

1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Honorable Congresista
OSCAR DE JESÚS HURTADO PÉREZ
Comisión Séptima Constitucional Permanente
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8 – 68
Ciudad

Asunto: Comentarios frente al texto de ponencia para primer debate al 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"*.

Respetado Presidente,

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El Proyecto, de iniciativa parlamentaria, tiene por objeto implementar los siguientes estímulos como reconocimiento a los estudiantes con los mayores puntajes en el Examen de Calidad para la Educación Superior (ECAES): (i) el Gobierno nacional dispondrá anualmente de al menos 100 cargos del nivel profesional, 100 cargos de nivel tecnológico y 100 cargos del nivel técnico profesional; (ii) los departamentos dispondrán de al menos 20 cargos del nivel profesional, 20 cargos del nivel tecnológico y 20 cargos del nivel técnico profesional; (iii) los municipios con más de 50.000 habitantes dispondrán de al menos 20 cargos del nivel profesional, 20 cargos del nivel tecnológico y 20 cargos del nivel técnico profesional; y (iv) la Comisión Nacional del Servicio Civil preferirá a los estudiantes con los mejores ECAES en los concursos para proveer cargos públicos. Todos los anteriores cargos contarán con una duración de un año.

Respecto de la creación de los nuevos cargos, tanto a nivel nacional, departamental y municipal, este Ministerio considera importante resaltar que su puesta en marcha requeriría de la inversión de una serie de recursos que generan impacto fiscal tanto para la Nación como para las entidades territoriales. En el caso de la creación de 100 cargos del nivel Profesional, Tecnológico y Técnico Profesional del orden

nacional, de acuerdo con el Decreto 330 de 2018¹, el proyecto tendría los siguientes costos para el Gobierno Nacional:

Tipo de cargo	Asignación básica mensual (Millones de Pesos)	Costo unitario anual ² (Millones de Pesos)	Costo anual 100 cargos (Miles de millones de Pesos)
Nivel Profesional (Grado 1)	\$1.773.036	\$27.482.058	\$2.748 millones
Nivel Tecnológico (Grado 18)	\$2.722.574	\$42.199.897	\$4.220 millones
Nivel Técnico Profesional (Grado 18)	\$2.722.574	\$42.199.897	\$4.220 millones
Total anual sin gastos generales			\$11.188 millones
Total anual con gastos generales ³			\$13.985 millones

Fuente: Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De acuerdo con lo anterior, el costo anual de la implementación de la iniciativa propuesta en el artículo 1 sería de **\$13.985 millones**, incluyendo los 3 niveles de cargo propuestos y los gastos generales de personal para el Gobierno Nacional. Frente a esto, es preciso tener presente lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 617 del 2000⁴:

***“Artículo 92. Control a Gastos de Personal.** Durante los próximos cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, el crecimiento anual de los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no podrá superar en promedio el noventa por ciento (90%) de la meta de inflación esperada para cada año, según las proyecciones del Banco de la República. A partir del sexto año, estos gastos no podrán crecer en términos reales.” (Subrayado fuera del texto).*

De acuerdo con esta norma, los gastos de personal de las Entidades Públicas Nacionales no pueden crecer en términos reales. Por lo tanto, la implementación del Proyecto de Ley Propuesto incumpliría lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 617 del 2000.

Por su parte, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 617 de 2000, las entidades territoriales deben financiar sus gastos de funcionamiento con sus ingresos corrientes de libre destinación, los cuales deben ser suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional, provisionar el pasivo pensional y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma. Así mismo, los municipios y departamentos deben limitar sus gastos de funcionamiento a los porcentajes definidos en los artículos 4 y 6 de la Ley 617 del 2000 sobre los ingresos corrientes de libre destinación, definidos estos como los ingresos corrientes (tributarios y no tributarios) sin incluir las rentas de destinación específica.

1 Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones.

2 La asignación básica mensual se multiplica por 15,5 porque además de las asignaciones básicas el funcionario de planta recibe primas, vacaciones, servicios personales asociados a la nómina, cesantías, bonificación por servicios prestados, etc. Por lo tanto, al tener en cuenta todos esos factores, un funcionario de planta recibe al año el equivalente a 15,5 asignaciones básicas aproximadamente.

3 Se estima que los gastos generales equivalen a un 25% de los gastos totales de personal.

4 Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

Del mismo modo, la Ley 617 del 2000 en su artículo 74 dispone lo siguiente:

"El gobernador y el alcalde en ejercicio de las funciones establecidas en los artículos 305 numeral 7o. y 315 numeral 7o. de la Constitución Política respectivamente, podrán crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley, las ordenanzas y los acuerdos respectivamente. El gobernador con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado. El alcalde no podrá crear obligaciones que excedan el monto globalmente fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado. Para dar cumplimiento a los efectos de la presente ley." (Subrayado fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, la Ley establece disposiciones de disciplina fiscal e impone limitación en gasto, es así como los alcaldes y gobernadores cuentan con una limitación en cuanto a los gastos en los empleos de sus dependencias. Por lo tanto, el Proyecto de Ley iría en contravía de lo dispuesto en esta norma.

Ahora bien, tratándose de creación de gasto resulta pertinente destacar que el artículo 7 de la Ley 819 de 2013 dispone:

Artículo 7º. Análisis del impacto fiscal de las normas. *En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.*

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. (...) ⁵ (Negrita fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, el Proyecto no cumple con los requisitos previstos en el artículo 7 de la Ley 819 de 2013, pues no hace explícita su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo ni incluye expresamente en su exposición de motivos los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento.

Adicionalmente, es de aclarar que las leyes 617 de 2000 y 819 de 2013 corresponden a normas orgánicas de presupuesto, lo que implica que se rigen por los mandatos señalados en los artículos 151 y 352 de la Carta Política, esto es que las normas sobre preparación, aprobación y ejecución de presupuesto de rentas y ley de apropiaciones estarán contenidas en leyes orgánicas de presupuesto. La Corte Constitucional, respecto de las leyes orgánicas, ha señalado que "tienen unas características especiales, esto es, gozan de una prerrogativa especial, por su posición organizadora de un sistema legal que depende de ellas. Estas leyes reglamentan plenamente una materia: son estatutos que abarcan toda la normatividad de una serie

⁵ Congreso de la República. Artículo 7, Ley 819 (9, julio, 2013). Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones. Bogotá, D.C., 2013.

de asuntos señalados expresamente en la Carta Política (Art. 151)⁶". Por lo anterior, reglamentan plenamente una materia constitucional y condicionan, con su normatividad, la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan. Es así como la misma Corte, en Sentencia C-052 de 2015, sobre la jerarquía de las leyes orgánicas ha manifestado que tienen un rango superior frente a las demás leyes:

*"Su importancia está reflejada en la posibilidad de condicionar la expedición de otras leyes al cumplimiento de ciertos fines y principios, a tal punto que llegan a convertirse en verdaderos límites al procedimiento legislativo ordinario y a la regla de mayoría simple, que usualmente gobierna la actividad legislativa"*⁷ (Subrayado fuera del texto)."

Por lo mismo, como se mencionó también en Sentencia C-077 de 2012, la vulneración de normas orgánicas por normas ordinarias de presupuesto *"constituye una violación del mandato constitucional que consagra la sujeción de la legislación ordinaria a la legislación orgánica en los contenidos correspondientes. Por ello, la violación de la reserva de ley orgánica por la ley ordinaria, es una vulneración del artículo 151 de la Constitución Política."*⁸

Como consecuencia de lo anterior, el proyecto de ley resulta inconstitucional, siendo evidente la contradicción en la que incurrirían las propuestas de creación de cargos, toda vez que para su cumplimiento se superaría la previsión orgánica relativa a los techos de gasto de personal permitidos anualmente para la Nación y las entidades territoriales; además, para estas últimas se superaría la equivalencia que debe existir entre los gastos de funcionamiento y los porcentajes orgánicos exigidos para los ingresos corrientes de libre destinación

Por otro lado, en relación con la propuesta del artículo 4 del Proyecto de Ley que dispone "La Comisión Nacional de 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", es necesario tener presente el artículo 125 de la Constitución Política, el cual dispone lo siguiente sobre los empleos del Estado:

"Artículo 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. (...)"

6 Corte Constitucional. Sentencia C-337 de 1992. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-052 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-077 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

En desarrollo de este postulado constitucional, se expidió la Ley 909 de 2004⁹ la cual en su artículo 28 estableció el Principio de Libre Concurrencia e Igualdad en el Ingreso, consistente en que "Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole." En este sentido, para acceder a un empleo público o la carrera administrativa, todos los participantes deben cumplir con los mismos requisitos y de igual forma tienen que acreditarlos, sin preferencias o excepciones para ciertos participantes. Así mismo, el Principio de Concurrencia e Igualdad en el Ingreso se relaciona estrechamente con el artículo 13 de la Constitución Política, el cual establece el derecho a la igualdad y dispone que todas las personas recibirán el mismo trato por parte de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ningún tipo de discriminación.

En relación con esto, teniendo en cuenta el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución y el cumplimiento de requisitos de los empleos estatales establecido en el artículo 125 de la Carta, la Corte Constitucional en Sentencia C-1177 de 2001, señaló lo siguiente:

"(...) 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 inexequible"¹⁰. (Subrayado fuera del texto).

Por lo tanto, lo dispuesto en el artículo 4 del Proyecto vulneraría el espíritu del artículo 125 de la Constitución sobre el acceso a los empleos de carrera con el pleno cumplimiento de los requisitos, méritos y condiciones y lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta sobre el Derecho a la igualdad por parte del Estado, desarrollado por el Principio de Libre Concurrencia e Igualdad en el Ingreso al empleo público consagrado en la Ley 909 de 2004.

Adicionalmente, en cuanto al mismo artículo 4 del Proyecto vale la pena hacer referencia al numeral a) del artículo 28 de la Ley 909 de 2004 que define el Principio de Mérito para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, "según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las **calidades académicas, la experiencia y las competencias** requeridas para el desempeño de los empleos". En desarrollo de este Principio la Corte Constitucional en Sentencia C-181 de 2010 estableció que "las etapas y pruebas de un concurso 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."¹² Por tanto, no es suficiente evaluar y demostrar el resultado de un examen, pues se hace necesario tomar en cuenta otros componentes como la experiencia, las competencias, la idoneidad moral, las condiciones de personalidad y el sentido social, entre otras. Luego, para este Ministerio el artículo 4 del Proyecto al señalar que los estudiantes con los mayores ECAES tendrán preferencia frente a los demás corre el riesgo de vulnerar el Principio de Mérito Consagrado en la Ley 909 de 2004.

⁹ Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1177 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹² Corte Constitucional. Sentencia. C-181 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

A su vez, el artículo 5 del Proyecto señala que los cargos otorgados como estímulo laboral "contarán con una duración de un año". Al respecto, no es posible asegurar ni garantizar la permanencia de un servidor público en un empleo, pues no se puede obviar que el desempeño del trabajador con ocasión del cumplimiento de sus funciones permite su evaluación permanente y justifican las causales de retiro del servicio y las situaciones que llevan a la pérdida de los derechos de carrera administrativa por parte de los servidores públicos. Por lo tanto, si en la ejecución de los cargos propuestos en el Proyecto se llega a presentar alguna de estas causales o situaciones, el hecho de garantizar que estos cargos tengan una duración mínima de un año iría en contravía de las reglas connaturales de todo empleo, y en este caso específicamente con lo dispuesto sobre el particular en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004. Además, esa permanencia reforzada para estas personas daría lugar a un trato discriminatorio respecto de los demás empleados públicos.

Finalmente, cabe señalar que el Proyecto de Ley no especifica algunos aspectos que deberían tenerse en cuenta para la implementación de los beneficios propuestos. En primer lugar, no señala cuál sería el tipo de vinculación de los beneficiarios, si estos serían empleados de carrera administrativa o funcionarios de libre nombramiento y remoción. En segundo lugar, no establece cuáles son las reglas para que el Gobierno Nacional, los departamentos y los municipios seleccionen cuales son las entidades que proveerán los cargos o la cantidad de cargos por cada carrera profesional. En tercer lugar, el proyecto no es claro en determinar si los cargos que se asignarán serán nuevos o corresponderán a cargos de planta existentes y vacantes.

Por lo anterior, esta Cartera se abstiene de emitir concepto favorable a la iniciativa presentada, no sin antes manifestar la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,

Paula Acosta

PAULA ACOSTA

Viceministra General

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

OAJ/DAF/DGRPN

MCMR/GARC/APPC

UJ-300/18



Con Copia a:

H.R. Horacio Gallón Arango - Autor

H.R. Oscar Hurtado Pérez - Ponente

Dr. Víctor Raúl Yepes Flórez - Secretario de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes.

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia

Código Postal 111711

Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

www.minhacienda.gov.co