



MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

CONCEPTO 22996 DE 2019

(febrero 27)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto:Tienda Escolar.

OBJETO DE LA CONSULTA

“[...] En el Municipio de Girón Santander las instituciones educativas venían realizando el proceso de contratación de cafeterías directamente por el ordenador de gasto, sin embargo, iniciando esta vigencia la Oficina de Contratación del Municipio de Girón expida una circular en donde se les informa a los rectores que se abstengan de realizar contrato alguno con las tiendas escolares, pues el trámite será llevado por esta oficina osea por el Municipio. En este orden de ideas la pregunta es: ES LEGAL QUE EL PROCESO DE CONTRATACION DE ARRIENDO DE CAFETERIAS SEA LLEVADO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL, en este caso el Municipio de Girón O INDISCUTIBLEMENTE DEBE SER LLEVADO POR LA INSTITUCION EDUCATIVA.

EN EL CASO DE QUE LA CONTRATACION DE CAFETERIAS SEA LLEVADO POR EL MUNICIPIO, LOS INGRESOS DEBEN ENTRAR AL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO? o al MUNICIPIO. [...] [sic]

Normas y concepto

En atención a lo solicitado, de manera respetuosa le informamos que según las funciones asignadas a esta Oficina a través del artículo 7 del Decreto 5012 de 2009 (modificado por el Decreto 854 de 2011), la facultad de emitir conceptos “en los temas que son de competencia del Ministerio de Educación Nacional” no implica la intervención en la

autonomía jurídica de los docentes o de las instituciones educativas, a través de la solución de casos particulares y concretos.

Debe mencionarse que, a través de la Sentencia C542 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte Constitucional señaló que “[l]os conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparán a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.

Bajo ese entendido, a continuación, se brindarán unas consideraciones generales frente al tema que motiva la consulta, las cuales el interesado podrá aplicar de acuerdo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar del caso concreto.

1. Marco jurídico

1.1. Constitución Política Colombiana

1.2. Código Civil Colombiano

1.3. Ley 489 de 1998 "por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

1.4. Ley 715 de 2002 "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros."

1.5. Decreto 1075 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación."

2. Análisis

2.1. Bienes de uso fiscal

El artículo 63 de la Constitución Política establece que todos los bienes de uso público del Estado "son inalienables, inembargables e imprescriptibles", en razón a que están destinados a cumplir fines de utilidad pública en distintos niveles, por lo que, la Corte Constitucional ha reiterado que los bienes fiscales constituyen los instrumentos materiales para la operación de los servicios estatales.^[1]

Por su parte, según la clásica distinción del artículo 674 del Código Civil los bienes del Estado se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales:

"Bienes Públicos Y De Uso Publico. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales." (Subrayado fuera de texto)

Al respecto el Consejo de Estado, Sección Tercera, diferenció los bienes de uso público y bienes fiscales mediante la Sentencia (16245) de 2004 C.P, Ricardo Hoyos Duque:

"A pesar de la existencia de alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, como, por ejemplo, su afectación al desarrollo de los principios y fines del Estado, se destacan dos características que los diferencian: la forma como se ejerce el dominio y la utilización por parte de la comunidad. Con relación al dominio, en los bienes de uso público el Estado protege, vigila y reglamenta su uso y no pueden constituirse sobre ellos actos jurídicos que impliquen la limitación a su uso y disfrute por parte de los ciudadanos, como su venta o arrendamiento. Por el contrario, con los bienes patrimoniales o fiscales, el Estado tiene una propiedad similar a la que ostentan los particulares, es decir, cuenta con todas las características de un derecho real: su titular puede usar la cosa, percibir sus frutos y disponer de la misma. Respecto a la utilización o al uso por parte de la comunidad, los bienes de uso público cuentan con una destinación común, su finalidad principal es que los ciudadanos puedan usarlos, en tanto los bienes conserven esa calidad. La utilización de los bienes fiscales es generalmente excluyente y no involucra a la comunidad. En ellos, el Estado procura el desarrollo de sus funciones y la prestación de los servicios públicos (oficinas públicas, instalaciones militares, juzgados, cárceles, etc.). A pesar de ser reservados o excluyentes, en ocasiones su finalidad puede significar a que la comunidad los utilice, sin que ello implique una mutación en su naturaleza de bien fiscal. Nota de Relatoría: Ver concepto 697 del 28 de junio de 2004"

Así las cosas, es claro que los bienes fiscales están destinados al funcionamiento del Estado y a la prestación del servicio público a su cargo, por lo que, respecto de estos, el Estado es titular del derecho de dominio, con el aludido alcance, (uso, goce y disposición) con sujeción estricta a las normas que regulan esta actividad, por lo que, es posible afirmar que las instituciones de educación preescolar básica y media pública, que pertenecen al Estado, son bienes fiscales, en los cuales se desarrolla la función pública de educación.

2.2. Competencias de los entes territoriales para la administración de los bienes fiscales a su cargo.

En virtud de la descentralización administrativa, el servicio público educativo es organizado, administrado y dirigido en los territorios por las entidades territoriales certificadas en educación conforme a los dictados de los artículos 6.2.3. y 7.3 de la Ley 715 de 2001.

"Artículo 6o. Competencias De Los Departamentos. Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias:

(...) 6.2. Competencias frente a los municipios no certificados.

(...) 6.2.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos disponibles en el Sistema General de Participaciones y trasladará docentes entre los municipios, preferiblemente entre los limítrofes, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.

(...) Artículo 7o. Competencias De Los Distritos Y Los Municipios Certificados.

(...) 7.3. Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones asignado a la respectiva entidad territorial y trasladará docentes entre instituciones educativas, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.

7.12. Organizar la prestación del servicio educativo en su jurisdicción. (...)" (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, no debe perderse de vista que conforme al artículo 9 de la Ley 715 de 2011, las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales.

"Instituciones educativas. Institución educativa es un conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes.

[...]

Las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales. [...]

Parágrafo 3. Los Establecimientos Públicos educativos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto nacional, serán traspasados con los recursos a las respectivas entidades territoriales, conservando su autonomía administrativa." (Subrayado fuera de texto)

Aunado a lo anterior, las disposiciones de la Ley 489 de 1998 relativa a la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, son aplicables al nivel territorial, conforme a lo establecido por su artículo 2 ibídem.

"Artículo 2o. Ámbito De Aplicación. La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.

Parágrafo. Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política." (Negritas fuera de texto)

Adicionalmente, el artículo 39 de esta ley dispone que las gobernaciones y las secretarías de despacho son los organismos principales de la Administración en su nivel territorial y que los demás les están adscritos o vinculados y desarrollan sus funciones de acuerdo a la orientación, coordinación y control que señalen la ley y las ordenanzas.

"Artículo 39. Integración De La Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

(...)

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial.

Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso. (...)" (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior, es posible concluir que la administración, manejo, uso y disposición de las instituciones educativas está a cargo del ente territorial certificado en educación.

En este orden, de ideas las tiendas escolares de las Instituciones Educativas Oficiales son bienes inmuebles o muebles por adhesión de la institución Educativa Oficial, pertenecientes a la entidad territorial certificada en consecuencia y por ende, corresponde a ésta administrar la disposición de dichas instalaciones.

2.3. Delegación de contratar las tiendas escolares

La delegación esta consagrada constitucionalmente en el artículo 209 Superior y en el artículo 9 y siguientes de la Ley 489 de 1998, en virtud del cual se establece que las autoridades administrativas podrán delegar el ejercicio de las funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley:

"Artículo 9. Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos>>

Artículo 10. Requisitos De La Delegación. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.>>

Artículo 12. Régimen De Los Actos Del Delegatario. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas." (...) (Subrayado fuera de texto)

Bajo este marco normativo, el ente territorial certificado en educación, puede delegar o asignar en el rector de la institución educativa, la función de contratar los servicios de la tienda escolar a terceros del espacio físico del inmueble o mueble por adhesión, destinado para el funcionamiento de la tienda escolar.

De igual forma, el ente territorial certificado en educación tiene la facultad de determinar el rumbo de los valores recaudados por concepto de arrendamiento de los espacios destinados; es decir la entidad territorial establecerá si deben ser consignados en el Fondo de Servicios Educativos del establecimiento educativo o a entran a las arcas

del Municipio. Lo anterior en el marco de los principios de transparencia, responsabilidad, equidad, buena fe, entre otros.

Lo cierto es que, los ingresos del Fondo de Servicios Educativos son recursos de carácter público que se encuentran sometidos al control de las autoridades administrativas y fiscales, cuya administración es autónoma en el marco de competencias atribuidas a los Consejos Directivos y rectores o directores rurales, y se deben ejecutar en los conceptos autorizados legalmente, en armonía con el Proyecto Educativo Institucional.

2.4. Competencias del rector respecto del funcionamiento de las instituciones educativas a su cargo

La Ley 715 de 2001 respecto de las competencias atribuidas a los rectores o directores rurales. En materia del funcionamiento del establecimiento educativo en el cual ejercen su cargo, señala:

“Artículo 10. Funciones de Rectores o Directores. El rector o director de las instituciones educativas públicas, que serán designados por concurso, además de las funciones señaladas en otras normas[2], tendrá las siguientes: (...)

10.1. Dirigir la preparación del Proyecto Educativo Institucional con la participación de los distintos actores de la comunidad educativa.

10.2. Presidir el Consejo Directivo y el Consejo Académico de la institución y coordinar los distintos órganos del Gobierno Escolar.

10.3 Representar el establecimiento ante las autoridades educativas y la comunidad escolar.

10.4. Formular planes anuales de acción y de mejoramiento de calidad, y dirigir su ejecución.

10.5. Dirigir el trabajo de los equipos docentes y establecer contactos interinstitucionales para el logro de las metas educativas.

10.6. Realizar el control sobre el cumplimiento de las funciones correspondientes al personal docente y administrativo y reportar las novedades e irregularidades del personal a la secretaría de educación distrital, municipal, departamental o quien haga sus veces.

10.7. Administrar el personal asignado a la institución en lo relacionado con las novedades y los permisos.

10.8. Participar en la definición de perfiles para la selección del personal docente, y en su selección definitiva

10.9. Distribuir las asignaciones académicas, y demás funciones de docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo, de conformidad con las normas sobre la materia.

10.10. Realizar la evaluación anual del desempeño de los docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo.

10.11. Imponer las sanciones disciplinarias propias del sistema de control interno disciplinario de conformidad con las normas vigentes.

10.12. Proponer a los docentes que serán apoyados para recibir capacitación.

10.13. Suministrar información oportuna al departamento, distrito o municipio, de acuerdo con sus requerimientos.

10.14. Responder por la calidad de la prestación del servicio en su institución.

10.15. Rendir un informe al Consejo Directivo de la Institución Educativa al menos cada seis meses.

10.16. Administrar el Fondo de Servicios Educativos y los recursos que por incentivos se le asignen, en los términos de la presente ley.

10.17. Publicar una vez al semestre en lugares públicos y comunicar por escrito a los padres de familia, los docentes a cargo de cada asignatura, los horarios y la carga docente de cada uno de ellos.

10.18. Las demás que le asigne el gobernador o alcalde para la correcta prestación del servicio educativo (...)"

De manera general, las facultades de los Rectores y Directores Rurales se encuentran consignadas en el artículo 2.3.3.1.5.8 del Decreto 1075 de 2015.

"Artículo 2.3.3.1.5.8. Funciones Del Rector. Le corresponde al rector del establecimiento educativo:

a. Orientar la ejecución del proyecto institucional y aplicar las decisiones del gobierno escolar;

b. Velar por el cumplimiento de las funciones docentes y el oportuno aprovisionamiento de los recursos necesarios para el efecto;

c. Promover el proceso continuo de mejoramiento de la calidad de la educación en el establecimiento;

d. Mantener activas las relaciones con las autoridades educativas, con los patrocinadores o auspiciadores de la institución y con la comunidad local, para el continuo progreso académico de la institución y el mejoramiento de la vida comunitaria;

e. Establecer canales de comunicación entre los diferentes estamentos de la comunidad educativa;

f. Orientar el proceso educativo con la asistencia del Consejo Académico;

g. Ejercer las funciones disciplinarias que le atribuyan la Ley, los reglamentos y el manual de convivencia;

h. Identificar las nuevas tendencias, aspiraciones e influencias para canalizarlas en favor del mejoramiento del proyecto educativo institucional;

- i. Promover actividades de beneficio social que vinculen al establecimiento con la comunidad local;
- j. Aplicar las disposiciones que se expidan por parte del Estado, atinentes a la prestación del servicio público educativo, y
- k. Las demás funciones afines o complementarias con las anteriores que le atribuya el proyecto educativo institucional". (...)

De lo anterior, es posible afirmar que, respecto del manejo de las instituciones educativas, el rector o director rural es el administrador del gasto de los recursos de los Fondos de Servicios Educativos de conformidad con lo establecido en la Ley y se encuentran autorizados para celebrar los contratos que hayan de pagarse con cargo a dichos recursos. No obstante, las normas citadas no otorgan la función a los rectores de llevar a cabo el proceso contractual de las tiendas escolares, pues como quedó claro, es una función propia de quien tenga la administración de los bienes al servicio del estado, es decir, de la entidad territorial certificada en educación.

2.5. Funciones de los Consejos Directivos de las IE.

El artículo 2.3.3.1.5.6. del Decreto 1075 de 2015 (DURSE), establece que los Consejos Directivos del establecimiento educativo de educación preescolar, básica y media, tendrán las siguientes funciones:

“Funciones del Consejo Directivo. Las funciones del Consejo Directivo de los establecimientos educativos serán las siguientes:

a) Tomar las decisiones que afecten el funcionamiento de la institución, excepto las que sean competencia de otra autoridad, tales como las reservadas a la dirección administrativa, en el caso de los establecimientos privados; [...]

l) Establecer el procedimiento para permitir el uso de las instalaciones en la realización de actividades educativas, culturales, recreativas, deportivas y sociales de la respectiva comunidad educativa;

[...]” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 2.3.1.6.3.5 (DURSE) respecto de las funciones de los Fondos de Servicios Educativos el Consejo Directivo tendrá las funciones que se enuncian a continuación:

“Funciones del consejo directivo. En relación con el Fondo de Servicios Educativos, el consejo directivo cumple las siguientes funciones:

[...]

8. Autorizar al rector o director rural para la utilización por parte de terceros de los bienes muebles o inmuebles dispuestos para el uso del establecimiento educativo, bien sea gratuita u onerosamente, previa verificación del procedimiento establecido por dicho

órgano escolar de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1860 de 1994, en la manera en que queda compilado en el presente Decreto." (Negrilla fuera de texto)

Es preciso señalar que el numera 8 del artículo 2.3.1.6.3.5 DURSE, debe interpretarse de forma articulada o en conjunto con el literal l) del artículo 2.3.3.1.5.6. ibídem, es decir, el consejo directivo debe autorizar la utilización por parte de terceros del establecimiento educativo para el desarrollo de actividades educativas, culturales, recreativas, deportivas y sociales de la respectiva comunidad educativa, es decir, no están facultados para autorizar a los rectores de los colegios oficiales para contratar el servicio de cafetería que se preste en los establecimientos educativos, pues como se ha señalado en el presente escrito, esto es competencia del ente territorial certificado en educación.

3. Conclusiones.

Primera. Los establecimientos educativos oficiales son bienes fiscales que son administrados por el respectivo departamento en aquellos municipios no certificados o por el municipio o distrito certificado en educación, puesto que hacen parte del sector central de la administración territorial, sin personería jurídica.

Segunda. En atención a su consulta, es preciso señalar que de conformidad con las normas analizadas y teniendo en cuenta que la Secretaría de Educación es un organismo del sector central de la administración y que los institutos educativos hacen parte de ésta, la facultad para celebrar los contratos sobre los espacios donde funcionan las cafeterías o tiendas escolares la tiene la Secretaría de Educación

Tercera. El rector del establecimiento educativo público no tiene competencias legales asignadas para disponer la contratación de las tiendas escolares, puesto que dicha función se encuentra en cabeza de la respectiva entidad territorial certificada en educación.

Los rectores únicamente podrán disponer de dicha contratación, en los casos en que haya delegación o asignación expresa de dicha de función.

Cuarta. El ente territorial certificado en educación debe determinar el destino de los ingresos recaudados por concepto de arrendamiento de los espacios asignados para tiendas escolares o cafeterías.

Quinta. Sin perjuicio de la autonomía con la que cuentan los establecimientos educativos para expedir su reglamento, respetando los límites y remisiones legales establecidas, compete a la Secretaría de Educación respectiva ejercer el control interno y dar asesoría financiera y jurídica a la institución, así como orientación para la elaboración o actualización del manual de contratación de los fondos de servicios educativos a adoptar por el Consejo Directivo.

Sexta. Independientemente de lo dicho anteriormente no puede perderse de vista que el fin último de las tiendas escolares en las instituciones de educación no puede ser otro que brindar opciones de alimentación nutritiva para los niños, niñas y adolescentes vinculados a éste. Por esta razón, corresponderá garantizar que tal función cumpla con los

requerimientos mínimos para producción y expendio de alimentos, de conformidad con las normas que en la materia se encuentren vigentes.

El anterior concepto se emite en los términos del artículo 28 del CPACA Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015, que dispone: "Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución".

Cordialmente,

LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Sentencia T 314 de 2012.

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