

DERECHO A LA EDUCACION E IGUALDAD DE MENOR CON DISCAPACIDAD
- El acceso y la permanencia en el sistema educativo debe garantizarse a los niños / SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL - Los niños y niñas en edad escolar son titulares del derecho a la educación especialmente quienes están en situación de discapacidad

Al respecto, resulta del caso precisar en primer término que, no es dable exigirle a la parte actora, que en este caso corresponde a una menor de especial protección constitucional por su estado de vulnerabilidad -debido a su situación de discapacidad- que agote los mecanismos ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y la dignidad humana que demanda, puesto que, el medio expedito para la protección de los mismos resulta ser el amparo de tutela deprecado. La razón de lo anterior se sustrae de la obligación del Estado de garantizar los derechos de los niños por encima de cualquier formalidad aparente, de manera rápida y eficaz. Exigirle a la accionante que acuda a la justicia contenciosa administrativa para que demande un acto administrativo de carácter general y que sea por esa vía que se restablezca su derecho a la educación, es un despropósito desde esta vista constitucional y el Estado Social de Derecho que pregona la prevalencia de los derechos de los niños de manera expedita, incluso por encima de otros intereses generales, como lo puede ser la destinación específica de los recursos gubernamentales o la legalidad misma del gasto público. ... 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. ... 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. ... Es claro que los niños que se encuentran en situación de 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. ... 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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 47 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 32 / DECRETO 1069 DE 2015 / RESOLUCION 20326 DE 2015 / RESOLUCION 03876 DE 2016

NOTA DE RELATORIA: En relación al derecho a la educación, ver, Corte Constitucional, sentencia T-153 de marzo 20 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada y T-694 de 20 de septiembre 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

APOYO NUTRICIONAL A MENOR EN CONDICION DE DISCAPACIDAD - Programa de alimentación escolar / ASISTENCIA EDUCATIVA - Comprende subsidio nutricional y subsidio de educación / DERECHO A LA EDUCACION - No puede verse restringido por barreras como la imposibilidad de acceder a una alimentación adecuada

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. ... 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, la actora 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. ... Al respecto, la Sala disiente de los argumentos del ente territorial demandado, comoquiera que, si bien la actora no hace parte de un programa educativo oficial, sus estudios son costeados en su totalidad por la administración municipal, ante la carencia –aparentemente- de ofertas educativas que se dirijan a la población que se encuentra en situación de discapacidad. No puede olvidar la entidad demandada que es su deber garantizar el acceso a la educación de los niños en situación de discapacidad, e igualmente ofrecerles un trato acorde con su especial protección constitucional.... Adicionalmente, 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. ... La postura que asume la Secretaría de Educación de Cali no solo desconoce el derecho a la educación de la menor, al negarle el apoyo nutricional que requiere para garantizar su permanencia en el sistema educativo, también configura una violación del derecho a la igualdad de la menor que, estando en una especial situación de vulnerabilidad que le impide acceder a las aulas regulares de clase, se le coarta la posibilidad de un beneficio que, en otras condiciones obtendría en una institución educativa pública. 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. Es evidente entonces que, el municipio no puede esquivar su responsabilidad bajo el argumento según el cual, el Ministerio de Educación Nacional impide la inversión del PAE en instituciones que no sean públicas, toda vez que la asistencia alimentaria que le corresponde garantizar al ente territorial, al subsidiar en este caso puntual el estudio de la menor, es una obligación legal de imperativo cumplimiento. ... Más allá de la discusión contractual que esto pueda generar y que deberá resolver el municipio de Cali a través de la Secretaría de Educación Municipal con el contratista, 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 la 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. ... 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... Así las cosas, resulta claro que la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, desconoce el derecho fundamental a la educación de la menor... En

consecuencia, la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca habrá de ser confirmada en su integridad.

