



MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

CONCEPTO 28396 DE 2019

(marzo 8)

Bogotá D.C.,

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Ampliacion oferta educativa.

OBJETO DE LA CONSULTA.

“ [...] 1. Cuál sería el marco legal que respalde la decisión del Ente Territorial de autorizarles (según demanda), a los centros educativos que tienen legalmente facultado ofrecer el servicio en el nivel de preescolar, ampliar progresivamente (grado por grado Vs año lectivo por año) la oferta de básica solo en el ciclo de primaria, garantizando el correspondiente cumplimiento de requisitos para tramitar la modificación a la licencia de funcionamiento y que cuenta con la infraestructura física y medio educativos. Ejemplo grado 1o en el año 2.019, grado 2o en 2.020 y así sucesivamente.

2. En caso de no ser posible darle tratamiento a la solicitud como si se fuere de un trámite de novedad a la licencia de funcionamiento por ampliación del servicio, cuál sería la alternativa normativa.” [...] [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.

Marco jurídico

1.1. Constitución Política de Colombia.

1.2. Ley [115](#) de 1994. "Por la cual se expide la ley general de educación".

1.3. Ley 804 de 2016. “ Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones”

1.4. Ley [7](#) de 1979. “Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones.”

Decreto [1075](#) de 2015. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación."

2. Análisis

Con el fin de atender la petición objeto de consulta se deben hacer claridad de algunos conceptos enunciados en su consulta: i) Sistema Educativo ii) Guarderías y jardines, iii) De los establecimientos educativos; iv) Licencia de funcionamiento; y v) Conclusiones.

2.1. Sistema Educativo

En primer lugar, conviene precisar que el artículo [67](#) de la Constitución Política de 1991 establece que la educación es obligatoria entre los 5 y 15 años de edad y comprende como mínimo un año de preescolar:

"Artículo [67](#). (...)

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. (...)" (subrayado fuera de texto)

En desarrollo del Sistema Educativo anterior, los artículos [11](#) y siguientes de la Ley 115 de 1994 disponen que la educación formal comprende tres niveles y que la educación preescolar comprende como mínimo un grado obligatorio."

"Artículo [11](#). Niveles de la educación formal. La educación formal a que se refiere la presente Ley, se organizará en tres (3) niveles:

1. El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio;
2. La educación básica (...)
3. La educación media (...)"

"Artículo [15](#). Definición de educación preescolar. La educación preescolar corresponde a la ofrecida al niño para su desarrollo integral en los aspectos biológico, cognoscitivo, sicomotriz, socioafectivo y espiritual, a través de experiencias de socialización pedagógicas y recreativas."

(...)

"Artículo [17](#). Grado obligatorio. El nivel de educación preescolar comprende, como mínimo, un (1) grado obligatorio en los establecimientos educativos estatales para niños menores de seis (6) años de edad."

Por su parte, el artículo [2.3.3.2.2.1.2](#). del Decreto Nacional 1075 de 2015 (Decreto único Reglamentario del Sector Educación DURSE) establece que el grado de transición del nivel de preescolar se ofrece a menores de 5 años y corresponde al grado obligatorio establecido en la Constitución. Veamos:

"Artículo [2.3.3.2.2.1.2](#). Grados. La prestación del servicio público educativo del nivel preescolar se ofrecerá a los educandos de tres (3) a cinco (5) años de edad y comprenderá tres (3) grados, así:

1. Prejardín, dirigido a educandos de tres (3) años de edad.
2. Jardín, dirigido a educandos de cuatro (4) años de edad.
3. Transición, dirigido a educandos de cinco (5) años de edad y que corresponde al grado obligatorio constitucional.

Los establecimientos educativos estatales y privados, que al 11 de septiembre de 1997 utilicen denominaciones distintas, deberán ajustarse a lo dispuesto en este artículo.

Parágrafo. La denominación grado cero que viene siendo utilizada en documentos técnicos oficiales, es equivalente a la de Grado de Transición, a que se refiere este artículo.(Decreto 2247 de 1997, artículo [20](#)). (subrayado fuera de texto)

Como conclusión de las normas citadas, podemos tener que, la educación es obligatoria desde los 5 años de edad y comprende como mínimo el grado de transición del nivel de preescolar.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista que el artículo [5](#) de la Ley 1804 de 2016, establece como derecho de los niños menores de 6 años la educación inicial. Veamos:

"Artículo [5o](#). La educación inicial. La educación inicial es un derecho de los niños y niñas menores de seis (6) años de edad. Se concibe como un proceso educativo y pedagógico intencional, permanente y estructurado, a través del cual los niños y las niñas desarrollan su potencial, capacidades y habilidades en el juego, el arte, la literatura y la exploración del medio, contando con la familia como actor central de dicho proceso.

Su orientación política y técnica, así como su reglamentación estarán a cargo del Ministerio de Educación Nacional y se hará de acuerdo con los principios de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre.

La reglamentación será de obligatorio cumplimiento para toda la oferta oficial y privada, nacional y territorial y definirá los aspectos relativos a la prestación, inspección, vigilancia y control de este derecho y proceso."

2. Guarderías y jardines infantiles

Ahora respecto a las guarderías y jardines que ofrecen el servicio de cuidado a menores de 5 años, la Ley [7](#) de 1979 determina con claridad que el ICBF será el responsable en hacer inspección y vigilancia a estos establecimientos, veamos:

"Artículo [21](#). El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones:

1. Ejecutar las políticas del Gobierno Nacional en materia de fortalecimiento de la familia y protección al menor de edad;

(...).6. Asistir al Presidente de la República en la inspección y vigilancia de que trata el ordinal 19 del artículo [120](#) de la Constitución Nacional, sobre las instituciones de utilidad común que tengan como objetivo la protección de la familia y de los menores de edad.;

7. Señalar y hacer cumplir los requisitos de funcionamiento de las instituciones y de los establecimientos de protección del menor de edad y la familia y de las instituciones que desarrollen programas de adopción.

8. Otorgar, suspender y cancelar licencias funcionamiento para establecimientos públicos o privados de protección al menor y a la familia y a instituciones que desarrollen programas de adopción.

Para que pueda otorgarse Personería jurídica a las instituciones que tienen por objeto la protección del menor de edad se requiera concepto previo y favorable del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; (...).

11. Recibir y distribuir los recursos y auxilios que se incluyan en el Presupuesto Nacional con destino a entidades oficiales o particulares que se ocupen de programas de protección del menor de edad y a la familia e inspeccionar la inversión de los mismos;

(...).14. Crear programas de protección preventiva y especial para menores de edad, la mismo que auxiliar técnica y económicamente a los organismos de esta naturaleza existentes en el país, cuando lo considere conveniente; (...). (subrayado fuera texto).

Aunado a lo anterior, se pone en contexto el concepto jurídico proferido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar No. 135 de 2013, mediante el cual, en uno de sus apartes, afirma:

" (...) (2.3) Reconocimiento de las personerías jurídicas para los programas que prestan servicios de protección Integral por el ICBF

El artículo 50 de la Ley 75 de 1968 creó el ICBF como un establecimiento público dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyo objeto es propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger a los niños, niñas y los adolescentes y garantizarles sus derechos.

El numeral 8 del artículo [21](#) de la Ley 7 de 1979 le atribuyó al ICBF la facultad de otorgar personería jurídica a las instituciones que tienen por objeto la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como de conceder, suspender y cancelar las licencias de funcionamiento para establecimientos públicos o privados de protección al menor de edad y a la familia y a las instituciones que desarrollen programas de adopción.

El artículo [16](#) del Código de la Infancia y la Adolescencia establece el deber de vigilancia del Estado a todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el ICBF o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, niñas y adolescentes, y ratifica la competencia del ICBF como ente rector, coordinador y articulador del Sistema nacional de Bienestar Familiar para otorgar, reconocer, renovar, suspender y cancelar las personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones del sistema."

Entonces, sobre este punto podemos determinar que, los establecimientos que prestan el servicio de cuidado y protección al menor desde la gestación hasta los cinco años, conocidos comúnmente como "guarderías", no son establecimientos educativos del sector administrativo de educación en sentido legal estricto; sino instituciones que prestan servicios a cargo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar

2.3. Establecimientos educativos

El servicio público educativo puede ser prestado por el Estado o por particulares. Los establecimientos educativos que ofrezcan el servicio público de educación formal en los niveles de preescolar, básica y media deben contar con un acto de reconocimiento de carácter oficial (públicos) o licencia de funcionamiento (privados) que los habilite legalmente para ofrecer dicho servicio, de conformidad con lo establecido por la Ley [115](#) de 1994[1].

A su vez, el artículo [138](#) de la Ley 115 de 1994 define los establecimientos educativos como toda institución de carácter oficial, privada o de economía solidaria organizada con el fin de prestar el servicio público educativo en los términos fijados en dicha ley.

"Artículo [138](#). Naturaleza y condiciones del establecimiento educativo. Se entiende por establecimiento educativo o institución educativa, toda institución de carácter

estatal, privada o de economía solidaria organizada con el fin de prestar el servicio público educativo en los términos fijados por esta Ley.

El establecimiento educativo debe reunir los siguientes requisitos:

- 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. (...)" (subrayado fuera de texto)

Licencia de Funcionamiento

Ahora bien, el Decreto [1075](#) de 2015, respecto del reconocimiento oficial (establecimientos públicos) y las licencias de funcionamiento (establecimientos privados), indicó:

"Artículo [2.3.2.1.2](#). Licencia de funcionamiento. Licencia de funcionamiento es el acto administrativo motivado de reconocimiento oficial por medio del cual la secretaría de educación de una entidad territorial certificada autoriza la apertura y operación de un establecimiento educativo privado dentro de su jurisdicción.

Debe especificar el nombre, razón social o denominación del propietario del establecimiento educativo, quien será el titular de la licencia, Número de Identificación DANE y nombre completo del establecimiento educativo, ubicación de su planta física, niveles, ciclos y modalidades que ofrecerá, número máximo de estudiantes que puede atender y tarifas de matrícula y pensión para los grados que ofrecerá durante el primer año de funcionamiento. (Decreto 3433 de 2008, artículo [2o](#))."

Así mismo, de conformidad con lo establecido por la Ley [115](#) de 1994 y el artículo [2.3.7.1.3](#) del Decreto 1075 de 2015, corresponde a las entidades territoriales certificadas en educación ejercer la inspección y vigilancia del servicio público educativo:

"Artículo [2.3.7.1.3](#). Objeto. La inspección y vigilancia del servicio público educativo estará orientada a velar por el cumplimiento de los mandatos constitucionales sobre educación y de los fines y objetivos generales de la educación establecidos en la Ley [115](#) de 1994, a procurar y a exigir el cumplimiento de las Leyes, normas reglamentarias y demás actos administrativos sobre el servicio público educativo, a brindar asesoría pedagógica y administrativa para el mejoramiento de las instituciones que lo presten y, en general, a propender por el cumplimiento de las medidas que garanticen el acceso y la permanencia de los educandos en el servicio educativo y las mejores condiciones para su formación integral. (Decreto 907 de 1996, artículo [3o](#))."

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que las Instituciones Educativas que

presten educación preescolar deben contar con: i) licencia de funcionamiento (privados) o reconocimiento de carácter oficial (públicos) expedido por la secretaría de educación; ii) estructura administrativa, planta física y medios educativos adecuados y iii) ofrezcan un proyecto educativo institucional; podrán prestar el servicio de educación

formal en el nivel de preescolar, y serán sujetos a inspección y vigilancia de la respectiva secretaría de educación de la entidad territorial correspondiente.

3. Conclusiones

Primera. Los jardines infantiles serán considerados establecimientos educativos solo en la medida en que presten el servicio de educación formal en el nivel de preescolar; y para el efecto cuenten como mínimo con: i) licencia de funcionamiento (privados) o reconocimiento de carácter oficial (públicos); ii) estructura administrativa, planta física y medios educativos adecuados y iii) ofrezcan un proyecto educativo institucional.

De lo contrario, serán solamente establecimientos que prestan el servicio de cuidado y protección al menor, conocidos comúnmente como guarderías y por ende, no serán establecimientos educativos del sector administrativo de educación en sentido legal estrictísimo instituciones que prestan servicios del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, pertenecientes al sector administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, regulados por el ICBF (ver arts. [21.8](#) de la Ley 7 de 1979, y 2.4.3.3.2.1. al 2.4.3.4.5. del Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación Decreto Nacional 1084 de 2015).

Segunda. La creación de un nuevo establecimiento de educación formal privado exige el cumplimiento de unas condiciones mínimas, que son requisito para que la secretaría de educación autorice su apertura y operación, mediante la expedición de una licencia de funcionamiento. Este requisito es un acto administrativo de reconocimiento oficial por medio del cual la Secretaría de Educación autoriza la apertura y operación en su entidad territorial.

Tercera. Es importante señalar que, de conformidad con lo prescrito en las Leyes [115](#) de 1994 y [715](#) de 2001, así como el Decreto 1075 de 2015, corresponde a las entidades certificadas en educación, velar por la inspección y vigilancia de la adecuada prestación del servicio educativo.

Finalmente, el Ministerio de Educación Nacional tiene a disposición de las Secretarías de Educación y de los ciudadanos el marco normativo de la educación o "Normograma" en el cual se compilan las normas expedidas por el Ministerio de Educación Nacional y por otras entidades públicas. En este encontrará Leyes, Decretos, Resoluciones, Directivas y Circulares, entre otros documentos, con análisis de vigencia y concordancias. Para acceder a través del link de normatividad:

<https://www.mineduccion.gov.co/1759/w3propertyvalue51455.html>

Igualmente, antes de realizar una consulta al MEN, podrá acceder a la base de conceptos emitidos por ésta Oficina Asesora Jurídica y verificar si su consulta ya ha sido resuelta. Podrá acceder a través del link:

<https://www.mineduccion.gov.co/1759/w3propertyvalue49839.html>

El anterior concepto se emite en los términos contemplados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, "Por medio de la cual se

regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" y que indica que: "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

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