

CONCEPTO 19603 DE 2018

(abril 17)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Edder Harvey Rodríguez Laiton-Coordinador Grupo de Relaciones Laborales
Secretaría General-SENA <ehrodriguezl@sena.edu.co>
DE: Coordinador del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción
Normativa
ASUNTO: Vinculación de trabajadores oficiales en vigencia de la Ley de Garantías

En atención a su solicitud remitida por correo electrónico de fecha 13 de abril del año en curso, radicado No. 8-2018-018861, oportunidad en la cual solicita concepto respecto a la aplicación de la ley de garantías en la contratación de los trabajadores oficiales del SENA; me permito manifestarle:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

De manera comedida le informo que esta dependencia no es la competente para resolver situaciones particulares ni conceptuar sobre procedimientos de trámites o hacer aclaraciones/modificaciones a los actos administrativos proferidos por el SENA, motivo por el cual las consultas se abordan en forma general.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Señala quien consulta:

-El artículo [32](#) de la Ley 996 del 2005-Ley de Garantías, expresa a la letra:

ARTÍCULO [32](#). Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

-El proceso de provisión de las vacantes de trabajadores oficiales implica una fase de concurso para ascenso mediante la cual un trabajador oficial vinculado accede a una vacante de un cargo mayor en salario mediante concurso, lo cual implica una modificación del contrato ya existente.

-Otra de las fases de provisión de cargos de trabajadores oficiales implica un concurso de méritos con personas externas a la entidad con las cuales se conforma una lista de elegibles, dando lugar a la provisión de las vacantes mediante contratación de los elegibles que ocupen los cinco

primeros lugares y que se vinculan por primera vez a la entidad.

-Por lo anterior, de manera atenta solicitamos su concepto para establecer si la mencionada prohibición se aplica a este tipo de contratación y a cuál de los casos indicados.

-El SENA, en el pasado periodo electoral, dispuso suspender los términos señalados en el artículo 64 de la Convención Colectiva de Trabajo, en lo relacionado con la lista de legibles vigentes para personal vinculado y personal no vinculado en el caso de los trabajadores oficiales.

-Se absuelve la consulta con la información suministrada y en forma general.

b) ANÁLISIS

La Ley de Garantías Electorales consagra una serie de restricciones, como se ha reiterado en conceptos anteriores, así:

1. RESTRICCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES

La Ley [996](#) de 2005, “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo [152](#) literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”, se expidió con el fin de dar mecanismos para garantizar la igualdad electoral y el equilibrio entre los candidatos, impedir la utilización del poder de nominación y contratación para presionar el respaldo a campañas políticas. [\[1\]](#)

El objeto de la norma encita es “definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley. Igualmente se reglamenta la Participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición”. (Artículo 1)

En lo que se refiere a la contratación estatal, la normativa tiene restricciones dependiendo si se trata de elecciones presidenciales o de orden territorial, las cuales procedemos a desarrollar a continuación.

1.1 Restricciones en periodo de elecciones presidenciales. Artículo [33](#) de la Ley 996 de 2005

El artículo [33](#) de la Ley 996 de 2005, establece algunas restricciones en materia de contratación pública cuando se están en periodo de elecciones presidenciales, al respecto dispone el artículo:

ARTÍCULO [33](#). RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. <Artículo CONDICIONALMENTE executable> Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. (Negrilla fuera de texto original)

Esta prohibición cobija a todos los entes del Estado, sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. De acuerdo con la anterior disposición, el SENA tendrá restringida su contratación directa, incluida la de sus sedes regionales o territoriales, los 4 meses anteriores a las próximas elecciones presidenciales.