FUENTE FORMAL: LEY 1176 DE 2007 - ARTICULO 30 / LEY 715 DE 2001 / DECRETO 1851 DE 2015.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el programa de educación escolar, ver, Corte Constitucional, sentencia T-273 de 6 de mayo 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., mayo diecinueve (19) de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00356-01(AC)

Actor: LUZ MAR OBANDO EN REPRESENTACION DE ELIANA ANDREA CASTILLO OBANDO

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTRO

Decide la Sala la impugnación presentada por la secretaria de Educación de Santiago de Cali contra el fallo de abril seis (6) de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a través del cual concedió parcialmente el amparo de los derechos fundamentales de la joven Eliana Andrea Castillo Obando.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

Mediante escrito presentado el dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016) en la oficina judicial de Santiago de Cali, la señora Luz Mar Obando, actuando en representación de su hija Eliana Andrea Castillo Obando, quien se encuentra en situación de discapacidad por un “*retardo mental moderado*”, ejerció acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación Municipal de Cali y el Ministerio de Educación Nacional, al considerar que se le desconocieron sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y a la vida digna, por cuanto dichas entidades se niegan a continuar con el suministro de los refrigerios necesarios y el transporte especial que requiere para el normal desarrollo de su actividad escolar.

En consecuencia, solicitó ordenarle a la “*Secretaría de Educación Municipal de Cali y al Ministerio de Educación Nacional, entregarle los desayunos escolares a*

mi hija, al igual que el transporte escolar especial de acuerdo a sus necesidades que requiere para movilizarse al establecimiento educativo Asodisvalle donde recibe atención especializada de acuerdo a su condición de discapacidad, garantizando de esta manera el derecho al acceso a la educación material, igualdad y a la vida digna”.

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Señaló que su hija presenta “*retardo mental moderado*” de acuerdo con el diagnóstico efectuado por el control de medicina general al que acude.

Comentó que la niña ingresó hace cinco años a la Institución Educativa Asodisvalle, y su matrícula ha sido subsidiada por la Secretaría de Educación Municipal, durante toda su estadía en el colegio, el cual le ha suministrado los desayunos escolares que financia el Ministerio de Educación Nacional y que son entregados por la cartera de educación municipal.

Sostuvo que al inicio del año escolar 2016, se percató de que a su hija no le estaban suministrando los referidos desayunos, con el argumento que, por orden del Ministerio de Educación solo se darían los refrigerios a los estudiantes de instituciones públicas, creando una situación así, en su concepto, de discriminación y de barreras al derecho a la educación y a la vida digna de la menor.

Anotó que la Secretaría de Educación le informó que los desayunos escolares deben cubrirse con los recursos que se le suministran al colegio mensualmente. Resaltó que no obstante lo anterior, 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 al suministro de los desayunos.

3. Fundamento de la petición

Sustentó que con la actuación de la entidades demandadas se desconocen los derechos a la educación y a la igualdad, dado que su hija tiene una matrícula subsidiada por la Secretaría de Educación y a su vez, el Ministerio de Educación debe asumir la responsabilidad adquirida, pues, si bien la niña 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 la menor debe tener las mismas oportunidades y derechos que las de un niño que accede a un colegio público.

Indicó que en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional (sin precisar puntualmente un pronunciamiento) ha señalado que para garantizar el acceso material del derecho a la educación, se deben observar criterios como el acceso y la permanencia, los cuales se traducen en eliminar las barreras que impiden el ejercicio de este derecho fundamental, como lo es en este caso, la falta de alimentación.

Afirmó que no cuenta con los recursos suficientes para brindarle un desayuno a su hija todos los días para asistir al colegio y que de ninguna manera la enviaría sin comer, puesto que esto afectaría su estado de salud.

Aseguró que se está viendo afectado su derecho a la vida digna, pues desconocen que su hija es una niña 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 hija la nutrición adecuada que requiere, de manera que, la falta de estos refrigerios impiden que pueda asistir al colegio.

Acusó que el derecho a la igualdad de su hija 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 niña tiene el beneficio de una educación subsidiada, no se le otorgan tales beneficios.

Adujo que el trato discriminatorio que recibe su hija se refleja igualmente en la falta de transporte escolar, pues ella 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.

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.

4. Contestaciones

4.1 Ministerio de Educación Nacional

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, en la cual, sin prueba alguna, se indica 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.

Expuso que las entidades territoriales deben atender las necesidades puntuales, con las diferentes fuentes de financiamiento que tienen a su disposición por el Programa de Alimentación Escolar, sin que sea una obligación de la Nación concurrir con la cofinanciación cuando el Presupuesto General de la Nación no dispone de partidas para el efecto.

Argumentó que conforme al principio de legalidad del gasto, es claro que el Ministerio de Educación Nacional está impedido para modificar el Presupuesto General de la Nación, competencia que está atribuida exclusivamente al Congreso de la República.

