

CONCEPTO JURIDICO

CORPORACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

De conformidad a la solicitud de dar un concepto jurídico al interrogante, ¿se debe dar cumplimiento a lo establecido en el decreto 612 de 2018, donde se establece la publicación de planes estratégicos de talento humano, anual de vacantes y de previsión de recursos humanos?, me permito dar respuesta en los siguientes términos.

De acuerdo con la consulta anterior es importante determinar el alcance del Decreto 612 de 2018, el cual dentro de sus considerandos expresa que:

“Que la Ley 909 de 2004 en el numeral 2, literales a) y b) del artículo 15 y en el numeral 1 del artículo 17 señala que las entidades deberán formular y adoptar anualmente los planes estratégicos de talento humano, anual de vacantes y de previsión de recursos humanos, sin consagrar fecha para el efecto”.

Conforme a lo anterior el artículo 1 de la 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”. reza que:

*“ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema **de empleo público** y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.*

*Quienes prestan servicios personales remunerados, **con vinculación legal y reglamentaria**, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.*

*De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, **hacen parte de la función pública** los siguientes empleos públicos:*

- a) Empleos públicos de carrera;***
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;***
- c) Empleos de período fijo;***
- d) Empleos temporales.”***

Así mismo el artículo 3 ibidem referente al campo de aplicación de la ley expresa que

ARTÍCULO 3o. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan **empleos pertenecientes a la carrera administrativa** en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 < sic, se refiere al Art. 13, que modifica el Art. 30 de la Ley 294 de 1996 > de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios **en empleos de carrera** en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las prisiones.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación;

c) **A los empleados públicos de carrera** de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, **a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:**

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- **Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.**
- **Fiscalía General de la Nación.**
- **Entes Universitarios autónomos.**
- **Personal regido por la carrera diplomática y consular.**
- **El que regula el personal docente.**
- **El que regula el personal de carrera del Congreso de la República**

PARÁGRAFO 2o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.

de lo anteriormente descrito queda claro que campo de aplicación de la presente ley está determinado para **empleos pertenecientes a la carrera administrativa, empleados públicos de carrera, y, a los servidores públicos de las carreras especiales.**

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 en el numeral 2, literales a) y b) del artículo 15 y en el numeral 1 del artículo 17 expresan que:

"ARTÍCULO 15. LAS UNIDADES DE PERSONAL DE LAS ENTIDADES.

*1. Las unidades de personal o quienes hagan sus veces, de los organismos y **entidades a quienes se les aplica la presente ley**, son la estructura básica de la gestión de los recursos humanos en la administración pública.*

2. Serán funciones específicas de estas unidades de personal, las siguientes:

a) Elaborar los planes estratégicos de recursos humanos;

b) Elaborar el plan anual de vacantes y remitirlo al Departamento Administrativo de la Función Pública, información que será utilizada para la planeación del recurso humano y la formulación de políticas;

c) Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos, de conformidad con las normas vigentes, para lo cual podrán contar con la asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, o de firmas especializadas o profesionales en administración pública;

d) Determinar los perfiles de los empleos que deberán ser provistos mediante proceso de selección por méritos;

e) Diseñar y administrar los programas de formación y capacitación, de acuerdo con lo previsto en la ley y en el Plan Nacional de Formación y capacitación;

f) Organizar y administrar un registro sistematizado de los recursos humanos de su entidad, que permita la formulación de programas internos y la toma de decisiones. Esta información será administrada de acuerdo con las orientaciones y requerimientos del Departamento Administrativo de la Función Pública;

g) Implantar el sistema de evaluación del desempeño al interior de cada entidad, de acuerdo con las normas vigentes y los procedimientos establecidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil;

h) Todas las demás que le sean atribuidas por la ley, el reglamento o el manual de funciones.”

“ARTÍCULO 17. PLANES Y PLANTAS DE EMPLEOS.

1. Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de **los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley**, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance:

a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias;

b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación;

c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado.

2. **Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley**, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano”.

Conforme a lo anterior es menester aclarar que, la Corporación para el Fomento de la Educación Superior es una entidad creada bajo los parámetros del artículo 96 de la ley 489 de 1998, por la asociación y por ende participación de entidades del estado, es una entidad descentralizada de forma indirecta del orden departamental de Antioquia, así lo confirma La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante decisión del 9 de noviembre de 2006, radicado 11001-03-06-000-2006-00079-00, Número: 1.766. En la cual se determinaron claros parámetros de interpretación, acerca del régimen jurídico aplicable a las asociaciones mixtas creadas bajo el artículo 96 de la ley 489 de 1998, de la siguiente manera:

“al igual que las personas que nacen a la vida jurídica en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, las asociaciones de carácter mixto del artículo 96 ibídem, también tienen el carácter de entidades descentralizadas indirectas, según lo previsto en los artículos 38 y 68 de la misma ley”.

