

Bogotá D.C.

Doctor
VICTOR RAÚL YEPES FLOREZ
Secretario de la Comisión VII de
Edificio Nuevo del Congreso
Bogotá D.C.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL 03-14-2018 3:04:29 PM
Al contestar cite este No. 2018-EE-042043 FOL:1 ANEX:0
Origen: Despacho del Ministro
Destino: Congreso de la República de Colombia / VICTOR RAUL YEPES FLOREZ
Asunto: Concepto Proyecto de Ley 183 de 2017 Cámara
a Cámara.

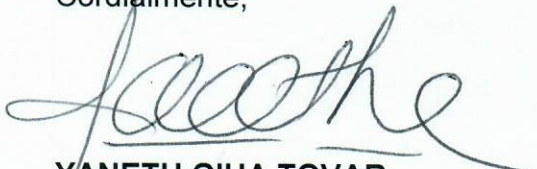
Asunto: Concepto a Proyecto de Ley No. 183 de 2017 – Cámara.

Respetado Doctor:

Adjunto remito el concepto del Ministerio de Educación Nacional sobre el proyecto de Ley No. 183 – 2017 - Cámara «**Por la cual se establecen estímulos laborales para los estudiantes del nivel profesional, tecnológico y técnico profesional con los mayores puntajes en el Examen de Calidad para la Educación Superior (ECAES) y se dictan otras disposiciones**».

Solicitamos de manera atenta, tener en cuenta las observaciones que este Ministerio realiza sobre el proyecto de ley.

Cordialmente,


YANETH GIHA TOVAR
Ministra de Educación Nacional

C.C. H.R. Luis Horacio Gallón Arango - Autor
H.R. Óscar de Jesús Hurtado Pérez - Ponente



**CONCEPTO DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**

Proyecto de Ley No. 183 de 2017 Cámara «Por la cual se establecen estímulos laborales para los estudiantes del nivel profesional, tecnológico y técnico profesional con los mayores puntajes en el Examen de Calidad para la Educación Superior (ECAES) y se dictan otras disposiciones»

I. CONSIDERACIONES DE CONSTITUCIONALIDAD.**Respecto del artículo 1:**

«ARTÍCULO 1: El Gobierno Nacional dispondrá anualmente de al menos 100 cargos del nivel profesional, 100 cargos del nivel tecnológico y 100 cargos del nivel técnico profesional, de acuerdo a lo requerido por las diferentes entidades, esto en reconocimiento a los estudiantes con los mayores puntajes en el Examen de Calidad para la Educación Superior (ECAES).»

1. En relación con el mérito para ingresar al servicio público.

Este Ministerio reconoce la loable intención plasmada en la iniciativa legislativa, encaminada a conceder oportunidades de empleo a la población recién egresada, con fundamento en los resultados del examen de Estado Saber Pro. Sin embargo, considera que ello podría contrariar la Carta Política, y el sistema de carrera administrativa consagrado en el texto superior para el ingreso de personal al servicio público, que al respecto dispone:

«ARTICULO 125: Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (...).»





Múltiples desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios han surgido de esta norma, en tanto se constituye en el fundamento esencial de la vinculación laboral del personal de las entidades públicas. La Corte Constitucional, en uno de sus varios pronunciamientos en la materia, analizó de este modo el mencionado artículo:

«El art. 125 de la Constitución constituye uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el sistema de la función pública. En efecto, dicha norma contiene una pluralidad de principios que rigen dicha función, a saber:

a) Determina, como regla general, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y exceptúa de ésta los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los correspondientes a los trabajadores oficiales, vinculados a aquél mediante una relación de trabajo, y los demás que determine la ley.

b) Señala el mecanismo del concurso público, cuando no exista en la Constitución o en la ley un sistema que determine la forma como deba hacerse la provisión de un empleo, e igualmente recurre a la fórmula del concurso, al advertir que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a los mismos "se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes".

c) Instituye como causales básicas para el retiro, además de las previstas en la Constitución y la ley, la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y la violación del régimen disciplinario.

d) Con el fin de garantizar el acceso a la función pública, la permanencia en el empleo y su promoción en el mismo, sin otra consideración que el mérito de los aspirantes, establece que la filiación política no será factor determinante al ingreso, ascenso o permanencia en el empleo».¹

Existe, conforme lo expuesto, una regla general y excepciones. La primera es la carrera administrativa, que ha sido definida por la Corte Constitucional como *«un sistema técnico de administración de personal de los organismos y entidades del Estado cuyo fin es, además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública, y en general de las actividades estatales, ofreciendo igualdad de oportunidades para el ingreso, capacitación y ascenso al servicio público, con base exclusiva en el mérito y en las calidades de los aspirantes.»²*

Las excepciones constitucionales son, además de las mencionadas por el texto fundamental (tratándose de servidores públicos de libre nombramiento y remoción,

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-256 del 6 junio de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Reiterada por la misma Corporación en Sentencia C-110 del 24 de febrero de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

² Corte Constitucional. Sentencia C-486 del 4 de mayo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



trabajadores oficiales y de elección popular) aquellas determinadas por la ley. Claro está que, dichas excepciones están restringidas a que se respeten los principios constitucionales del empleo público y los derechos fundamentales de quienes laboran al servicio de las entidades públicas. En tal sentido, ha puntualizado la Corte Constitucional:

«(...) que resulta totalmente contrario a los postulados de la Constitución que a través de la facultad de exceptuar ciertos cargos de la carrera administrativa se instituyan discriminaciones injustificadas e irrazonables entre servidores del Estado. Por lo tanto, ha sostenido que “cabe la exclusión de la carrera por vía legal, siempre que existan motivos fundados para consagrar distinciones entre los servidores del Estado. De lo contrario, se quebranta el principio de igualdad plasmado en el artículo 13 de la Carta y, por consiguiente, la norma respectiva deviene necesariamente en inexecutable”³.

En consideración con lo expuesto, podemos vislumbrar reparos adicionales, tal como se expondrá a continuación:

2. El proyecto busca privilegiar el criterio académico para ingresar al servicio público.

De la iniciativa legislativa se tiene que esta pretende imponer a: «El Gobierno Nacional» (artículo 1) «Los Departamentos» (artículo 2) y «Los Municipios» (artículo 3), la obligación de destinar un cierto número de cargos públicos en niveles profesional, tecnológico y técnico profesional únicamente «a los estudiantes –a nivel nacional o regional- con los mayores puntajes en el Examen de Calidad para la Educación Superior (ECAES)», motivo por el cual, a juicio de este Ministerio, el criterio empleado por el Legislador desarrolla apenas uno de los aspectos que deben tenerse en cuenta para la escogencia del personal al servicio del Estado, el de **formación académica**, omitiendo así las condiciones de competencia y experiencia que, en conjunto, desarrollan el principio de mérito que orienta el ingreso, ascenso y permanencia de los cargos de carrera administrativa.

En efecto, el principio constitucional del mérito que irradia todo el sistema de provisión de cargos públicos busca que el Estado cuente «con servidores cuya **experiencia, conocimiento y dedicación** garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública»⁴. (Subrayas y negrillas nuestras). Nótese como la evaluación del componente académico del aspirante a un cargo público es solo uno de los elementos a tener en cuenta para el ingreso a la función pública.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-1177 del 8 de noviembre de 2001. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-086 del 17 de febrero de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En términos legales, es pertinente recordar que este principio busca que el ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa se determinen «*por la demostración permanente de las calidades académicas, **la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos***» (Literal (a), artículo 28 de la Ley 909. Subrayas y negrillas fuera de texto.)

En este orden de ideas, la idoneidad de quienes conforman el personal al servicio del Estado debe valorarse a través de las etapas y pruebas de los concursos de méritos, los cuales «*deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencias, idoneidad física y moral, condiciones de personalidad y sentido social, entre otras aptitudes y cualidades, de los candidatos*»⁵, atributos que no se predicen exclusivamente del buen desempeño en un examen cuya medición se enfoca fundamentalmente en el rendimiento académico.

Respecto a ello, cabe recordar que de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1324 de 2009, los «*Exámenes de Estado*» tienen como objetivo, proporcionar información que permita el mejoramiento de la calidad educativa, así como servir de instrumento para que el Ministerio de Educación Nacional pueda ejercer sus funciones de control y vigilancia.

En esa medida, el artículo 7 de la Ley 1324 de 2009, consagra: «*Los exámenes de Estado. Para cumplir con sus deberes de inspección y vigilancia y proporcionar información para el mejoramiento de la calidad de la educación, el Ministerio de Educación debe conseguir que, con sujeción a los parámetros y reglas de esta ley, se practiquen "Exámenes de Estado" (...)*»

Con base en lo anterior, a criterio de este Ministerio, el proyecto de Ley podría estar inmerso en contravenciones de carácter constitucional, puesto que estaría incluyendo un criterio diferenciador sin justificación alguna entre los estudiantes que obtengan un puntaje sobresaliente en las Pruebas Saber Pro, a quienes se les eximiría automáticamente de presentarse a concurso y solo se les tendría en cuenta este aspecto para ingresar al servicio público; y las personas que ingresan regularmente a los concursos de méritos, quienes están sometidos a múltiples pruebas que evalúan no solo su condición académica, sino otras cualidades importantes para determinar su aptitud para el cargo que aspiran.

3. Introduce una categoría confusa e incompleta en la clasificación de trabajadores al servicio del Estado.

Siguiendo el articulado, parecieran existir dos tipos de beneficiarios de este proyecto de norma: **i)** quienes habiendo obtenido un alto puntaje en el examen de Estado ocupen alguno de los cargos del orden nacional (artículo 1), departamental (artículo 2), o

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-181 del 17 de marzo de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





municipal (artículo 3), dispuestos en virtud de esta proposición; y **ii**) quienes, siendo uno de los mayores puntajes de las Pruebas Saber Pro, concursen para ingresar a la carrera administrativa, evento en el cual existirá *«preferencia frente a los demás como estímulo al excelente resultado académico»* (artículo 4).

Sin embargo, en relación con el primer grupo, se observa que la iniciativa podría estar creando una nueva excepción a la carrera administrativa sin los elementos mínimos que permitan su constitucionalidad. En este orden de ideas, resultan útiles las consideraciones que la Corte Constitucional ha expuesto en relación con los sistemas específicos de carrera:

«Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.»⁶

Así pues, ésta Entidad considera que de ser aprobada la iniciativa, se podrían generar unos vacíos jurídicos por cuanto: **i**) no se establece expresamente si los estudiantes gozarían de derechos de carrera administrativa, lo que imposibilita determinar la procedencia o no de algunas situaciones administrativas como son los encargos, las comisiones de estudio, las comisiones para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, los permisos, entre otras y **ii**) sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5 de la iniciativa, no hay claridad sobre las reglas que determinen la permanencia y retiro del servicio de estos estudiantes, a pesar de establecer el término de duración de la vinculación laboral en un año, por lo tanto, se genera la incertidumbre si son aplicables por ejemplo, las normas generales previstas para los servidores de carrera administrativa o las que son propias de los servidores de libre nombramiento y remoción.

II. CONSIDERACIONES DE CONVENIENCIA.

1. Respecto al artículo 4 del proyecto de Ley.

«La Comisión Nacional del Servicio Civil, tendrá en cuenta en los concursos para proveer cargos públicos, a los estudiantes con los mayores puntajes en el Examen de Calidad para la Educación Superior (ECAES), con preferencia frente a los demás como estímulo al excelente resultado académico».

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-563 del 17 de mayo de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.



Es de anotar que, el artículo 2 numeral 3º de la Ley 403 de 1997 y el artículo 131 de la Ley 1448 de 2011 establecen criterios de desempate para los participantes de concursos públicos de méritos que, al momento de conformar la correspondiente lista de elegibles, obtengan el mismo puntaje. De esta forma, se privilegia en primer lugar, a las víctimas del conflicto armado y en segundo lugar, a las personas que votaron en la última jornada electoral que haya sido organizada por el Estado colombiano.

Entonces, si bien puede parecer acertado adicionar como criterio de desempate los resultados obtenidos en las Pruebas Saber Pro, pues se constituye en una estrategia para fomentar la aplicación de dicho examen, es importante que en la iniciativa se indique el orden de prevalencia de dicho criterio frente a los otros que han sido establecidos por las leyes 403 de 1997 y 1448 de 2011. Así las cosas, esta Entidad considera que el nuevo criterio propuesto, únicamente prevalezca frente al previsto en la primera norma del año 1997 aquí indicada.

III. CONCLUSIONES.

El Ministerio de Educación Nacional reconoce la importancia de la iniciativa orientada a reconocer a las personas que por su excelente mérito académico obtengan resultados sobresalientes en el Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior - Prueba Saber Pro-, antes -ECAES-, no obstante, por las razones expuestas, considera que el proyecto de ley analizado puede no estar ajustado a los postulados constitucionales, en especial, al principio del mérito consagrado en el artículo 125 Superior. Motivo por el cual, respetuosamente solicita considerar la eliminación de los artículos 1, 2, 3, 5 y ajustar la redacción del artículo 4 del proyecto de ley No. 183 de 2017 Cámara.

Aprobó: Martha Lucia Trujillo Calderón - Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Dayan Eliana González – Coordinadora Grupo Normatividad. OAJ

Proyectó: Emmanuel Enríquez Chenás – Grupo Normatividad OAJ

Basado en Concepto Técnico emitido por la Dirección de Fomento de la Educación Superior.