En concordancia con lo anterior, el calendario electoral expedido advierte que las próximas elecciones presidenciales se realizarán el 27 de mayo de 2018, por lo cual “el periodo que comprende las (00:00 a.m) de 27 de enero de 2018, hasta las (00:00 p.m) del día que se lleve a cabo la segunda vuelta (en caso que sea necesario)”. En consecuencia, las entidades públicas (independientemente del régimen de contratación aplicable) no podrán celebrar ningún contrato a través de la modalidad de contratación directa, a menos que se encuentren inmersas dentro de alguna de las excepciones anteriormente enunciadas.

Esta misma posición fue adoptada por Colombia Compra Eficiente, a través de la Circular 24 del 12 de mayo 2017, en la cual indica al respecto:

[...] La Ley de Garantías prohíbe a las Entidades Estatales celebrar contratos en la modalidad de contratación directa durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido. El artículo consagra excepciones para los contratos relativos a la defensa y seguridad del Estado, crédito público y los requeridos para atender emergencias y para la reconstrucción de infraestructura afectada por acciones terroristas, desastres naturales o eventos de fuerza mayor. Esta prohibición cobija a todos los entes del Estado, sin importar su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. El calendario electoral establece que la primera vuelta de las próximas elecciones presidenciales es el domingo 27 de mayo de 2018. En consecuencia, a partir del 27 de enero de 2018 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, las Entidades Estatales tienen prohibido contratar directamente. (Negrilla fuera de texto original)

Toda vez que la Ley de Garantías Electorales, establece prohibiciones, debe interpretarse de manera restrictiva, de tal forma que todas las modalidades de contratación, diferentes a la contratación directa, se encontrarían permitidas.

1.2 Restricciones de Contratación-Convenios Interadministrativos. Artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005.

El artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, estableció restricciones en la contratación para las entidades territoriales en cuanto a la celebración de convenios interadministrativos que ejecuten presupuesto, de manera que si bien, en principio al SENA como entidad del orden nacional no le es aplicable directamente esta disposición, si se obliga a la misma cuando celebre convenios o contratos con dichas entidades territoriales. Al respecto nos permitimos citar el párrafo del artículo [38](#), el cual dispone:

ARTÍCULO [38](#).

[...]

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios

interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participe n voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa. (Negrilla fuera de texto)

Tal como se establece de la lectura de la norma, en materia contractual estará prohibida la celebración de convenios interadministrativos que ejecuten recursos públicos con las entidades de orden territorial allí enlistadas, esto en el periodo de 4 meses antes de las elecciones. No obstante lo anterior, la norma no advierte a qué tipo de elecciones se refiere, de manera que se deberá entender que la restricción aplica 4 meses antes de cualquier elección popular que se realice en el territorio nacional.

Al respecto, de acuerdo con el calendario electoral el 11 de marzo de 2018 se realizarán las elecciones de Congresistas, de manera que deberá contarse la restricción desde el 11 de noviembre de 2017, y se extenderá hasta la fecha de las elecciones presidenciales, toda vez que se traslapan los 4 meses antes de las elecciones de congresistas y los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales.

Esta postura es recogida por Colombia Compra Eficiente, quién en la Circular 24 del 12 de mayo de 2017, a través de la cual da alcance a la Circular [3](#) de 16 de agosto de 2013, la cual fija las pautas para cumplir las restricciones a la contratación pública, señaló:

[...] El calendario electoral establece que las próximas elecciones de congresistas son el 11 de marzo de 2018 y las de Presidente y Vicepresidente el 27 de mayo de 2018. En consecuencia, a partir del 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha en la cual el Presidente de la República sea elegido, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital tienen prohibido celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante. (Negrilla fuera de texto original)

1.3 Otras Prohibiciones derivadas de la Ley de Garantías Electorales

De la interpretación del párrafo del artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, se tienen unas

prohibiciones adicionales a las ya expuestas en materia electoral, tales como:

- Participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.
- Inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos.
- Autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular.
- Modificar la nómina de la entidad estatal salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptado.^[2]

2. RESTRICCIONES A LA NÓMINA

La Ley [996](#) del 24 de noviembre de 2005, (Ley de Garantías), que tiene por objetivo garantizar la transparencia en los comicios electorales, establece limitaciones a la vinculación de personal a las entidades y por regla general se aplica a todas las Entidades del Estado. Dispuso la norma en comento:

ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

[...]

