.6. Contestación de las autoridades administrativas accionadas

1.6.1. Ministerio de Educación Nacional

Con escrito de 28 de marzo de 2016³, la asesora de la Oficina Jurídica de la entidad contestó la demanda de tutela en los siguientes términos:

Aseveró que el fundamento de la acción de tutela parte de una argumentación que no corresponde a la realidad.

Explicó que lo anterior obedece a que, la solicitud de amparo se fundamenta en una acusación que contiene una “circular” emitida por la asociación de discapacitados del Valle del Cauca –Asodisvalle-, en la cual, sin prueba alguna, se indicó que por decisión de este gabinete ministerial los desayunos escolares solo se entregarán a los niños de escuelas públicas de la ciudad.

Sostuvo que la ejecución del Programa de Alimentación Escolar-PAE es de competencia de las entidades territoriales certificadas y que, por tanto, el Ministerio de Educación no toma decisiones sobre dichas administraciones autónomas.

Indicó que la Ley 1551 de 2012 dispuso en su artículo 6 que corresponde a los municipios *“ejecutar el Programa de Alimentación Escolar con sus propios recursos y los provenientes del Departamento y la Nación, quienes podrán realizar el acompañamiento técnico, acorde con sus competencias”*.

Refirió la Ley Orgánica 715 de 2001 para precisar la asignación de competencias y responsabilidades a departamentos, distritos y municipios certificados o no certificados.

² Folio 15.

³ Folios 30 al 38.

Insistió que el artículo 16 de la Ley 1176 de 2007 prevé que el Programa de Alimentación Escolar PAE se financiará por diferentes fuentes e indica que las entidades territoriales debe aplicar los lineamientos técnicos y administrativos correspondientes; de la misma manera señala en sus artículos 17, 18 y 19 criterios de distribución de los recursos y su destinación en cabeza de las entidades territoriales.

Enfatizó que, así mismo, el artículo 30 de la referida ley, modificado por el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009, señala que los entes territoriales prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.

Resaltó que la obligación de ejecutar el Programa de Alimentación Escolar PAE y los recursos para este fin, están legalmente en cabeza de las entidades territoriales.

Argumentó que conforme a la postura de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia T-273 de 2014, le corresponde al Ministerio de Educación Nacional revisar y actualizar los lineamientos técnico administrativos y los estándares para la ejecución del programa que aplican las entidades territoriales y los operadores, cofinanciar el programa, acompañar y asesorar a las entidades territoriales en dicho proceso.

Refirió las fuentes de financiación del Programa de Alimentación Escolar, que por disposición legal corresponden a: i) recursos del Presupuesto General de la Nación; ii) recursos del Sistema General de Participaciones; iii) regalías; iv) recursos propios; y v) otras fuentes del sector privado, cooperativo o no gubernamental.

Destacó que el Programa de Alimentación Escolar es una estrategia para la no deserción escolar pero no corresponde a un programa nutricional que releve a los padres de la obligación de proveer alimento a sus hijos.

Sostuvo que en este caso el ente territorial de Cali es responsable de realizar el análisis y seleccionar las instituciones y sedes educativas en donde, de acuerdo a criterios de igualdad, equidad y responsabilidad, operar el Programa de Alimentación Escolar.

Aclaró que en atención a la modalidad de contratación del sistema educativo por parte del municipio de Cali con la Institución Educativa Asodisvalle para la atención de la matrícula oficial en sus instalaciones, deberá ser el ente territorial quien realice las acciones correspondientes para garantizar la prestación del servicio en condiciones de calidad, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1851 de 2015.

Comentó que tratándose un valor integral, la suma pagada por la entidad territorial debe cubrir diferentes aspectos de la canasta educativa, según se ha mencionado antes, por ello es necesario examinar por parte del juez las condiciones pactadas en el contrato en cuestión, en el cual deberá constar el porcentaje del valor económico que se destinaría a la entrega del complemento alimentario.

Concluyó que la Secretaría de Educación de la jurisdicción territorial correspondiente, por ser de su competencia, es la facultada para pronunciarse sobre el asunto de la presente acción de tutela, pues es a esa entidad la responsable de la administración del servicio educativo y por ende financiar o suministrar el transporte escolar a los estudiantes de las instituciones educativas a su cargo, cuando se cumplan las condiciones definidas para este servicio, sin que el Ministerio de Educación Nacional pueda tener injerencia en las decisiones que adopte.

1.6.2. Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali

Expuso que la alimentación escolar hace parte del conjunto de derechos y garantías que en materia educativa le asisten a todos los niños y adolescentes, lo que implica, correlativamente, una responsabilidad a cargo del Estado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, en el marco del Sistema Nacional de Bienestar Familiar definido en la Ley 7 de 1979, Decreto 2388 de 1979, las Leyes 1098 de 2006, 1176 de 2007, 715 de 2001, 1450 de 2011 y los Decretos 936 de 2013, 1075 de 2015, 1851 de 2015 y 1852 de 2015.

Sostuvo que la Ley 1450 de 2011, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, estableció el Programa de Alimentación Escolar PAE.

Sustentó que conforme a las directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional en torno a la implementación del PAE, señalando como prioritario

beneficiar a los estudiantes de las instituciones educativas oficiales, como estrategia de permanencia escolar, fundamental dentro del sistema público educativo y teniendo en cuenta que los establecimientos contratados reciben recursos del Sistema General de Participaciones a través de contrato de prestación de servicios, el cual incluye una canasta complementaria, no se pueden destinar recursos adicionales para el apoyo nutricional.

Afirmó que en consideración a lo anterior, los establecimientos contratados de carácter privado deben considerar dentro de la canasta complementaria del contrato de cobertura educativa, el suministro de apoyos nutricionales para sus estudiantes.

Arguyó que siendo de obligatorio cumplimiento los lineamientos técnicos administrativos del Programa de Alimentación Escolar del Ministerio de Educación Nacional, el municipio de Santiago de Cali, Secretaría de Educación, se acoge al citado mandato para la ejecución de dicho programa, en la vigencia de 2016.

Solicitó declarar improcedente el amparo de tutela solicitado, al considerar que existen otros mecanismos para obtener la protección de los derechos que aduce como vulnerados, pues según el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, puede pedir que se declare la nulidad del acto administrativo de carácter general y, como consecuencia de ello, pedir el restablecimiento del derecho.

1.7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, mediante sentencia de 6 de abril de 2016⁴ concedió parcialmente el amparo de tutela solicitado. Para el efecto dispuso:

“1. AMPARAR el derecho fundamental a la educación del joven José Alejandro Charry Medina por las razones expuestas en este proveído.

2. En consecuencia, ORDENAR al Municipio de Santiago de Cali-Secretaría de Educación Municipal, otorgar el beneficio del desayuno

⁴ Folios 45 al 63.

escolar como ejecución del Programa de Alimentación Escolar PAE al joven José Alejandro Charry Medina, en la institución educativa Asociación de Discapacitados del Valle "ASOVALLE" en donde recibe actualmente sus estudios.

3. NEGAR las demás pretensiones conforme a las consideraciones expuestas".

Como fundamento de dicha decisión expresó en resumen lo siguiente:

Refirió jurisprudencia de la Corte Constitucional para precisar el alcance del derecho fundamental a la educación; para el efecto citó apartes de las sentencias T-153 de 2013 y T-694 de 2011.

Anotó que el artículo 68 constitucional establece que es una obligación especial del Estado *"la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales"*.

Consideró que respecto a la alimentación como estrategia para la no deserción de los menores, el gobierno implementó el Programa de Alimentación Escolar PAE, con la finalidad de contribuir con el acceso y permanencia de los niños y adolescentes en edad escolar que están registrados en la matrícula oficial, fomentando estilos de vida saludables y mejorando su capacidad de aprendizaje, a través del suministro de un complemento.

Explicó que el anterior es un programa bajo la directriz del Ministerio de Educación Nacional, empero deber ser ejecutado y financiado por los entes territoriales correspondientes, al tenor de lo reseñado por la Ley 715 de 2001.

Sostuvo que conforme al numeral 4 del artículo 15 de la Ley 715 de 2001, el transporte puede otorgarse a los estudiantes que por sus condiciones geográficas se les imposibilite presentarse a las instituciones educativas, siendo aquella la primordial causal para esta prerrogativa.

Resaltó que si bien la joven actora se encuentra en una institución privada, el pago de su matrícula se encuentra a cargo del ente territorial y consigo se están otorgando los desayunos matutinos, es decir, la ejecución del PAE, con todo, a

partir del año 2016 dicho programa fue restringido, generando un desmedro en sus condiciones lo que puede llegar a impedir su desarrollo integral, su permanencia en la institución y sus hábitos saludables, motivo por el cual no son aceptables los argumentos esgrimidos por la Secretaría de Educación.

Advirtió que son inadmisibles las razones que da la entidad demandada cuando indica que no puede continuar con el PAE, dado que se trata de un plantel privado, pues resulta ser una obligación estatal, establecer convenios entre autoridades públicas y los establecimientos educativos privados, con el fin de preservar el derecho fundamental a la educación de las personas en condición de discapacidad.

Enfatizó que en el presente asunto se afecta el derecho fundamental a la educación del joven José Alejandro Charry Medina, sin que se vislumbre una justificación válida por parte del municipio demandado, que explique el actuar inesperado de suspender el Programa de Alimentación Escolar.

Argumentó que no sucede lo mismo con el beneficio de transporte que alega la parte actora, pues si bien esta prerrogativa se encuentra consignada en la Ley 715 de 2001, lo cierto es que tal como lo ha indicado ampliamente la Corte Constitucional, dicho beneficio está destinado para aquellos casos en los que por condiciones geográficas se le imposibilite al estudiante acudir a sus lecciones; con todo, en el caso bajo estudio, el beneficio del transporte no se prestaba con anterioridad y no constituía una limitante para que el niño acudiera a la institución y de otro lado, no se probó que las circunstancias geográficas le impidan a la joven accionante su desplazamiento hasta el colegio.

1.9. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la Alcaldía de Santiago de Cali la impugnó como se pasa a explicar:

Alegó que la Secretaría de Educación Municipal celebró el contrato de prestación de servicios No. 4143.0.26.1.246 del 29 de enero de 2016, en las que se incluyen las definiciones contractuales fijadas en el Decreto 1851 de 2015, indicando los ítems de “*canasta básica y canasta complementaria*” y en consecuencia

transcribió los apartes del contrato relacionados con el valor del mismo y la forma de inversión de los recursos.

Manifestó que Asodisvalle *“no se encuentra satisfecho con la forma en que quedó consignado el contrato y aun así lo suscribió; sin embargo, lo interpreta de manera equívoca al indicar que no tiene obligación de cumplir con el acápite de apoyo nutricional y pretende que el alumno mediante esta acción constitucional logre la modificación de sus obligaciones contractuales, bajo el pretexto de una supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la Secretaría de Educación”*.

Indicó que tampoco se está frente a un perjuicio irremediable, pues en efecto, la jurisprudencia constitucional ha definido este como el *“daño para cuya reparación no existe medio o instrumento”*.

Aclaró que en lo que respecta al tema de los desayunos escolares, existen varios pronunciamientos de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia de la magistrada Dra. Lilia Rosales España, quien mediante sentencia del treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016) resolvió negar el amparo de tutela.

Concluyó que la parte accionante cuenta con otros mecanismos de defensa como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio del cual puede solicitar la nulidad del acto administrativo general expedido por el Ministerio de Educación Nacional así como el restablecimiento de su derecho.

1.10. Trámite en segunda instancia

Mediante auto de 19 de mayo de 2016 el Consejero Ponente de la segunda instancia, decidió vincular a la presente acción de tutela a la Asociación de Discapacitados del Valle del Cauca – Asodisvalle – y solicitó al municipio accionado que remitiera copia del contrato o convenio celebrado con la referida asociación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de 6 de abril de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si tal y como lo consideró el *a quo*, el municipio de Santiago de Cali vulneró el derecho a la educación del menor José Alejandro Charry Medina, o si hay lugar a revocar esta decisión, en consideración a los argumentos expuestos en la impugnación.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala estudiara (i) el panorama general de la acción de tutela; y (ii) el caso concreto.

2.3. Panorama general de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos en que indica el Decreto 2591 de 1991.

Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

2.4. Caso concreto

Según se tiene, lo pretendido en este evento por la madre del menor José Alejandro Charry, es que se ordene a las entidades demandadas brindarle los desayunos escolares a su hijo como se venían suministrando hasta el año pasado – sobre la pretensión de transporte no se realizará pronunciamiento alguno, toda vez que la parte actora no impugnó la decisión de negar dicha pretensión -, por

parte del Instituto Educativo de Discapacitados del Valle Asodisvalle, establecimiento privado en el que recibe atención especializada debido a la discapacidad que padece, teniendo en cuenta además que su matrícula estudiantil es subsidiada por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali.

La Secretaría de Educación de Santiago de Cali impugnó la decisión de primera instancia, al considerar que, el Programa de Alimentación Escolar obedece a unos estándares técnicos administrativos definidos por el Ministerio de Educación Nacional, que los entes territoriales no pueden dejar de atender, por lo que, era preciso aclarar que los recursos asignados al municipio de Cali por dicha cartera ministerial, solo están dirigidos a las jornadas únicas implementadas para instituciones educativas oficiales y que, en todo caso, el contrato de prestación de servicios suscrito con Asodisvalle, debía cubrir el componente nutricional, de acuerdo con los recursos que la Secretaría de Educación le transfiere.

Adujo igualmente que, si la parte actora no comparte los estándares en comento, disponía para el efecto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de carácter general expedidos por el Ministerio de Educación Nacional, esto es, las resoluciones números 20326 de 2015 y 03876 de 2016 mediante las cuales se establecieron los parámetros y estándares para la destinación de los recursos del Programa de Educación Escolar.

Al respecto, resulta del caso precisar en primer término que, no es dable exigirle a la parte actora, que corresponde a un menor de especial protección constitucional por su estado de vulnerabilidad -debido a la discapacidad que padece- que agote los mecanismos ordinarios porque está evidenciado que no existe la decisión administrativa que supuestamente dispuso que el programa nutricional no cubriría instituciones privadas, y en ese orden, tal como lo señaló el Ministerio de Educación Nacional, tal información surgió con ocasión de una circular difundida por Asodisvalle, visible a folio 11, en la que se expresa que el Ministerio referido no entregará más dichos desayunos.

Así las cosas, lo que resulta claro es que en realidad los desayunos se dejaron de entregar, no con ocasión de una decisión del Ministerio accionado, sino por un desacuerdo contractual entre el municipio accionado, y la institución educativa Asodisvalle, pues el primero asegura que la cláusula novena contractual, visible a

folio 101, incluye como obligación del segundo un “*apoyo nutricional*” en el que se encuentra inmerso el desayuno, y por su parte, la institución educativa considera que esa obligación no le corresponde, por lo que informó a los padres de familia que no continuaría con dicha entrega por culpa de las políticas de orden municipal y nacional.

Pues bien, la Sala advierte que le asiste la razón al Ministerio de Educación al señalar en su contestación, que en atención a la modalidad de contratación del sistema educativo por parte del municipio de Cali con la Institución Educativa Asodisvalle, deberá ser el ente territorial quien realice las acciones correspondientes para garantizar la prestación del servicio en condiciones de calidad, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1851 de 2015.

Por ello debe de examinarse por parte del juez natural, es decir, el de controversias contractuales, las condiciones pactadas en el contrato en cuestión, en el cual deberá constar el porcentaje del valor económico que debe destinarse a la entrega del complemento alimentario.

De esta manera, más allá de las controversias contractuales que puedan surgir sobre el particular, lo cierto es que tales circunstancias administrativas no pueden afectar la correcta prestación del servicio, máxime cuando los beneficiarios del mismo son menores, en condición de discapacidad, sujetos de especial protección.

Al respecto, es importante precisar que existe una obligación del Estado de garantizar los derechos de los niños por encima de cualquier formalidad aparente, de manera rápida y eficaz.

Con la claridad anterior se abordará el estudio de fondo del asunto de la referencia, de cara a la impugnación presentada y el amparo de tutela que le fue concedido al niño José Alejandro Charry en primera instancia.

Al respecto, es importante precisar que esta Sala se pronunció sobre el mismo asunto en la providencia de 19 de mayo de 2016, en el expediente con radicado No. 76001-23-33-000-2016-00356-01⁵, razón por la cual, en esta oportunidad, la Sala reiterará los argumentos expuestos en dicha providencia.

⁵ Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio.

Sea lo primero advertir que, el derecho fundamental a la educación del cual son titulares todos los niños y adolescentes en edad escolar en Colombia, goza de especial protección constitucional y ha sido objeto de variados pronunciamientos judiciales que fijan el alcance del mismo. Entre otros se resalta el siguiente:

“La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la educación comporta las siguientes características: (i) es objeto de protección especial del Estado; (ii) es presupuesto básico de la efectividad de otros derechos fundamentales, tales como la escogencia de una profesión u oficio, la igualdad de oportunidades en materia educativa y de realización personal y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros; (iii) es uno de los fines esenciales del Estado Social Democrático de Derecho; (iv) está comprendido por la potestad de sus titulares de reclamar el acceso y la permanencia en el sistema educativo o a uno que permita una “adecuada formación”; (v) se trata de un derecho deber y genera obligaciones recíprocas entre todos los actores del proceso educativo.”

Como se lee, el derecho a la educación es el presupuesto básico para la efectividad de otros derechos tales como *“la escogencia de una profesión u oficio, la igualdad de oportunidades en materia educativa y de realización personal y el libre desarrollo de la personalidad”*, el cual comporta además uno de los fines esenciales del Estado Social y democrático de derecho, por lo que permite a sus titulares reclamar las garantías de acceso y permanencia en el sistema educativo.

Ahora, la población infantil en condición de discapacidad, no solo goza de este derecho en igualdad de oportunidades, sino que cobra mayor relevancia frente a las acciones afirmativas que debe llevar a cabo el Estado en sus políticas de inclusión.

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Dado que todos los niños y niñas son titulares del derecho fundamental a la educación, debe concluirse que también los niños y niñas con discapacidades físicas, cognitivas o de cualquier otro tipo, tienen derecho a la educación. Esta afirmación que es aparentemente

obvia, tiene relevancia puesto que se recuerda que no hay razones constitucionalmente admisibles para considerar que los niños con discapacidad carecen del derecho a recibir educación, ni para pensar que el Estado está eximido de todas o alguna de las obligaciones derivadas de los componentes que integran el derecho de acuerdo con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Los niños y niñas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, por el ciclo vital que afrontan y por la discriminación histórica a la que han sido sometidos debido a sus diferencias funcionales. Son titulares del derecho a la educación y el Estado tiene las mismas obligaciones concebidas frente a la educación para los niños que no presentan discapacidades. No obstante, esta equiparación no puede desconocer las diferencias de los estudiantes. El Estado tiene la obligación de velar por el levantamiento de los obstáculos que impiden el acceso a la educación de los niños y niñas con discapacidad a las aulas regulares y garantizar que haya plena disponibilidad de aulas especiales para quienes, excepcionalmente, puedan requerirlo.”

Es claro que los niños que presentan alguna discapacidad son sujetos de especial protección, que merecen el acceso a la educación bajo las mismas circunstancias en que se promueve este derecho a cualquier otro niño.

De hecho, el Estado debe velar porque no existan obstáculos para que los menores que padezcan de alguna invalidez, accedan a las aulas regulares de enseñanza como un deber de inclusión a su cargo; en su defecto deberá propender por garantizar la existencia de instituciones especiales para quienes excepcionalmente puedan requerirlo.

Entender la educación como derecho y obligación, resulta fundamental para el estudio que ocupa a la Sala, pues, es bajo esta premisa que debe fijarse el alcance de las garantías mínimas que hacen parte del núcleo esencial de este derecho.

En el caso bajo estudio, se tiene que el niño José Alejandro Charry Medina

padece de una discapacidad cognoscitiva, y por esta razón asiste a la institución educativa “ASODISVALLE”.

Con todo, según lo afirma su mamá en el escrito de tutela, confirmado por la Secretaría de Educación de Cali, la matrícula estudiantil del menor es subsidiada por la administración municipal, en tanto que no posee los medios económicos suficientes para costear su educación.

De manera que, la asistencia educativa que recibe la accionante en este caso, es subsidiada por el municipio, al no contar, aparentemente, con aulas oficiales que brinden este servicio público para los niños en condición de discapacidad, dejando de lado las políticas de inclusión en aulas regulares.

En condiciones normales, el menor debiera poder acceder a la educación pública a la que está obligada ofrecer el ente territorial por tratarse de un servicio público a su cargo. Sin embargo, ante la imposibilidad de acceder a un establecimiento oficial, por su situación de discapacidad, la cartera municipal de educación optó por subsidiar su estudio en una institución privada.

Ahora bien, comoquiera que no se puede olvidar que la entidad territorial demandada tiene el deber de garantizar el acceso a la educación de los niños con discapacidad, e igualmente ofrecerles un trato acorde con su especial protección constitucional y el artículo 30 de la Ley 1176 de 2007 prevé que los entes territoriales prestarán el servicio público de educación a través del Sistema Educativo Oficial, no es de recibo el argumento según el cual, las diferencias surgidas entre el municipio y la institución educativa respecto del objeto contractual, impiden la entrega de los desayunos escolares, pues es obligación de dicha entidad responder por la permanencia en el sistema educativo de esta población, lo que sugiere eliminar cualquier barrera que impida dicha estancia.

Por su parte, el máximo órgano constitucional al estudiar un caso similar al que ahora se analiza, sustentó:

“En el marco del derecho fundamental a la educación de las niñas y los niños, el Estado tiene la obligación de garantizarles establecimientos apropiados y el acceso digno al sistema de educación, así como la permanencia en el mismo. La accesibilidad

implica la obligación del Estado de asegurar el acceso de todas las personas a la educación en condiciones de igualdad y libres de toda forma de discriminación, así como facilidades en términos geográficos y económicos para acceder al servicio. En este orden, como lo señala la Observación No. 13 antes mencionada, la accesibilidad consta de tres (3) dimensiones: (i) la no discriminación, (ii) la accesibilidad material, y (iii) la accesibilidad económica.

Los servicios de restaurante escolar, transporte escolar y administrativos generales son necesarios y constituyen condiciones concretas para permitir y garantizar el acceso material del derecho fundamental a la educación de los niños y niñas, y su ausencia representa una barrera para poder recibir educación. De un lado, el transporte escolar es una garantía de acceso y permanencia especialmente cuando existen circunstancias geográficas que dificultan la movilidad, cuando los estudiantes viven en áreas rurales apartadas de los centros educativos, o cuando existen otros factores que les impiden acudir a las aulas por carecer de facilidades de transporte. En cuanto al restaurante escolar, la garantía de alimentos adecuados y congruos es un presupuesto indispensable no solo para evitar la deserción escolar sino para asegurar que el proceso de educación de los niños y niñas sea brindado en condiciones dignas. Por último, los servicios administrativos constituyen factores operativos que habilitan la prestación del servicio.”

Ahora bien, si fuera cierto que el municipio se niega a entregar los desayunos, con el argumento según el cual, no es posible continuar con el Programa de Alimentación Escolar en lo que respecta a los niños en condiciones de discapacidad que no se encuentran en una institución educativa oficial, toda vez que, si ellos están bajo el amparo una matrícula subsidiada en un establecimiento privado, es porque no tienen los recursos suficientes para costear este tipo de educación; naturalmente tampoco tendrán los recursos para acceder a la alimentación que reciben los menores que asisten a la institución privada.

Es importante precisar que en lo que corresponde a los parámetros y estándares técnicos administrativos que el Ministerio de Educación Nacional estableció para la

ejecución del Programa de Alimentación Escolar, el propio Ministerio indicó en la contestación de la demanda de tutela que *“de acuerdo con la normatividad vigente, la obligación de ejecutar el Programa de Alimentación Escolar y los recursos para este fin, están legamente en cabeza de las entidades territoriales”* de manera que no está en discusión que es al municipio al que le corresponde esta obligación, ya sea directamente o a través de contratos con instituciones privadas.

En efecto, la Ley Orgánica 715 de 2001 (por medio de la cual se asignan las competencias y responsabilidades a los departamentos, distritos y municipios certificados o no certificados) establece en el artículo 76 lo siguiente:

“Competencia del municipio en otros sectores. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial las siguientes competencias:

76.17 Restaurantes escolares. Corresponde a los municipios y distritos garantizar el servicio de restaurante para los estudiantes de su jurisdicción, en desarrollo de esta competencia deberán adelantar programas de alimentación escolar con los recursos descontados para tal fin, de conformidad con lo establecido en el artículo 2, parágrafo 2 de la presente ley, sin detrimento de los que destina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a este tipo de programas u otras agencias públicas o privadas.

La ejecución de los recursos para restaurantes escolares se programará con el concurso de los rectores y directores de las instituciones educativas. Estos recursos se distribuirán conforme a la fórmula para la distribución de recursos de la participación de propósito general”.

De conformidad con lo anterior, es claro para la Sala que es una obligación legal de los entes territoriales garantizar, no solo el servicio público de la educación, también su acceso y permanencia a través de mecanismos como la alimentación

escolar que evitan la deserción estudiantil, deber que atenderán con los recursos que reciben del Sistema General de Participaciones o de regalías, del Presupuesto General de la Nación –a través de programas como el de Alimentación Escolar que promueve el Ministerio de Educación- y de los recursos propios del municipio.

Más allá de la discusión contractual que esto pueda generar, como ya se dijo, deberá ser resuelta por el municipio de Cali a través de la Secretaría de Educación Municipal con el contratista, pues lo que le interesa a esta vista constitucional es que la obligación de garantizar el apoyo nutricional en este caso se cumpla en debida forma por parte del municipio, ya sea porque conmine a la institución contratada en invertir ese 20% en un programa alimenticio para el menor accionante, o porque el ente territorial suministre directamente dicho auxilio.

Esto por cuanto, la autoridad que se demanda y sobre la que se pretende el reconocimiento del auxilio es dicho ente territorial, el cual, como quedó claro en párrafos precedentes, tiene el deber legal de garantizar, además del acceso, la permanencia de la población en edad escolar en las aulas educativas.

Adicionalmente, el acuerdo de servicios pedagógicos con Asodisvalle no releva al municipio de Cali de las funciones que legal y constitucionalmente le han sido atribuidas. Debe recordarse que el contrato estatal es uno de los instrumentos más eficaces para alcanzar los fines del Estado, como lo es en este caso el derecho a la educación –que a su vez comporta un servicio público- sin embargo, la autoridad que acude a un particular para alcanzar tales fines, no se exime de su responsabilidad como garante de la función pública.

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Constitucional al indicar que:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar

*la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.*⁶

Igual, frente al contratista que incumple con sus obligaciones, el ordenamiento jurídico prevé ciertas potestades que le permiten a la autoridad contratante requerir y conminar al particular incumplido para que lleve a feliz término sus deberes contractuales, de modo que, el municipio en este caso no solo ostenta la facultad de supervisar el contrato con Asodisvalle, también tiene a su disposición las herramientas -ciertamente efectivas⁷- para exhortar a la institución educativa el acatamiento de las prestaciones a su cargo.

Visto así el asunto, resulta claro que la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, desconoce el derecho fundamental a la educación del menor José Alejandro Charry Medina, y de todos aquéllos que se encuentran en la misma situación, es decir, que se encuentran con matrícula subsidiada por el municipio de Santiago de Cali, en la Institución Educativa Asodisvalle, por tener una condición de discapacidad, por lo que la Sala confirmará la providencia del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en su integridad, respecto del menor objeto de este amparo, y la adicionará para incluir en la orden a quienes se encuentren en igualdad de condiciones.

III. DECISIÓN

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

⁶ Corte Constitucional

⁷ Al respecto el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece una potestad bastante amplia para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento que las autoridades contratantes pueden disponer directamente sin tener que acudir al juez para que así lo declare.

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión de 6 de abril de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, respecto del menor José Alejandro Charry Medina, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ADICIONAR la providencia de primera instancia, en el sentido de incluir en la orden a todos aquéllos menores que se encuentren en la misma situación de José Alejandro Charry Medina, es decir, que se encuentran con matrícula subsidiada por el municipio de Santiago de Cali, en la Institución Educativa Asodisvalle, por tener una condición de discapacidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado