

I. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO POR PARTE DE LOS PARTICULARES

Es propósito de este capítulo establecer los criterios conceptuales que orientan la participación de los particulares en la prestación del servicio público educativo, derivados principalmente de fuentes constitucionales y legales que constituyen razones por las cuales el Estado puede otorgar y exigir una licencia de funcionamiento a instituciones que funden los particulares con la finalidad de prestar el servicio educativo.

Estos criterios conceptuales permiten tener una clara comprensión de las implicaciones no sólo jurídicas, sino sociales, culturales y pedagógicas de la creación de un establecimiento educativo privado que atienda a plenitud las finalidades de la educación colombiana consagradas constitucionalmente y desarrollados en el artículo 5 de la Ley General de Educación.

1. Visión de servicio público a partir de la nueva Constitución Política

El servicio público solía homologarse con la noción de un monopolio de Estado. Hoy debe ser visto como servicio en el cual necesariamente debe darse una libre concurrencia, dadas las evoluciones sociales y económicas, la ampliación de los dominios del saber y de las necesidades en donde debe prestarse y los avances imprevisibles e inatajables de la ciencia y de la tecnología. En este marco, un Estado que se adecuó a las nuevas necesidades generales, a los modelos de democracia que vienen generando comunidades más participativas o más exigentes y, a la búsqueda de una mejor calidad de vida, debe abrirse a formas de construcción del bien común, en donde la sociedad y los particulares sean igualmente protagonistas y prestadores de servicios públicos.

De otra parte, los dominios clásicos en donde el servicio público antes debía estar presente (salud, educación, servicios domiciliarios), no sólo se han multiplicado (seguridad social, seguridad ambiental, recreación, seguridad de la información, servicios financieros, cultura, espacio público), sino que se han vuelto más complejos en dimensión, en contenido, en necesidades de infraestructura, en calidad y en cobertura. Ahora el servicio público es proactivo.

El servicio público mira también y exige resultados favorables de orden social, económico y productivo, sin que por ello pierda su carácter de función social. Conlleva además, un principio de equilibrio financiero que asegure su permanencia y la continuidad de su prestación a toda la comunidad, independientemente de sus particularidades.

En tratándose de la prestación del servicio educativo, éste también se vio desbordado en su concepción monopólica de un Estado especializado, para dar paso a una combinación de Estado-Nación educador que asume su competencia a través de la dirección del servicio y de una debida coordinación y articulación de la más variada gama de medios, instituciones, proyectos, propuestas y prestadores que en conjunto garantizan la efectividad de la función social y logran hacer realidad la preocupación ética del interés general.

De aquí emanaron las grandes transformaciones en la concepción y prestación del servicio público educativo, caracterizadas por la participación de la comunidad, la ejecución de un proyecto educativo flexible y autónomo, el ejercicio de una gobernabilidad colegiada, la prevalencia pedagógica del *saber-hacer-en contexto*, todo ello consignado en las nuevas leyes de la educación que hicieron confluír la acción estatal con la acción privada y que articularon dichas normas con otras complementarias y contiguas, para conformar un gran sistema normativo regulador, que no sobrerregulador ni proteccionista, y por ello siempre adaptable, para que no solo permita sino que exija la presencia del particular, como sociedad civil y como empresa comprometida en su prestación y oferente habilitada para la misma.

2. La educación como un derecho fundamental y un servicio público

La Corte Constitucional sostiene que “...*el Constituyente de 1991 otorgó a la educación una doble connotación jurídica, en reconocimiento expreso a su importancia como herramienta en la promoción individual del ser humano y el desarrollo colectivo de la sociedad, responsabilidades éstas que constituyen fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho...*” (Sentencia T-1101 de 2000)

Efectivamente, la Constitución Política de Colombia consagró a la educación como un derecho de la persona y como servicio público que cumple una función social, mandato que se armoniza con lo preceptuado tanto en su Preámbulo, al considerar que su promulgación se hacía con la finalidad de “...fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...”, como en su artículo 1º., al definir a Colombia como un Estado Social de derecho, en donde la dignidad humana y la prevalencia del interés general son nociones fundantes.

Razones por las cuales la Corte Constitucional ha sido prolífica en argumentos para mostrar que estas nociones constitucionales no son en abstracto, sino que deben tener clara expresión en el momento mismo en que se definen políticas públicas y estrategias para el desarrollo institucional, organizativo, administrativo y pedagógico de la educación, pues considera que “*en la medida en que la persona tenga igualdad de posibilidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona.*” (Sentencia T-02 de 1992)

Es la educación en consecuencia, un servicio único, integral y de interés general, consustancial con la finalidad social del Estado, reconocido por la jurisprudencia colombiana como derecho fundamental. En sentencia T-429 de 1992 la Corte Constitucional conceptúa que: “*Tanto por la naturaleza y función del proceso educativo como porque reúne a plenitud los requisitos y criterios de esa categoría constitucional abierta que es hoy el derecho fundamental, esta Corte ha reconocido que la educación es uno de tales derechos que realiza el valor y principio material de la igualdad, consignado en el preámbulo y en los artículos 5o. y 13 de la Carta...*”.

Explica la Corte que se le ha reconocido a la educación el carácter de derecho fundamental, por cuanto es el medio idóneo para acceder en forma permanente al conocimiento y alcanzar el desarrollo y perfeccionamiento del ser humano y que en la

medida en que la persona tenga igualdad de posibilidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona (Sentencia 02 de 1992)

Se le reconoce también a la educación su condición de servicio público que, como bien lo define la Ley 80 de 1993, en el numeral 3 del artículo 2º., es aquel destinado a *“satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”*, definición ésta plenamente concordante con lo preceptuado por la Constitución Política en su artículo 365: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”*.

En efecto, la educación como servicio público que desarrolla una función social compromete la responsabilidad estatal en el efectivo desarrollo de los medios que provean a la comunidad asociada, del eficaz acceso al mismo, tal como lo expresa la Corte Constitucional en su Sentencia T-1101 de 2000, porque *“...el papel del Estado como ente administrador de la colectividad debe asumirse como una tarea con propósitos económicos y políticos concretos que se enmarcan dentro de los fines esenciales del Estado Social de Derecho (art. 2º C.P.), es decir, la construcción de un sistema político humanista que permita el pleno ejercicio de los derechos del individuo, con las necesarias restricciones que impone el interés general sobre el interés particular, y que obedezca a una interpretación finalística al ser humano...”*

Así debe entenderse cuando la Constitución adoptó, entre otras, medidas fundamentales correlativas para que la educación como servicio público y derecho fundamental tuviera cabal sentido. Destaquemos algunas de estas medidas:

- a) La obligatoriedad que todos los niños reciban educación entre los cinco y los quince años, con una escolaridad mínima de un año de preescolar y nueve de educación básica (artículo 67),
- b) La garantía por parte del Estado de las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (artículo 27).
- c) La corresponsabilidad del Estado, la Sociedad y la Familia en su ofrecimiento (art-67) y de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (artículo 44).
- d) La participación de la comunidad educativa en la dirección de las instituciones educativas (artículo 68).
- e) La prevalencia del interés público o social sobre el interés particular cuando surjan conflictos de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social (artículo 85).
- f) El reconocimiento por parte del Estado de la primacía de los derechos inalienables de la persona, sin discriminación alguna. (artículo 5).
- g) El goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades de todas las personas, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (artículo 13).
- h) El amparo de la familia como institución básica de la sociedad (artículo 5).
- i) El reconocimiento de que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado (artículo 366).

- j) La asunción de responsabilidades por parte de los colombianos de frente al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (artículo 95).
- k) La inclusión como deberes de la persona y del ciudadano, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país (artículo 95).

3. Prestación del servicio público educativo por particulares

La autorización para que los particulares puedan prestar el servicio público educativo tiene como fuente la Constitución Política, cuando en su artículo 365 determinó que *“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*. Disposición que, para el caso de educación, se concreta en el artículo 68 de la Constitución cuando dejó abierta la puerta para que los particulares pudieran fundar instituciones para prestar el servicio público educativo, dejando a la ley el establecimiento de las condiciones para su creación y gestión.

En este sentido, el servicio educativo es único, tiene un tronco común y representa una totalidad sistémica, en donde concurren a su provisión, con iguales argumentos y facultades, tanto el aparato estatal, como las organizaciones de la sociedad civil y los particulares, estableciéndose una interacción entre lo estatal y lo particular que rompe con el tradicional esquema de lógicas distintas y obligaciones y derechos independientes, propios de un Estado de Bienestar.

La Corte Constitucional lo expresó así: *“La presencia de la sociedad como destinataria de obligaciones respecto de la educación, obedece a que la solidaridad es un principio fundante del Estado social de derecho. Se patentiza la presencia de la sociedad en la educación en diferentes planos, uno de los cuales es la educación privada”* (Sentencia SU-624 de 1999)

El establecimiento educativo privado creado como empresa de dimensión social, se constituye entonces, como un medio eficaz para contribuir al interés general, sin ánimo lucrativo, pero con valoración de la iniciativa privada, pues adquiere el compromiso de garantizar la unidad conceptual del servicio educativo y la formación integral de los educandos, en términos de equidad y calidad.

Por ello, la organización de un establecimiento educativo fundado o constituido por particulares responde, en su esencia, a los mismos parámetros y requerimientos de las instituciones educativas creadas por el Estado. Esto es, son comunes su sistema de gobernabilidad, la interacción con las organizaciones que surjan a su interior, la construcción colectiva del proyecto educativo institucional, el ejercicio de la autonomía curricular, las reglas de la vida comunitaria del establecimiento, la articulación de niveles y grados para garantizar el avance y la formación integral del estudiante, y los medios físicos, educativos y administrativos para la prestación eficiente del servicio.

Las distinciones específicas hacen referencia casi exclusiva a la relación bilateral establecimiento privado-docente expresado en el contrato regido por las reglas del Código Sustantivo del Trabajo (CST, Art. 101), a la relación bilateral establecimiento privado – padre de familia/acudiente, expresada en el contrato de matrícula regido por las reglas del derecho privado (Ley 115 de 1994, Art. 201), al sistema de costos y tarifas educativas (Ley 115 de 1994, Art. 202 y Decreto 2253 de 1996) que no de derechos académicos (Ley 115 de 1994, Art. 183), a los instrumentos de financiación para enjugar los costos, mejorar la calidad, ampliar la cobertura, buscar una razonable rentabilidad y el equilibrio financiero que permita el sostenimiento y crecimiento futuro de la organización. También puede hacer diferencia la innegable condición de empresa que puede llegar a tener un establecimiento educativo privado, cuando éste no decide acoger principios de solidaridad propios del concepto de sociedad civil, estos últimos aplicados a la financiación del servicio público educativo.

4. Exigencia de la licencia de funcionamiento a los establecimientos educativos privados

Las instituciones educativas creadas por los particulares no sólo gozan de protección estatal sino que ocupan el lugar del Estado, tratándose de la prestación del servicio público educativo, tal como lo preconiza la Corte Constitucional (Sentencia SU-624 de 1999), quedando en consecuencia, sujetas a las regulaciones que el Estado determine.

Este principio se encuentra expresamente recogido en la Constitución Política cuando incluyó como deber del Estado “...asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional” (artículo 365) y por ende, el poder regulador y de ejercicio de suprema inspección y vigilancia de la educación (artículo 67). Todo ello para garantizar las finalidades de la educación en el marco de los fines sociales del Estado.

Esto no equivale a una coartación de la iniciativa privada de que trata el artículo 333 de la Constitución Política, por cuanto ella misma estableció que la libertad económica estaba mediatizada por el bien común y el interés social.

En este marco, la Corte Constitucional señaló la proyección de la educación privada en su Sentencia C-252 de 1995 en los siguientes términos:

“La Constitución garantiza expresamente la libertad de gestión y de empresa de los titulares de establecimientos educativos privados, pero no en términos ilimitados. El principio del pluralismo (C.P. art.1) - político, ideológico, cultural y religioso - tiene una concreta traducción en materia educativa y a su amparo se introduce en la Constitución un esquema de educación mixta, pública y privada. El elemento de diferenciación y libertad que surge de este principio, resulta, de otro lado, expuesto a la fuerza necesariamente expansiva que se deriva de la calificación constitucional que se da a la educación como “servicio público que tiene una función social“ (C.P. art.67), de la cual emana en favor del Estado poderes de regulación, inspección y vigilancia. En definitiva, la Constitución excluye que la libertad y la opción privada en materia educativa, puedan ser suprimidas, pero obliga a que su contenido y alcance se hagan compatibles con su carácter de servicio público y su función social que se expresan en exigencias y

condiciones uniformes y mínimas que impone el Estado.”

Constituyen estas las razones por las cuales la ley reglamentaria de la prestación del servicio público educativo (Ley 115 de 1994) estableció que esta prestación por parte de los particulares se hará atendiendo “...*las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional...*” (artículo 3), habiendo señalado en su artículo 138 los requisitos a satisfacer para que una institución pudiera ser considerada como establecimiento educativo: a) Tener licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial; b) Disponer de una estructura administrativa, una planta física y medios educativos adecuados, y c) Ofrecer un Proyecto Educativo Institucional. Conceptos estos que, a su vez, fueron recogidos por la Ley Orgánica 715 de 2001 en su artículo 9, al exigirle a todas las instituciones educativas estos mismos requisitos, amén de los soportes pedagógicos correspondientes.

Emerge, en consecuencia, la licencia de funcionamiento como una autorización del Estado al particular para prestar el servicio educativo, como quedó consagrado en el artículo 193 de la Ley 115 de 1994, con el fin de garantizar el bien común y el interés social como principios rectores del servicio.

La licencia de funcionamiento es, por lo tanto, el permiso estatal otorgado al particular para que una de sus funciones, como es la prestación del servicio público educativo, pueda ser cumplida por éste, sin detrimento de las finalidades del servicio, de la formación integral de los educandos y de la equidad, eficiencia y calidad de la educación¹. Este permiso significa que el Estado, como garante de la comunidad, da certeza de que el particular asume el compromiso de participar en la prestación del servicio público educativo y ofrece las garantías y condiciones esenciales de pedagogía, administración, financiación, infraestructura y dotación requeridos para desarrollar procesos educativos eficientes y de calidad.

Es claro que la Ley 115 de 1994, artículo 138, y posteriormente la Ley 715 de 2001, artículo 9, establecieron que la licencia de funcionamiento y el proyecto educativo institucional fuesen dos instrumentos jurídicos y administrativos distintos pero interactuantes; ambos determinantes en la concepción de establecimiento educativo.

La licencia de funcionamiento constituye, en consecuencia, el acto formal que da viabilidad jurídica a la existencia de la institución como organismo prestador del servicio educativo, mientras que el proyecto educativo es el instrumento que define el curso de acción de la institución que formula señalamientos de orden teleológico, pedagógico, académico, de convivencia, entre otros, formulado y ejecutado de manera comunitaria.

¹ La equidad entendida como la igualdad en la oportunidad que tienen todas las personas de acceder y permanecer en el sistema educativo bajo las mismas condiciones. La eficiencia como una utilización óptima de los recursos dispuestos para la prestación del servicio educativo en favor del cumplimiento de sus finalidades y objetivos. La calidad referida a la pertinencia de los procesos educativos, oportunidad del servicio ofrecido por el establecimiento educativo y resultados de los estudiantes medidos a través de las pruebas de desempeño.