Manifestó que el derecho fundamental a la alimentación de niños y adolescentes, es un deber estatal que de acuerdo con las competencias atribuidas por la Constitución Política, la ley orgánica de distribución de competencias y otras normas concordantes, debe ser atendido directamente por las entidades territoriales.

Citó el artículo 136, parágrafo 4 de la ley 1450 de 2011 –Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014- el cual establece que *“Con el fin de alcanzar las coberturas universales en el Programa de Alimentación Escolar –PAE-, el Gobierno Nacional trasladará del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) al Ministerio de Educación Nacional (MEN), la orientación, ejecución y articulación del programa, sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento para su prestación, de manera concurrente con las entidades territoriales.”*

Aclaró que el mismo artículo señala que *“Para el efecto, el MEN realizará la revisión actualización y definición de los lineamientos técnicos-administrativos, de los estándares y de las condiciones para la prestación del servicio para la ejecución del programa, que serán aplicados por las entidades territoriales, los actores y operadores del programa. El PAE se financiará con recursos de diferentes fuentes. El MEN cofinanciará sobre la base de los contratos de aporte*

en los términos del artículo 127 del Decreto 2388 de 1979 y promoverá esquemas de bolsa común con los recursos de las diferentes fuentes que concurran en el financiamiento del programa.”

Indicó que no obstante lo anterior, 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”*.

Arguyó que por tratarse de una ley posterior que le asigna a las entidades territoriales la ejecución del PAE, cambia el alcance jurídico del párrafo 4 del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011 y la aplicación que el Ministerio puede darle a la expresión “ejecución” que éste menciona.

Refirió el artículo 298 de la Constitución Política para precisar que éste señala que *“los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución”*.

Adujo que el artículo 311 constitucional establece igualmente que *“al municipio como entidad fundamental de la división política-administrativa del Estado, le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”*.

Señaló que de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 7 de 1979, todo niño tiene derecho a la educación, la asistencia y bienestar social y *“corresponde al Estado asegurar el suministro de la Escuela, la nutrición, la protección infantil y en particular para los menores impedidos a quienes se deben cuidados especiales”*.

Explicó los diferentes mecanismos que se establecen legalmente para la financiación del PAE en el marco del Sistema General de Participaciones.

Estableció que la Ley 1176 de 2007 señala los presupuestos básicos para el manejo de los recursos de la asignación especial del Sistema General de Participaciones para alimentación escolar, fijando su destinación, los criterios para su distribución y algunas responsabilidades de las ETC –Entidades Territoriales Certificadas- sobre focalización, programación y ejecución del PAE y la competencia del gobierno para reglamentar la distribución de los recursos del Presupuesto General de la Nación.

Puntualizó que la Ley 1530 de 2012 en su artículo 145 consagra como fuente de financiación las regalías indicando que los programas y proyectos de alimentación escolar y régimen subsidiado que en virtud de las normas sobre regalías vigentes antes de la expedición de dicha ley, sean financiados con recursos de regalías directas por las entidades territoriales a que se refiere el inciso segundo del

artículo 361 de la Constitución Política, serán cofinanciados por la Nación en el monto necesario para alcanzar la media nacional, y los que sean apalancados con recursos de regalías por las entidades territoriales que al entrar en vigencia la norma tengan cobertura por encima del promedio del país recibirán el monto necesario para mantener la media en comento más un cinco por ciento (5%) adicional, por un periodo de diez años.

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

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.

Explicó que en el caso de los municipios certificados, que tienen la logística para operar de manera autónoma el sistema educativo y sus programas conexos como el PAE, deben hacerlo directamente; en cuanto a los municipios no certificados, que no tienen requisitos para asumir la administración autónoma de los recursos y carecen de la logística e infraestructura para operar directamente el sistema educativo y programas conexos, deben hacerlo de manera indirecta a través de la entidad certificada de su jurisdicción.

Sustentó que la Corte Constitucional mediante sentencia T-899 de 2005 fijó el alcance del papel del Ministerio de Educación Nacional en el PAE, precisando que en esa oportunidad dicha Corte señaló que las entidades territoriales certificadas son las que tienen la capacidad para administrar el servicio público educativo.

Citó la sentencia T-273 de 2014 de la Corte Constitucional para precisar que en dicha providencia se realizó un análisis sobre el programa de Alimentación Escolar, en el cual se indicó que *“el 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, niñas y adolescentes sea brindado en condiciones dignas. La omisión de adoptar medidas de planeación para asegurar la efectiva prestación del servicio de educación en sus dimensiones de acceso material y permanencia por parte de las*

entidades demandadas desconoce el derecho a la educación de los menores estudiantes de las entidades educativas”.

Argumentó que conforme a la postura de la Corte Constitucional, 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.

Expuso que el contrato celebrado entre la entidad territorial y la institución educativa debe contener los aspectos de financiación y pago del mismo, señalando aspectos como el valor a pagarse y los rubros o aspectos que este valor debe cubrir.

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 debe de examinarse por parte del juez 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.

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.

4.2. Secretaría de Educación de Santiago de Cali

La secretaria de educación de dicha ciudad contestó la tutela en los siguientes términos:

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 y 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.

Indicó que igualmente el Ministerio de Educación Nacional profirió el Decreto 1075 de 2015 por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del sector educación y este a su vez fue adicionado por el Decreto 1852 de 2015 para reglamentar el parágrafo 4 del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011, el numeral 20 del artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 715 de 2001 y los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley 1176 de 2007, en lo referente al Programa de Alimentación Escolar PAE.

Señaló que por lo anterior el Ministerio de Educación Nacional profirió la resolución número 16432 de 2015 *“Por la cual se expiden los lineamientos técnicos-administrativos, los estándares y las condiciones mínimas del Programa de Alimentación Escolar”* y se le asignan a las entidades territoriales certificadas algunas funciones.

Precisó que las responsabilidades en relación con la ejecución del Programa de Alimentación Escolar en condiciones de eficiencia y calidad, se encuentran en cabeza de todos los actores del sistema así como la ejecución de sus recursos de conformidad con las normas que regulan el Sistema General de Participaciones y su financiación.

Aclaró que los lineamientos técnico administrativos, estándares y condiciones mínimas del Programa de Alimentación Escolar contenidos en la resolución 16432 de 2015 señalan que *“son población objetivo del programa los niños, niñas y adolescentes y jóvenes focalizados, registrados en el sistema de matrícula SIMAT como estudiantes oficiales, quienes serán atendidos por la entidad territorial certificada, durante el calendario escolar definido por cada una de ellas, este último es el periodo de atención”*.

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.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de abril seis (6) de dos mil dieciséis (2016), concedió parcialmente el amparo de tutela solicitado. Para el efecto dispuso:

“1. AMPARAR el derecho fundamental a la educación de la joven Eliana Andrea Castillo Obando 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 escolar como ejecución del Programa de Alimentación Escolar PAE a la joven Eliana Andrea Castillo Obando, 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.

Sostuvo que conforme con dichas providencias, el derecho fundamental a la educación se compone de cuatro elementos para satisfacer la prestación de este que a su vez es un servicio público: i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio; ii) la adaptabilidad; iii) la aceptabilidad y iv) la accesibilidad.

Destacó que la educación es un derecho de protección especial de las personas siendo una obligación del Estado brindarla, dado que a su paso garantiza el goce de todos los derechos fundamentales, pues ésta permite otorgar a los ciudadanos las herramientas para hacerle frente a la vida y consigo lograr unas óptimas condiciones tanto económicas como sociales.

Expuso que el constituyente previó en el artículo 47 de la Constitución Política que el Estado tiene el deber de adelantar las políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran.

Anotó que de igual forma 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”*.

Sustentó que la asistencia escolar no se puede sesgar al solo plano de la gratuidad en la educación, pues es preciso entender que para la presencia de un joven en las aulas de clase, se requiere de circunstancias que si bien son exógenas a la educación en sí misma, son imprescindibles para la comparecencia de los estudiantes a los colegios, entre ellos, la alimentación y el transporte, pues si bien estos no tienen injerencia directa en la calidad del servicio educativo, sí constituyen barreras que pueden generar la deserción estudiantil.

Apuntó 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.

Manifestó que, una vez distribuidos los recursos del Sistema General de Participaciones, corresponde a cada ente territorial ejecutar el presupuesto de tal manera que cubra entre otros, los gastos generados por el PAE, como un elemento fundamental para el arraigo de la población estudiantil al sistema oficial de educación.

Determinó que, bajo el mismo objetivo de prevenir la deserción de los estudiantes de las aulas oficiales, se encuentra la ayuda del Estado en cuanto al transporte de los alumnos dado que en la medida en que sea imposible su desplazamiento, no podrán concurrir a adquirir los conocimientos para la formación que se requiere o para desarrollar competencias que el mundo actual exige, por lo que, previendo esta situación, es viable que el Estado en virtud de los preceptos constitucionales tales como el artículo 47 y demás de raigambre proteccionista, otorgue a las personas en situación de discapacidad las ayudas necesarias para que puedan asistir al plantel educativo, siempre que las condiciones así lo ameriten.

