



La educación es de todos

Mineducación

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL04-23-2019 5:47:10 PM
Al contestar cite este No. 2019-EE-050938 FOL:1 ANEX:0
Origen: Asesores del despacho
Destino: Senado de la Republica / Diana Marcela Morales R
Asunto: Concepto PL. 293 de 2018 2019ER90155

Bogotá,

Doctora

DIANA MARCELA MORALES ROJAS
Secretaria de la Comisión Sexta
Cámara de Representantes.
Congreso de la República
Edificio Nuevo del Congreso
Bogotá D.C.



Al responder cite radicado: 20193.60076532 Id: 12895
Folios: 5 Fecha: 2019-04-24 09:11:20
Anexos: 0
Remitente : MIN EDUCACION
Destinatario: DIANA MARCELA MORALES ROJAS

Referencia: Concepto al Proyecto de Ley No. 293 de 2018 Cámara
Radicado MEN 2019-ER- 90155

Respetada Doctora:

Con toda atención me permito remitir el concepto del Ministerio de Educación Nacional sobre el Proyecto de Ley No. 293- 2018 - Senado **«por medio del cual se convierte en política de Estado el Fondo Especial para la Promoción de la Educación Superior de las Comunidades Negras»**.

Desde el Ministerio de Educación Nacional estamos atentos a brindar toda la colaboración en las iniciativas legislativas que redunden en el mejoramiento de la educación del país.

Cordialmente,


MARIA VICTORIA ANGULO GONZÁLEZ
Ministra de Educación Nacional

Copia: H.S. Victoria Sandino Simanca Herrera , H.S. Roosevelt Rodríguez Rengifo , H.S. Criselda Lobo Silva H.R. Astrid Sánchez Montes De Oca , H.R. Fabio Fernando Arroyave Rivas , H.R. Luis Emilio Tovar Bello , H.R. Elizabeth Jai-Pang Díaz , H.R. Jorge Enrique Burgos Lugo , H.R. Milene Jarava Díaz , H.R. Jorge Eliecer Tamayo Marulanda , H.R. Mónica Liliana Valencia Montaña , H.R. Jaime Armando Yepes Martínez , H.R. Harold Augusto Valencia Infante , H.R. Armando Antonio Zabarain de Arce , H.R. John Jairo Cárdenas Morán , H.R. John Jairo Hoyos García , H.R. Anatolio Hernández Lozano , H.R. Juan Fernando Espinal Ramírez , H.R. Nilton Córdoba Manyoma , H.R. Gabriel Santos García , H.R. Jhon Arley Murillo Benítez , H.R. Mónica María Raigoza Morales , H.R. Hernando Guida Ponce , H.R. Faber Alberto Muñoz Cerón , H.R. Hernán Banguero Andrade

Calle 43 No. 57 - 14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.
PBX: +57 (1) 222 2800 - Fax 222 4953
www.mineducacion.gov.co - atencionalciudadano@mineducacion.gov.co

H.C.R.VI
COMISIÓN
RECIBIDO
Abr 25/19
8:30
1200 137



CONCEPTO A PROYECTO DE LEY
Proyecto de Ley No. 293 de 2018 Cámara
«por medio del cual se convierte en política de Estado el Fondo Especial para la Promoción de la Educación Superior de las Comunidades Negras.».

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Proyecto de Ley tiene como objeto transformar el Fondo Especial de Comunidades Negras para la promoción de la educación superior en política de Estado, para garantizar los espacios de inclusión de este grupo.

MARCO LEGAL

- Constitución Política;
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo;
- Ley 30 de 1992 «por el cual se organiza el servicio público de la Educación Superior»;
- Ley 819 de 2003 «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones».

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

a) Iniciativa legislativa del Gobierno Nacional

En primer lugar, es pertinente señalar que el objeto de la iniciativa legislativa, de acuerdo con el artículo 1, es el de convertir al Fondo Especial para la Promoción de la Educación Superior de las Comunidades Negras en política de Estado y, asimismo, disponer su vinculación al Ministerio de Educación Nacional para que sea administrado por el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex).

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado, a través de la Sentencia C-617 de 2012, que a pesar de que los fondos son considerados de naturaleza *sui generis*, estos pueden clasificarse en “fondos-cuenta” y “fondos-entidad”. La diferencia que ha establecido la Corte radica en que los fondos-cuenta son una categorización de las rentas estatales, pues no gozan de personería jurídica. En cambio, los fondos entidad pueden definirse, al adquirir personería jurídica, como una figura que se asimila a una entidad pública. La Corte, en la Sentencia mencionada, dijo lo siguiente sobre los fondos-entidad: «*en aquellos casos en que el legislador decide introducir un fondo y le confiere en la norma correspondiente personería jurídica, se está ante un fondo entidad, que no puede comprenderse como una simple categorización de ingresos públicos, sino como una reforma que incide en la estructura de la administración*». (Negrita fuera de texto).



Además, respecto al artículo citado del proyecto, resulta conveniente advertir el uso del término «vinculación» que permite inferir que al convertirse el Fondo Especial para la Promoción de la Educación Superior de las Comunidades Negras en un fondo vinculado al Ministerio de Educación Nacional, a éste se le conferiría personería jurídica. En relación con la adscripción y vinculación de las entidades a un ministerio o departamento administrativo, el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 establece la siguiente clasificación:

1. Entidades adscritas:
 1. Las superintendencias.
 2. Los establecimientos públicos.
2. Entidades vinculadas:
 1. Las unidades administrativas especiales.
 2. Las empresas industriales y comerciales del Estado.
 3. Las sociedades de economía mixta.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de notar que el objeto de la iniciativa implicaría la transformación del Fondo Especial para la Promoción de la Educación Superior de las Comunidades Negras en un fondo-entidad, con personería jurídica, es decir, dispone la creación de una entidad administrativa de conformidad con lo manifestado por la jurisprudencia constitucional citada.

Esta observación tiene dos implicaciones relevantes, las cuales se podrían traducir en inconveniencias jurídicas y en motivos de inconstitucionalidad de la normativa:

En primer lugar, como el proyecto tiene por objeto crear una entidad administrativa, este debe atender a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, en cuanto al contenido de los actos de creación. En tal sentido, es pertinente mencionar que la iniciativa no evidencia el contenido formal que prescribe la norma citada para este tipo de actos, como son la denominación, la naturaleza jurídica, el régimen jurídico, la sede, la integración de su patrimonio, el señalamiento de sus órganos superiores de dirección y administración. Por lo tanto, el proyecto no cumple lo presupuesto en la Ley 489 de 1998 y este evento puede acarrear la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de órgano competente.

En segundo orden, la reforma que trae consigo el proyecto sub-examine afecta, según lo constatado en la Sentencia C-617 de 2012, la estructura de la administración. De manera que resulta necesario afirmar que el proyecto debe someterse a los artículos 150 y 154 de la Carta, según los cuales las leyes que determinen la estructura de la administración nacional no pueden dictarse o reformarse por iniciativa del Congreso de la República, sino por iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional.

Aunque corresponde al Congreso de la República hacer las leyes en virtud del concepto jurisprudencial de cláusula general de competencia legislativa, en este caso es indispensable que la iniciativa provenga del Gobierno, so pena de que pueda ser censurada por vicios de forma en



los términos en que demanda la Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-031 de 2017 ha establecido:

“Difícilmente podría existir una administración organizada según criterios de planeación, como lo pretende la Carta de 1991, si la estructura administrativa a través de la cual se cumplen sus funciones, no depende del examen autónomo y discrecional que realiza el Gobierno, sobre las necesidades reales que demanda la prestación de los servicios a su cargo o de los órganos que efectivamente se requieren para el desempeño de las atribuciones o potestades públicas que se consagran en la Constitución y la ley. Por ello, como prerrogativa constitucional, el Texto Superior le otorga la competencia exclusiva al Gobierno para activar el procedimiento legislativo dirigido a determinar la estructura de la administración nacional, por el valor y la importancia que en términos de articulación y de ejecución de la función administrativa, con todo lo que ella implica, subyace en el señalamiento y en la definición de los órganos encargados de dicha atribución”. (Subrayado fuera de texto).