Al ser catalogada la Corporación Para el Fomento de la Educación Superior, como entidad descentralizada indirecta, con participación mayoritaria del Estado, se denomina ENTIDAD ESTATAL, conforme lo establece el literal a) numeral 1 del artículo 2 de la ley 80 de 1993:

“1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), **así como las entidades descentralizadas indirectas** y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” **(negrillas fuera de texto).**

Por lo tanto, en lo relativo a sus actos y contratos, la legislación aplicable es la que rige la contratación administrativa.

Así mismo, la Representante legal y los miembros de la Junta directiva serán Servidores Públicos, conforme al regulado en el literal a numeral 2 del artículo 2 de la misma Ley:

“2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, **con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas”**(Negrillas fuera de texto)

Pero el tener esta esta calidad, no le modifica la naturaleza de la organización ni la vinculación laboral, así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C 230 DE 1995:

*“Las asociaciones y fundaciones de participación mixta, están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias. El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, **no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni***

La situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación. Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponderles por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial." (Negrilla y subraya fuera de texto)

Y en la sentencia C- 949 de 2001 de la misma Corporación determinó:

"La ley permite a las asociaciones y fundaciones de participación mixta, someterse a la Ley 80 de 1993, con la precisión de que los funcionarios autorizados para suscribir contratos en su nombre, tienen la calidad de servidores públicos para esos efectos, pero para adelantar otras actividades ajenas a los procesos contractuales se someten al régimen de los particulares. Significa esto, que dichos funcionarios responden como servidores públicos en materia penal, disciplinaria y fiscal en el evento en que incurran en irregularidades en la gestión contractual.

Las consideraciones que justifican atribuirle la calidad de servidores públicos a estos funcionarios no están relacionadas únicamente con el tema de la responsabilidad, sino también con la capacidad de contratación, en la medida en que, si estas asociaciones y fundaciones de participación mixta manejan recursos públicos, su ejecución para los fines de la correspondiente entidad debe hacerse a través de la institución del contrato estatal.(subrayado fuera de texto)

No obstante, es claro que dichos funcionarios no podrían suscribir los respectivos contratos estatales como particulares, porque es bien sabido que una de las características esenciales del contrato estatal consiste en que uno de los extremos de la relación contractual esté representado por el Estado, y en nombre de él sólo pueden actuar personas que tienen la calidad de servidores públicos.

Por lo tanto, es razonable que tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta se le atribuya la calidad de servidor público a los representantes legales y funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas, pues es obvio que en virtud del acto de delegación estas personas comprometen contractualmente la respectiva entidad."(subrayado fuera de texto)

Por lo anterior, así tengan la calidad de servidores públicos, seguirán teniendo una relación laboral que se regula de manera particular con la corporación.

Ahora, en lo referente a su creación, funcionamiento y transformación, de acuerdo a los establecido por el artículo 96 de la ley 489 de 1998, el régimen jurídico aplicable es el privado, más propiamente el establecido en el código civil y demás normas concordantes, así como lo relativo a la vinculación laboral del personal, el cual se regulará por el Código Sustantivo del Trabajo.

Es entonces claro, dentro de la sana crítica que la ley 909 de 2004 está dirigida a los **empleos pertenecientes a la carrera administrativa, empleados públicos de carrera, y, a los servidores públicos de las carreras especiales y que lo referente a** los numeral 2, literales a) y b) del artículo 15 y en el numeral 1 del artículo 17, están encaminados a **todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley,** situación que se aleja de la situación legal de la Corporación para el fomento para la educación superior, que como ya se expuso anteriormente, el régimen jurídico aplicable es el privado, más propiamente el establecido en el código civil y demás normas concordantes, así como lo relativo a la vinculación laboral del personal, el cual se regulará por el Código Sustantivo del Trabajo.

Por anteriormente expuesto el Plan Estratégico de Talento Humano, Plan Anual de Vacantes y de Previsión de Recursos Humanos, en el marco del Decreto 612 de 2018, no le son aplicables a la entidad.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual expresa que *"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"*.



Rafael Luciano Gallo Montoya
Abogado