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.

Aclaró que en el caso concreto, el problema jurídico a resolver, gira en torno a que la joven no se encuentra en un colegio oficial y por tanto la municipalidad argumenta no poder destinar más recursos de los ya apropiados para la institución privada.

Arguyó que no obstante lo anterior, debía advertirse que el Estado Social de Derecho propende especialmente por la protección de los derechos fundamentales de los niños señalando la obligación de desplegar lo necesario para la salvaguarda de sus garantías, por lo que, en consideración a que la educación es de los frentes más importantes a cubrir, no es admisible que las actuaciones administrativas se conviertan en murallas que restrinjan o delimiten el goce efectivo de los derechos, más cuando en el caso bajo estudio, se trata de una persona de especialísima protección constitucional debido al diagnóstico médico que presenta la joven Eliana Andrea Castillo Ocampo.

Refirió la sentencia T-586 de la Corte Constitucional para precisar el alcance de la especial protección de los niños en situación de discapacidad.

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 razón por la que se le venían otorgando los desayunos matutinos, en ejecución del Programa de Alimentación Escolar. 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 resultan 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 situación de discapacidad.

Aclaró que si bien la accionante se encuentra en una institución privada, lo cierto es que la prestación del servicio educativo se produce con ocasión del convenio con la Secretaría de Educación Municipal que subsidia la matrícula de la estudiante.

Sustentó que adicionalmente, la situación que genera la presente acción, se produjo a partir del año 2016, dado que de antaño se había otorgado el beneficio del Programa de Alimentación subsidiado por el ente territorial, situación que contraría el principio de progresividad y prohibición de retroceso, intrínsecos a la cobertura de las facetas prestacionales de los derechos fundamentales, como la educación.

Enfaticó que en el presente asunto se afecta el derecho fundamental a la educación de la joven Eliana Andrea Castillo Obando, 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 la niña 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.

6. La Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la secretaria de educación de Santiago de Cali la impugnó, quien expresó sus motivos de inconformidad en los siguientes términos:

Manifestó que el Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución No. 16432 de 2015, por medio del cual se establecen los lineamientos técnicos administrativos, los estándares y las condiciones mínimas en las que se debe desarrollar el Programa de Alimentación Escolar PAE a nivel nacional.

Explicó que el objetivo general del Programa de Alimentación Escolar es contribuir al acceso con permanencia escolar de los niños y adolescentes registrados en la matrícula oficial fomentando hábitos alimenticios saludables, a través del suministro de un complemento alimentario.

Comentó que la Institución Educativa Asodisvalle es una entidad privada que atiende estudiantes de matrícula contratada y por el hecho de recibir estos alumnos en los programas de ampliación de cobertura, no modifica su naturaleza de establecimiento privado, tal como lo establece el Decreto 1851 de 2015,

mediante el cual se reglamentó la contratación del servicio, pues en este se determina que las instituciones privadas no pueden ser oficializadas.

Alegó que el PAE está dirigido y enfocado a los niños registrados en el sistema de matrícula SIMAT como estudiantes oficiales, quienes serán atendidos por la entidad territorial durante el calendario escolar definido por cada una de ellas.

Expuso que la Secretaría de Educación Municipal celebró contrato de prestación de servicios número 4143.0.26.1.246 del veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016), en el que se incluyen las definiciones contractuales que se encuentran incluidas en el Decreto 1851 de 2015, indicando los ítems de la canasta básica y la complementaria, las cuales se consignan claramente en el contrato.

Sostuvo que en dicha convención se precisa que los valores efectivos a pagar comprenden la atención efectiva de los estudiantes que figuren reportados en el SIMAT, previa verificación por parte del interventor y/o supervisor del contrato y que los pagos que hace la Secretaría de Educación por cada estudiante cubren la totalidad de los gastos educativos tal como lo establece el Decreto 4807 de diciembre de 2011 o normas que lo adicionen o modifiquen.

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*".

Destacó que esa dependencia estando representada por el Dr. Edgar José Polanco instauró acción de tutela en contra del Ministerio de Educación Nacional, la cual cursó ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, bajo el radicado No. 2015-00805, en consideración a que el Ministerio de Educación expidió de la resolución No. 16480 de octubre cinco (5) de dos mil quince (2015), en la cual excluyó al municipio de Santiago de Cali para la asignación del presupuesto dirigido para la ejecución del Programa de Alimentación Escolar; sin embargo la misma fue declarada improcedente en fallo de tutela aprobado mediante Acta No. 298 del diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015).

Acotó que el Ministerio de Educación Nacional mediante resolución 20326 de diciembre de 2015 y 03876 de 2016, asignó recursos para la ejecución del Programa de Alimentación Escolar, pero solo dirigidos a las jornadas únicas implementadas por el referido ministerio en instituciones educativas oficiales, lo que se encuentra regulado en la resolución 16432 de 2015.

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 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.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de amparar el derecho a la educación de la menor Eliana Andrea Castillo Obando, adoptada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el asunto de la referencia, con base en los argumentos esgrimidos en la impugnación.

Para el efecto, habrá de determinarse si con la actuación de la Secretaría Educación de Santiago de Cali se desconoce el derecho a la educación de la accionante, por cuanto dicha entidad se niega a prestar el servicio alimentario que requiere para garantizar su acceso y permanencia a la institución educativa a la que asiste, o si por el contrario, la negativa de la accionada se justifica legal y contractualmente bajo el amparo de la legalidad del gasto y destinación específica de los recursos del Programa de Alimentación Escolar, como una política pública del gobierno nacional que se encuentra plenamente reglada.

3. Caso concreto

Según se tiene, lo pretendido en este evento por la madre de la menor Eliana Andrea Castillo Obando, es que se ordene a las entidades demandadas brindarle los desayunos escolares a su hija como se venían suministrando hasta el año pasado, e igualmente se garantice la prestación del servicio de transporte especial, de acuerdo a las necesidades que requiere para movilizarse al Instituto Educativo de Discapacitados del Valle Asodisvalle, establecimiento privado en el que recibe atención especializada debido a la situación de discapacidad en la que se encuentra, teniendo en cuenta además que su matrícula estudiantil es subsidiada por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca consideró que, debido a la protección especial de la que gozan los niños en situación de discapacidad y teniendo en cuenta que el derecho a la educación es una garantía fundamental que no debe verse restringida por barreras como la imposibilidad de acceder a una alimentación adecuada, era necesario ordenarle a la Secretaría de Educación Municipal de Cali, como la entidad competente para la ejecución de los recursos del Programa de Alimentación Escolar, que continuara con la prestación de los servicios alimenticios requeridos por la menor Eliana Andrea Castillo Obando, pues el hecho de que la institución en la que se encuentra la menor sea de naturaleza privada, no justifica que se le despoje del beneficio al que tiene derecho como estudiante subsidiada por la administración municipal.

Inconforme con la decisión, la secretaria de educación de Santiago de Cali la impugnó, 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 en este caso corresponde a una menor de especial protección constitucional por su estado de vulnerabilidad -debido a su situación de discapacidad- que agote los mecanismos ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y la dignidad humana que demanda, puesto que, el medio expedito para la protección de los mismos resulta ser el amparo de tutela deprecado.

La razón de lo anterior se sustrae de la obligación del Estado de garantizar los derechos de los niños por encima de cualquier formalidad aparente, de manera rápida y eficaz. Exigirle a la accionante que acuda a la justicia contenciosa administrativa para que demande un acto administrativo de carácter general y que sea por esa vía que se restablezca su derecho a la educación, es un despropósito desde esta vista constitucional y el Estado Social de Derecho que pregona la prevalencia de los derechos de los niños de manera expedita, incluso por encima de otros intereses generales, como lo puede ser la destinación específica de los recursos gubernamentales o la legalidad misma del gasto público.

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 a la niña Eliana Andrea Castillo Obando en primera instancia.

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.”¹

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 situación 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

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-153 del veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013).

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.
(Se resalta).

Es claro que los niños que se encuentran en situación de 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 la niña Eliana Andrea Castillo Obando se encuentra en situación de discapacidad, 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 de la 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, la actora debiera poder acceder a la educación pública a la que está obligada ofrecer el ente territorial por tratarse de un servicio público a

su cargo². 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.

No obstante, la razón que trae a colación la Secretaría de Educación de Cali para negarse a brindar el apoyo nutricional a la menor, se circunscribe a la naturaleza del establecimiento en el que estudia, por cuanto corresponde a una institución privada, además de los motivos legales y reglamentarios que comporta el Programa de Alimentación Escolar, en tanto que el mismo se dirige solo a las jornadas únicas implementadas en las instituciones oficiales.

Al respecto, la Sala disiente de los argumentos del ente territorial demandado, comoquiera que, si bien la actora no hace parte de un programa educativo oficial, sus estudios son costeados en su totalidad por la administración municipal, ante la carencia –aparentemente- de ofertas educativas que se dirijan a la población que se encuentra en situación de discapacidad.

No puede olvidar la entidad demandada que es su deber garantizar el acceso a la educación de los niños en situación de discapacidad, e igualmente ofrecerles un trato acorde con su especial protección constitucional.

Igualmente, 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.

Adicionalmente, 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.*

² El artículo 311 de la Constitución Política establece: “Al municipio como entidad fundamental de la división política-administrativa del Estado, le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”

*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.”³ (Se resalta)*

No es de recibo entonces 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.

La postura que asume la Secretaría de Educación de Cali no solo desconoce el derecho a la educación de la menor Eliana Andrea Castillo Obando, al negarle el apoyo nutricional que requiere para garantizar su permanencia en el sistema educativo, también configura una violación del derecho a la igualdad de la menor que, estando en una especial situación de vulnerabilidad que le impide acceder a las aulas regulares de clase, se le coarta la posibilidad de un beneficio que, en otras condiciones obtendría en una institución educativa pública.

De otro lado, si bien dicha autoridad alega que el contrato suscrito con “ASODISVALLE” comprende todos los aspectos asistenciales de la “canasta básica y de calidad” y que el parágrafo tercero de la cláusula novena del contrato se señala que “*para los establecimientos educativos que atienden la población vulnerable, el 20% de la canasta de calidad de qué trata el parágrafo anterior podrá aplicarse a los siguientes componentes, **previa autorización de la Secretaría de Educación Municipal: apoyo nutricional***”, lo cierto es que, el ente territorial como supervisor de los contratos que suscribe, debe observar que todas las obligaciones contractuales se cumplan, entre ellas la asistencia alimentaria de la que es responsable.

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, es preciso indicar que, fue el propio Ministerio quien indicó

³ Corte Constitucional. Sentencia T-273 del seis (6) de mayo de dos mil catorce (2014).

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*”.

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.

Es evidente entonces que, el municipio no puede esquivar su responsabilidad bajo el argumento según el cual, el Ministerio de Educación Nacional impide la inversión del PAE en instituciones que no sean públicas, toda vez que la asistencia alimentaria que le corresponde garantizar al ente territorial, al subsidiar en este caso puntual el estudio de la menor Eliana Andrea Castillo Obando, es una obligación legal de imperativo cumplimiento.

Ahora, se insiste en que, tal y como se indicó líneas atrás, el contrato suscrito con Asodisvalle permite la inversión de un 20% de la canasta de calidad en el componente de apoyo nutricional, previa autorización de la Secretaría de

Educación Municipal. Es decir, si el municipio no lo autoriza, la institución educativa no podrá auspiciar este tipo de refrigerios, que en todo caso solo corresponden al 20% de los recursos que para el efecto suministra el contratante.

Más allá de la discusión contractual que esto pueda generar y que deberá resolver el municipio de Cali a través de la Secretaría de Educación Municipal con el contratista, 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 la 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.”⁴

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

⁴ Corte Constitucional

las herramientas -ciertamente efectivas⁵- para exhortar a la institución educativa el acatamiento de las prestaciones a su cargo.

Visto así el asunto, no puede escudarse la entidad territorial en las directrices del Ministerio de Educación que, según este, impiden brindar los auxilios alimenticios a los estudiantes que no hacen parte de un plantel oficial, pues como se dejó dicho, el derecho a la educación de los niños en situación de discapacidad debe garantizarse en sus estadios de acceso y permanencia, y este último comprende naturalmente el apoyo nutritivo, que como bien lo indicó el Ministerio de Educación evita la deserción escolar.

Así las cosas, resulta claro que la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, desconoce el derecho fundamental a la educación de la menor Eliana Andrea Castillo Obando, tal y como quedó expuesto a lo largo de este proveído.

En consecuencia, la providencia del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca habrá de ser confirmada en su integridad.

Por lo expuesto, 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:

PRIMERO: Confírmase la sentencia del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

(Ausente con permiso)

⁵ 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.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado