

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

**CONSEJERO PONENTE: DRA. ANA MARGARITA OLAYA FORERO**

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006)

**REF.: Expediente 52001-23-31-000-2005-01651-01**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**IMPUGNACIÓN**

**ACTOR: CARMENZA BOTINA VALLEJO Y OTRA**

Conoce la Sala de la impugnación interpuesta por la parte demandada contra el fallo de tutela de marzo 31 octubre de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, que concedió el amparo a los derechos fundamentales a la educación e igualdad de los menores EDISON JHAIR BOTINA E IVÁN DAVID BOTINA BENAVIDES,

**ANTECEDENTES**

Las señoras CARMENZA BOTINA VALLEJO y MARÍA SORAIDA BOTINA BENAVIDES formularon acción de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la educación, la igualdad, y el libre desarrollo de la personalidad de sus hijos menores EDISON JHAIR BOTINA e IVÁN DAVID BOTINA BENAVIDES, violados por el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto.

Manifestaron las demandantes que antes de la expedición de la ley 715 de 2001, el Jardín infantil Piloto INEM venia prestando el servicio de preescolar en los niveles de prejardín, jardín, y transición para niños entre las edades de 3 a 5 años, en los años lectivos 2002-2003, 2003-2004. 2004- 2005, con transferencias de la Nación para el pago de la nomina de docentes,

Adujeron que la institución mencionada recibió pre-inscripción de niños y niñas en edades de 3 y 4 años para cursar grados de prejardín y jardín a un número de 351 alumnos,

Que posteriormente el Municipio de Pasto por intermedio de su alcalde, en reunión sostenida con la comunidad, el 7 de septiembre de 2005, informó a los padres de familia el contenido de la resolución 1515 de 3 de junio de 2003, donde se menciona que la edad mínima para ingresar al grado de transición es de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar, y por lo tanto los niños inscritos no podrían ser matriculados en razón a que la institución no contaba con los recursos necesarios para cancelar el valor de la nómina y demás gastos de funcionamiento para prestar el servicio,

Sostuvieron que la Nación, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional, únicamente está transfiriendo los valores correspondientes a los gastos de prestación de servicio requeridos por cada niño de 5 años en adelante porque cree que su obligación frente al derecho a la educación es desde la mencionada edad, lo que consideran una errónea interpretación de la Carta Política.

Señalaron que el Jardín Infantil Piloto de la Institución Mariano Ospina INEM viene prestando sus servicios a los niños de Pasto cuyos padres no cuentan con recursos económicos para costear educación privada, y no considera lógico que por una decisión del Ministerio de Educación se prive a los niños del buen servicio que ha caracterizado a la institución.

Por ultimo solicitaron que les sean tutelados a sus hijos menores los derechos fundamentales a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad y que como consecuencia, se ordene al Ministerio de Educación Nacional autorizar al Municipio de Pasto la prestación de los servicios educativos de preescolar en los cursos de prejardín y jardín a través del Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa Municipal Mariano Ospina INEM e igualmente se le ordene con cargo a su presupuesto al Ministerio de Educación, realizar las trasferencias de los

recursos necesarios para la prestación de los servicios mencionados hasta que sus hijos menores ingresen al grado de transición de preescolar.

### **CONTESTACIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN**

Expresó que la Constitución Política en su artículo 67 establece, entre otras, que la educación será obligatoria entre los cinco y quince años de edad y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica: que la ley 115 de 1994 consagra tres niveles de educación formal a saber, preescolar que comprende mínimo un grado obligatorio, la educación básica con 9 grados, 5 en primaria y 4 en secundaria, y la educación media con duración de dos grados.

Citó que el decreto 1860 de 1994 reglamentario de la ley 715 del mismo año establece la organización de la educación preescolar, donde se instituye para los niños, antes de iniciar la educación básica, y esta compuesta por tres grados, de los cuales los dos primeros, prejardín y jardín, constituyen una etapa previa a la escolarización obligatoria y el tercero es el grado obligatorio, transición.

Dijo que en cumplimiento de la ley 60 de 1993, el servicio público educativo se descentralizó y se entregó a las entidades territoriales que reunían los requisitos, personal docente y administrativo de los establecimientos educativos y el manejo de los recursos para el pago de los mismos.

Adujo que corresponde al Ministerio, únicamente fijar las políticas educativas que deben ser adoptadas en relación con los grados jardín y transición, los cuales corresponden al nivel preescolar de la educación formal y no la administración de los establecimientos educativos, lo cual es competencia de las entidades territoriales certificadas-

Indicó que por mandato constitucional el Ministerio garantiza la educación obligatoria entre los cinco y quince años de edad, la cual comprende solo un año de preescolar, para quienes hayan cumplido los cinco años, y si bien fija pautas y orientaciones para el ofrecimiento de la educación preescolar para que a través de la asignación de cupos escolares, por parte de las Secretarías de Educación, se atienda la cobertura del servicio a la población escolar, es la Entidad Territorial la que presta directamente el servicio, según las circunstancias y condiciones de cada región, por lo tanto no está desconociendo los mandatos superiores.

### **LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

El Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante providencia del 31 de octubre de 2005, concedió la protección y amparo de los derechos fundamentales a la educación e igualdad de los menores EDISON JHAIR BOTINA VALLEJO E IVÁN DARÍO BOTINA BENAVIDES.

Expresó en su decisión que el Jardín Infantil Piloto INEM había prestado en los años lectivos anteriores el servicio público de educación en los niveles de prejardín, jardín y transición, lo cual permite deducir que la institución educativa contó con la infraestructura y los recursos de transferencia requeridos para el efecto.

De otro lado expresó que la resolución 1515 de 2003 no indica que no debe brindarse educación a quienes no hayan alcanzado los cinco años de edad, sino que para acceder al grado de transición se debe tener cinco años de edad, pero el sistema educativo puede en efecto admitir menores de esta edad en otros niveles.

Indicó que el Municipio de Pasto no había alegado motivos concretos, constitucional ni legalmente, para abstenerse de continuar prestando el servicio público de educación preescolar en el Jardín Infantil Piloto INEM, ni acreditó que la cobertura en el grado obligatorio y básico en el municipio de Pasto fuera inferior al 80% exigido por la ley, sino que la interpretación de la resolución 1515 de 2003 impedía prestar el servicio preescolar a menores de cinco años, lo cual no constituye un motivo constitucionalmente válido para restringir el ingreso al sistema educativo de los infantes que sin capacidad de pago tienen derecho a disfrutar, y que el Municipio de Pasto, en la Institución Educativa Municipal Mariano Ospina INEM Jardín Infantil

Piloto ya venía prestando en los años lectivos de 2002 a 2005.

Precisa que el Municipio de Pasto debió reportar al Ministerio de Educación Nacional los requerimientos económicos necesarios para garantizar la continuidad en la prestación del servicio educativo para el período 2005-2006, en caso de no haberlo hecho debe continuar prestando el servicio, previa verificación de los requisitos para el ingreso establecidos por la ley.

### **IMPUGNACIÓN**

El Ministerio de Educación impugnó la decisión del a quo arguyendo que la educación en el departamento de Nariño fue descentralizada y por lo tanto se encuentra en imposibilidad legal para manejarla, porque que le corresponde única y exclusivamente al Municipio de Pasto garantizar el acceso al servicio educativo de preescolar.

Reafirma su argumento de que la educación es obligatoria entre los cinco y quince años de edad y comprende como mínimo un año de preescolar, nueve de educación básica y dos de educación media, de acuerdo al artículo 67 de la Constitución Nacional.

Agrega que la acción de tutela es improcedente por tratarse de normas de contenido general, abstracto e impersonal sobre la educación preescolar, por expresa prohibición del decreto 2591 de 1991.

Sostiene que el artículo 67 de la Carta determina el ingreso al nivel preescolar y por ende no existe vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los niños; solicita ser desvinculado como parte demandada, y negar por improcedente la acción de tutela.

### **CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° numeral 2° del Decreto 1382 de 2000, corresponde a la Sala decidir la impugnación de tutela presentada por el Ministerio de Educación Nacional.

La presente controversia se contrae a establecer si fueron vulnerados los derechos a la educación, la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, de los menores EDISON JHAIR BOTINA E IVÁN DAVID BOTINA BENAVIDES, como consecuencia de la decisión del Alcalde Municipal de Pasto de no efectuar la matrícula para el año lectivo 2005-2006 correspondiente a los grados de prejardín y jardín del Jardín Infantil Piloto INEM del Instituto Mariano Ospina de la ciudad de Pasto.

El artículo 67 de la Constitución Nacional establece la obligatoriedad de la educación entre los cinco y quince años de edad; por su parte el artículo 18 de la ley 115 de 1994 señala que el nivel de educación preescolar de tres grados se generalizará en instituciones educativas del Estado o en las Instituciones que establezcan programas para la prestación de éste servicio, de acuerdo con la programación que determinen las entidades territoriales en sus respectivos planes de desarrollo, para este efecto debe tenerse en cuenta que la ampliación de la educación preescolar debe ser gradual a partir del cubrimiento del 80% del grado obligatorio de preescolar establecido por la Constitución y al menos del 80% de la educación básica para la población entre 6 y 15 años.

Esta Sala se había pronunciado anteriormente respecto la precitada decisión de la Administración Municipal de Pasto. En su oportunidad se dijo que la interpretación hecha por el legislador había sido correcta, pues nunca una norma constitucional puede crear una restricción en materia de educación, mas aun tratándose de un estado social de derecho donde la finalidad debe ser cubrir totalmente el servicio educativo para sus asociados, que para el caso de la educación preescolar debe tratarse de los tres grados asignados a ella, es decir, prejardín, jardín y transición.

La ley estipuló un plazo de cinco años para que los entes territoriales proporcionen el cubrimiento total, y lo mínimo exigido es un grado obligatorio de preescolar en establecimientos

educativos estatales para niños menores de seis años de edad, sin perjuicio de los grados existentes en las instituciones educativas que ofrezcan más de un grado de preescolar. Es así, como fue dicho en renglones anteriores que el artículo 18 de la ley 115 de 1994 establece la obligación de ampliar la cobertura de la educación preescolar a tres años, lo que debe suceder cuando se encuentre cubierto el 80% del grado obligatorio de preescolar.

Para adoptar una decisión definitiva, debe analizarse el caso en particular teniendo de presente que puede afectarse, en caso de ordenarse la asignación de un cupo a través de esta acción de tutela, a otros menores en condiciones menos favorables que el tutelante.

La ley 115 fue expedida en el año de 1994 y de acuerdo a su interpretación, en el año de 1999 tendría que haber sido cubierto como mínimo el grado obligatorio de preescolar. Esta situación se presume para el Municipio de Pasto, porque se encuentra probado (folio 28), según la contestación de los hechos de la solicitud de tutela, que el centro educativo Jardín Infantil Piloto INEM, viene prestando el servicio de preescolar en los niveles de prejardín, Jardín y transición desde el año 2002 hasta el 2005.

En consecuencia las únicas razones por las cuales la Sala revocaría el fallo impugnado serían:

1. Si se llegase a probar que en el Municipio de Pasto no se cubrió el ochenta por ciento (80%) del grado obligatorio de preescolar establecido por la Constitución, tal y como lo dispone la precitada ley, como condicionamiento necesario para lograr la ampliación del servicio educativo a todos los niveles de preescolar; y,
2. Que la admisión de los menores genere un sobre cupo que afecte gravemente a la institución educativa o a otro niño en iguales o mejores condiciones para acceder al servicio educativo, de acuerdo con la ley.

Estas situaciones no fueron probadas en el sub-lite y en consecuencia no habrá lugar a revocar el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño.

Frente a la solicitud del Ministerio de Educación Nacional, de ser desvinculado de la presente acción, habrá de decir la Sala que el Municipio de Pasto debe hacer uso de las transferencias del sistema general de participaciones en caso de no contar con los recursos suficientes para cubrir las partidas referentes a la educación, por ello se ordenará al Ministerio realizar todas las gestiones de orden presupuestal para el efecto, porque las de orden administrativo son de competencia únicamente del ente territorial.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**CONFIRMASE** la providencia de treinta y uno (31) de octubre de dos mil cinco (2005), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Envíese copia de ésta providencia al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**ANA MARGARITA OLAYA FORERO**

**ALBERTO ARANGO MANTILLA**

**JAIME MORENO GARCÍA**

**MERCEDES TOVAR DE HERRÁN**  
**Secretaria General**

**Expediente No. AC-52001-23-31-000-2005-01651 Actor: CARMENZA BOTINA VALLEJO**