



CONCEPTO 137 DE 2016

(octubre 28)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/098681

Bogotá D.C,

MEMORANDO

PARA: Jefe Oficina de Aseguramiento a la Calidad

ASUNTO: Respuesta solicitud de Concepto 1-2016-098681-0101 del 22/09/2016.

Atendiendo la solicitud de concepto del asunto, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. SOBRE LA SOLICITUD

Se solicita concepto respecto de la procedencia de expedir licencias de funcionamiento a los internados de educación por parte del ICBF.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Con base en los anteriores hechos y consideraciones, se identifican los siguientes problemas jurídicos:

¿Los internados de educación son instituciones educativas o de protección integral?

¿El ICBF otorga licencias de funcionamiento a instituciones educativas?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 El Sistema Nacional de Educación; 3.2 el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

3.1. El Sistema Nacional de Educación

El derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes tiene sustento constitucional en los artículos 44 y 67 de la Carta Política, que establecen su carácter fundamental, así como las condiciones mínimas en las cuales debe garantizarse.

Sobre el ingreso al Sistema de Educación formal, la Constitución Política establece en el artículo 67 que será obligatorio entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La Ley 1098 de 2006 por su parte, estableció en el artículo 28 el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una educación de calidad.

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental y prestacional como servicio público de la educación indicando, que, en este último, el servicio debe cumplir con cuatro dimensiones, adicional a la garantía de no limitación o restricción:

"(i) La asequibilidad o disponibilidad del servicio, que, de manera general, se refiere a la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas para ponerlas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso a este sistema, lo que implica, entre otras cosas, el deber de abstenerse de impedir a los particulares fundar colegios, escuelas o cualquier tipo de centro educativo y la necesidad de asegurar la inversión en infraestructura para la prestación de este servicio;

(ii) La adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice la continuidad en la prestación del servicio;

(iii) La aceptabilidad, la cual hace alusión a la necesidad de asegurar la calidad de la educación que se imparte;

(iv) Y, finalmente, la accesibilidad, que se refiere a la obligación del Estado de garantizar el ingreso de todos en condiciones de igualdad al sistema educativo y al deber de facilitar tanto como sea posible el acceso al servicio desde el punto de vista geográfico y económico

(...) cualquier intento de restringir alguno de los anteriores criterios sin obedecer a una justa causa debidamente expuesta y probada, deriva en arbitrario y, por ende, en estos casos el afectado puede acudir a la acción de tutela y a los demás instrumentos jurídicos y administrativos para exigir el cese inmediato de la vulneración. Mucho más, evidentemente, cuando quiera que los afectados por tales medidas sean niños, caso en el cual adquiere una mayor importancia el evitar que su acceso al sistema educativo sea limitado por trabas, requisitos u obstáculos adicionales".[1]

En cuanto a la educación como servicio público, el artículo 3 de la Ley 115 de 1994 (modificado por la Ley 1650 de 2013), establece que el mismo "será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional.

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

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

Por su parte el artículo 2 de dicha ley, indica que el servicio educativo, "...comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, la educación no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzarlos objetivos de la educación".

La Educación como derecho y como servicio público, se estructura a partir del sector educativo, que de acuerdo con el Artículo 1.1.1.1 del Decreto 1075 de 2015, tiene como cabeza al Ministerio de Educación Nacional y se presta a través de instituciones educativas.

El artículo 9 de la Ley 715 de 2001, define a las instituciones educativas como el "conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. 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 física 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". (subrayado fuera de texto).

El régimen de las licencias de funcionamiento para el sector privado, se encuentran regulado en el capítulo 1 del Título 2 del Decreto Único del Sector Educación 1075 de 2015. Así el artículo 2.3.2.1 la define como "acto administrativo motivado de reconocimiento oficial por medio del cual la secretaria de educación de una entidad territorial certificada autoriza la apertura y operación de un establecimiento educativo privado dentro de su jurisdicción.

Debe especificar el nombre, razón social o denominación del propietario del establecimiento educativo, quien será el titular de la licencia, Número de Identificación DANE y nombre completo del establecimiento educativo, ubicación de su planta física, niveles, ciclos y modalidades que ofrecerá, número máximo de estudiantes que puede atender y tarifas de matrícula y pensión para los grados que ofrecerá durante el primer año de funcionamiento".

Sobre los requisitos que deben cumplir las instituciones educativas de carácter privado para prestar el servicio de educación, el artículo 2.3.2.1.4, establece entre otros los siguientes requisitos:

“Solicitud. Para obtener la licencia de funcionamiento, el interesado deberá presentar a la secretaria de educación de la entidad territorial certificada, con no menos de seis (6) meses de antelación a la fecha de iniciación de labores, una solicitud acompañada de la propuesta de Proyecto Educativo Institucional (PEI) y del concepto de uso del suelo de los inmuebles de la planta física propuesta, expedido por la autoridad competente en el municipio o distrito.

La propuesta de PEI deberá contener por lo menos la siguiente información:

a) Nombre propuesto para el establecimiento educativo, de acuerdo con la reglamentación vigente, número de sedes, ubicación y dirección de cada una y su destinación, niveles, ciclos y grados que ofreceré, propuesta de calendario y de duración en horas de la jornada, número de alumnos que proyecta atender, especificación de título en media académica, técnica o ambas si el establecimiento ofrecerá este nivel;

b) Estudio de la población objetivo a que va dirigido el servicio, y sus requerimientos educativos,

c) Especificación de los fines del establecimiento educativo:

(...)

k) Servicios adicionales o complementarios al servicio público educativo que ofrecerá el establecimiento, tales como alimentación, transporte, alojamiento, escuela de padres o actividades extracurriculares y I) Formularios de autoevaluación y clasificación de establecimientos educativos privados adoptados por el Ministerio de Educación Nacional para la definición de tarifas, diligenciados en lo pertinente". (subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, el servicio de educación en Colombia se presta a través de las instituciones educativas públicas o privadas, quienes deben contar con licencia de funcionamiento expedida por las Secretarías de Educación entidades territoriales certificadas la jurisdicción correspondiente, en cuyo proceso se analizan tanto la oferta pedagógica como los servicios adicionales o complementarios a la prestación del servicio, tales como la alimentación, el transporte y alojamiento.

3.2. El Sistema Nacional de Bienestar Familiar

El servicio público de bienestar familiar de acuerdo con el artículo 2.4.1.3, del Decreto 1084 de 2015 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación, que compiló el artículo 3 del Decreto 936 de 2013, es el "conjunto de acciones del Estado que se desarrollan para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la prevención de su amenaza o vulneración y el fortalecimiento familiar". Este servicio se presta por medio del Sistema Nacional de Bienestar Familiar conformado por el conjunto de organismos, instituciones, agencias o entidades públicas o privadas que total o parcialmente atienden la prestación del servicio.

Este servicio público puede prestarse de manera directa por el Estado o a través de contratos estatales, para lo cual el contrato de aporte como contrato estatal, es un tipo contractual propio del ICBF que establece la Ley para garantizar la prestación del servicio público de bienestar familiar.

El artículo 205 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que el ICBF es el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y restablecimiento de los mismos en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal.

Así mismo y por mandato del artículo 16 del Código de la Infancia y la Adolescencia, corresponde al ICBF como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, "reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones del Sistema que presten servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción".

En cumplimiento de lo anterior, el ICBF mediante la Resolución No.3899 del 8 de septiembre de 2010 modificada por las resoluciones 3435 de del 20 de abril de 2016, 6130 del 21 de agosto de 2015 y 9555 del 16 de septiembre de 2016, el ICBF estableció un régimen especial para el otorgamiento, reconocimiento, suspensión, renovación, cancelación de personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones que pertenecen al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, encargadas de prestar servicios de protección integral a los niños, niñas y adolescentes y autorizar a los organismos acreditados para prestar servicios de adopción internacional.

En virtud de lo establecido en el artículo 2 de la citada resolución 3899 de 2010, sus disposiciones se aplican a "(...) las personas jurídicas nacionales o internacionales que presten servicios de protección integral dirigidos a niños, niñas o adolescentes y a sus familias en el territorio nacional, bien sea que cuenten con personería jurídica expedida por el ICBF o por autoridades diferentes, sin perjuicio de los regímenes especiales o excepcionales que rijan a poblaciones especiales tales como afro-colombianas, indígenas, raizales y ROM".

IV. CASO EN CONCRETO

La Jefe de la Oficina de Aseguramiento a la Calidad, presenta los siguientes interrogantes, los cuales, de acuerdo con el marco jurídico expuesto, se entran a resolver, así:

1. ¿El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es competente para emitir licencias de funcionamiento a los internados de educación?
2. ¿En caso afirmativo, cuál sería el procedimiento a seguir para otorgar la licencia de funcionamiento teniendo en cuenta que los niños que se encuentran en este tipo de internados, no tiene un PARD abierto y son entregados de manera voluntaria por parte de sus padres o sus representantes legales para acceder al servicio de educación?

3. ¿A quién le correspondería al interior del ICBF elaborar los lineamientos para el otorgamiento de esta clase de licencia de funcionamiento?

De acuerdo con lo indicado en el acápite 3.1 del presente concepto, cuando el servicio de educación se preste por privados, se requerirá de la licencia de funcionamiento correspondiente, expedida por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada en su jurisdicción.

En tal virtud los internados de educación, si son instituciones educativas cuyo objeto misional y principal es la prestación del servicio de educación, en el cual pueden ofrecerse servicios adicionales o complementarios como la alimentación, el transporte o el alojamiento, deben contar con la licencia de funcionamiento expedida por la Secretaría de Educación del municipio o departamento certificado, en cuyo trámite se deben analizar la pertinencia e idoneidad de dichos servicios.

Ahora y de acuerdo con lo señalado en el acápite 3 2 del presente concepto, el ICBF tiene competencia para otorgar licencias de funcionamiento a aquellos que presten servicios de protección integral en el marco del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con lo cual, estos servicios deben ser el objeto misional principal de las personas jurídicas, pues en caso de que los servicios sean propios de educación o vinculados a ella, se considera que la competencia estará a cargo de las Secretarías de Educación, por expresa disposición legal y reglamentaria y en el marco de dicho sector.

De otra parte, esta Oficina considera que en caso de que los “internados de educación” no tengan el carácter de instituciones educativas cuyo objetivo sea la prestación del servicio de educación, sino la de servicios de protección integral, la competencia para otorgar la licencia de funcionamiento en las diferentes modalidades de atención del ICBF, serán de esta entidad y con base en los lineamientos y demás normas internas de ésta, emitidas para tal fin.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante, lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las

directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.