En cuanto a la iniciativa legislativa reservada, la Corte sostuvo en Sentencia 031 de 2017:

«Es tan importante el amparo al carácter privativo y excluyente de la iniciativa gubernamental, en las materias que así se consagra, que su desconocimiento en el trámite de un proyecto de ley conduce a la inexequibilidad de los actos que se produjeron sin dicho requisito».

De igual forma, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de «aval gubernamental», según el cual puede cumplirse con el requisito del artículo 154 Superior por medio del aval del Gobierno Nacional al proyecto respectivo antes de que este sea aprobado en las plenarias, como lo sostiene el alto Tribunal en Sentencia C-1707 de 2000:

«...la iniciativa legislativa gubernamental no se circunscribe al acto de la mera presentación del proyecto de ley como en principio pareciera indicarlo el artículo 154 Superior. En realidad, teniendo en cuenta el fundamento de su consagración constitucional, cual es el de evitar que se legisle sin el conocimiento y consentimiento del Ejecutivo sobre materias que comprometen aspectos propios de su competencia, dicha atribución debe entenderse como aquella función pública que busca impulsar el proceso de formación de las leyes, no sólo a partir de su iniciación sino también en instancias posteriores del trámite parlamentario. Entonces, podría sostenerse, sin lugar a equívocos, que la intervención y coadyuvancia del Gobierno Nacional durante la discusión, trámite y aprobación de un proyecto de ley de iniciativa reservada, constituye una manifestación tácita de la voluntad legislativa gubernamental y, desde esa perspectiva, tal proceder se entiende inscrito en la exigencia consagrada en el inciso 2° del artículo 154 de la Constitución Política. A este respecto, y entendido como un desarrollo del mandato previsto en la norma antes citada, el párrafo único del artículo 142 de la Ley 5ª de 1992, por la cual se expide el reglamento del Congreso, es claro en señalar que: “el Gobierno Nacional podrá coadyuvar cualquier proyecto de su iniciativa que curse en el Congreso cuando la circunstancia lo justifique”, y que ‘La coadyuvancia podrá efectuarse antes de la aprobación en las plenarias’.»



Para concluir, el proyecto no sigue lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 respecto al contenido de los actos de creación y se somete a lo dispuesto en los artículos 150 y 154 de la Constitución Política, es decir, que la propuesta legislativa es de iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional o debe contar con su aval, dado que el cuerpo normativo determina la estructura de la administración nacional.

b) Funciones del Ministerio de Educación Nacional y del Icetex

El Ministerio de Educación Nacional tiene encomendadas las funciones consagradas en el Decreto 5012 de 2009, entre otras, las del artículo 2º, a saber:

«2.1. Formular la política nacional de educación, regular y establecer los criterios y parámetros técnicos cualitativos que contribuyan al mejoramiento del acceso, calidad y equidad de la educación, en la atención integral a la primera infancia y en todos sus niveles y modalidades.

2.2. Preparar y proponer los planes de desarrollo del Sector, en especial el Plan Nacional de Desarrollo Educativo, convocando los entes territoriales, las instituciones educativas y la sociedad en general, de manera que se atiendan las necesidades del desarrollo económico y social del país.

2.3. Dictar las normas para la organización y los criterios pedagógicos y técnicos para la atención integral a la primera infancia y las diferentes modalidades de prestación del servicio educativo, que orienten la educación en los niveles de preescolar, básica, media, superior y en la atención integral a la primera infancia.

2.4. Asesorar a los Departamentos, Municipios y Distritos en los aspectos relacionados con la educación, de conformidad con los principios de subsidiaridad, en los términos que defina la ley [...].».

Por otro lado, es pertinente mencionar que las funciones del Icetex, conforme a lo dispuesto en el Decreto-ley 3155 de 1968, en la Ley 18 de 1988, en la Ley 30 de 1992, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contenido en el Decreto-ley 663 de 1993 y en el Decreto 276 de 2004, y demás normas concordantes, como la Ley 1002 de 2005, tiene asignadas las siguientes funciones, como entidad financiera y acordes con su naturaleza especial, entre otras:

- *«Fomentar e impulsar la financiación de la educación superior a través del crédito educativo, y de toda clase de ayudas financieras nacionales e internacionales, atendiendo políticas públicas tendientes a ampliar su cobertura, mejorar e incentivar su calidad y articular la pertinencia laboral con los programas académicos, a través de la capacitación técnica e investigación científica.*
- *Conceder crédito en todas las líneas y modalidades aprobadas por la Junta Directiva para la realización de estudios de educación superior dentro del país o en el exterior, y para facilitar el acceso y la permanencia de los jóvenes en el sistema educativo, de conformidad con los reglamentos y disposiciones de crédito educativo aprobados por la Junta Directiva.*



- *Promover y gestionar la cooperación internacional tendiente a buscar mayores y mejores oportunidades de formación del recurso humano en el país o en el exterior de acuerdo con las políticas del Gobierno Nacional.*
- *Ejecutar las políticas del Gobierno Nacional para el fomento de la educación superior a través del crédito educativo [...]».*

Por las razones expuestas, este Ministerio considera que el fondo debe seguir siendo administrado, de acuerdo con su naturaleza y funciones, por el Icetex como entidad financiera encargada de incentivar la educación superior y las políticas del Gobierno Nacional a través de créditos educativos, becas y ayudas financieras, siempre que el Fondo Especial para la Promoción de la Educación Superior de las Comunidades Negras conserve el carácter de fondo-cuenta.

c) Potestad reglamentaria del Gobierno Nacional

El parágrafo del artículo 3° de la iniciativa otorga el término de seis (6) meses para reglamentar la materia al Gobierno Nacional. La Corte Constitucional en la Sentencia C-189 de 2017 señaló que este tipo de plazos tienen un carácter meramente “impulsor”, y no son obstáculo para que el Presidente de la República lleve a cabo la potestad reglamentaria como Suprema Autoridad Administrativa, ni tampoco implica una caducidad en la función reglamentaria otorgada por la Carta Política.

Al respecto dijo la Corte:

«Pero además de lo anterior, puede ocurrir también que el legislador fije un término específico al Presidente para que expida la reglamentación indicada en la ley. No obstante esto, la Sala ha recalcado que el Presidente puede llevar a cabo la potestad reglamentaria en todo tiempo, pues la Constitución no fija plazo perentorio para su ejercicio. Ha reiterado que se trata de una atribución inalienable, intransferible, irrenunciable e inagotable, por cuanto no tiene término y puede ejercerse en cualquier momento, dado que es una competencia constitucional indispensable para que la Administración cumpla en debida forma, en las cambiantes circunstancias sociales, su función de ejecución de la ley.

En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que mientras dure la vigencia de una regulación legal, el Presidente puede llevar a cabo la labor de reglamentarla y variar el contenido del respectivo reglamento. Ha sostenido, además, que si el legislador ha establecido un plazo, este tiene carácter meramente “impulsor”, pues no impide que la autoridad administrativa emita la reglamentación antes del término previsto ni que pierda competencia para hacerlo una vez vencido el mismo. En otras palabras, la fijación de un plazo de esas características, de ninguna manera afecta el ejercicio ni implica una caducidad del poder reglamentario que la Constitución ha conferido al Presidente».

Así entonces, los términos de la disposición no implican caducidad, puesto que son exclusivamente una *garantía formal* para el ejercicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, tal cual la ha conferido la Constitución en su artículo 189, numeral



11, y sin embargo, esta potestad es discrecional y ejecutable incluso después de que el término establecido por la ley ha vencido.

Es de considerar que el término de seis (6) meses para ejercer la potestad reglamentaria, fijado en el parágrafo del artículo 3º, puede ser revisado en cuanto a su necesidad, pues el ejecutivo está facultado para reglamentar una regulación legal en cualquier tiempo durante su vigencia.

III. CONSIDERACIONES TÉCNICAS

El proyecto de Ley busca convertir en política de Estado el Fondo Especial para la promoción de la educación superior de las comunidades negras, para que, tal como lo expresa en la exposición de motivos, la política no devenga “(...) de los intereses políticos y/o partidistas, sino que debe ser de la homogeneidad de consenso en torno a la protección y accesos de un grupo población como lo son las comunidades negras. Y convertirse por tanto en una causa común”. (Subrayado fuera del texto original).

Sin embargo, es pertinente señalar que mediante la Ley Estatutaria 70 de 1993, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, se establecieron los mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

Dentro de los mecanismos para la protección y desarrollo de los derechos y de la identidad cultural de las comunidades negras, y específicamente en lo relacionado con la educación superior, la norma precitada establece en el artículo 40 lo siguiente:

“ARTICULO 40. El Gobierno destinará las partidas presupuestales para garantizar mayores oportunidades de acceso a la educación superior a los miembros de las comunidades negras. Así mismo, diseñará mecanismos de fomento para la capacitación técnica, tecnológica y superior, con destino a las comunidades negras en los distintos niveles de capacitación. Para este efecto, se creará, entre otros, un fondo especial de becas para educación superior, administrado por el ICETEX, destinado a estudiantes en las comunidades negras de escasos recursos y que se destaquen por su desempeño académico.” (Subrayado fuera del texto original).

De este modo se evidencia que, como un mecanismo de protección y promoción para el acceso a la educación superior de las comunidades negras, a partir de la Ley Estatutaria 70 de 1993, se creó como política de Estado el “Fondo Especial de Comunidades Negras para el Acceso a Educación Superior”, administrado por el ICETEX con partidas presupuestales asignadas por el Gobierno Nacional.

Así las cosas, se concluye que el proyecto de Ley 293-18 no es pertinente o necesario, ya que tiene por objeto convertir en política de Estado el “Fondo Especial de Comunidades Negras para







el Acceso a Educación Superior”, el cual es política de Estado desde el mismo momento de su creación, a partir de la Ley Estatutaria 70 de 1993.

RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas y técnicas presentadas, el Ministerio de Educación Nacional, de manera respetuosa, realiza las siguientes recomendaciones:

1. Considerar que la creación, fusión y supresión de entidades del orden nacional, establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración, son de iniciativas legislativas reservadas del Gobierno Nacional, de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución Política y el artículo 142 de la Ley 5 de 1992.
2. Se considera que el proyecto de Ley 293-18 no es pertinente, toda vez que tiene por objeto convertir en política de Estado el “Fondo Especial de Comunidades Negras para el Acceso a Educación Superior”, el cual ya es política de Estado desde su creación, mediante el artículo 40 de la Ley Estatutaria 70 de 1993.

Aprobó: Luis Fernando Pérez Pérez – Vice-ministro de Educación Superior 
Luis Gustavo Fierro – Jefe Oficina Asesora Jurídica 
Revisó: Elcy Peñaloza Leal – Directora de Fomento de la Educación Superior (E) 
Miguel Calderón Marín – Subdirector de Apoyo a la Gestión de las Instituciones de Educación Superior 
Juan Andrés Beltrán - Asesor Ministra de Educación