PARÁGRAFO. Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos. (Subraya fuera de texto)

El artículo siguiente, artículo [33](#) establece:

ARTÍCULO 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración. (Subraya fuera de texto)

A su turno dispuso el artículo [38](#):

ARTÍCULO 38.- Prohibiciones para los servidores públicos.- A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

Parágrafo.- Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones departamentales, Asambleas departamentales, Alcaldías y Concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa" (Resalta la Sala y Subraya fuera de texto).

En cuanto a la limitación a la vinculación de personal o modificación de la nómina estatal, de acuerdo con la Cartilla expedida por la Función Pública, podemos señalar:

- La fecha a partir de la cual empiezan a regir las restricciones de la Ley 996 de 2005 son:

a) A nivel territorial a partir de las 00:00 a.m. del 11 de noviembre de 2017. Es decir, que los Gobernadores, Alcaldes municipales o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 11 de noviembre de 2017.

b) A nivel nacional, a partir de las 00.00 horas del 27 de enero de 2018, es decir que los nominadores de las entidades de la rama ejecutiva del poder público no podrán vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal desde el 27 de enero de 2018.

- La suspensión de la vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal, implica que en vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo, indispensables para el cabal funcionamiento de la entidad pública.

- La suspensión de la nómina estatal no aplica a la provisión del empleo de Jefe de Control Interno en nivel territorial, pues se requiere para suplir una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha al configurarse una causal legal de retiro por

la expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011, que para fue el 31 de diciembre de 2017.

- Es viable la provisión de cargos vacantes a través de la figura del encargo (que no aplica para trabajadores oficiales sino para empleados públicos, ambos servidores públicos) pues no existe modificación de nómina y el encargo se encuentra dentro de las figuras de carrera administrativa.

- Tampoco pueden efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal que involucren creación o supresión de empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal, en otras palabras, la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecta la nómina estatal, se refiere también a la imposibilidad de crear cargos y proveerlos.

- No puede declararse a nivel nacional o territorial, la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción desde el 11 de noviembre de 2017 y hasta la fecha que se elija Presidente de la República. En las entidades de la Rama Ejecutiva tampoco es posible declarar la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción, desde el 27 de enero de 2018 y hasta el día en que el Presidente de la República sea elegido.

Lo anterior por cuanto este proceder se deriva de la facultad discrecional del nominador e implica la modificación de la nómina estatal, situación que se encuentra restringida para impedir que los empleos públicos se utilicen en favor de un candidato a ocupar un cargo de elección popular o para una causa política^[3].

- La causal de retiro por obtención de la pensión de jubilación o vejez, por sí misma, no permite proveer la vacante, pues por aplicación restrictiva de las normas que contienen excepciones, aunque quien se pensiona da lugar a una vacante definitiva, no habilita a la autoridad para proveer el cargo durante los 4 meses antes de la elección popular.

- En el mismo sentido, no puede por periodo de vacaciones, que dan lugar a una vacancia temporal, entender habilitado al nominador para contratar un trabajador oficial para dicho periodo.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C-1153 de 2005, respaldando varias de las tesis planteadas, sostuvo:

[...] NÓMINA ESTATAL EN CAMPAÑA PRESIDENCIAL-Suspensión de vinculaciones durante el período que candidato presidente esté en campaña. La suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos. Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación. Esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que “afecte” la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

[...] El artículo [32](#) indica que estará suspendida cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la rama ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial

y, en caso de que se requiera segunda vuelta, hasta la realización de la misma, a excepción de los referentes a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias y desastres, los de reconstrucción vial o de infraestructura energética y de comunicaciones si fueron objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y aquellos de entidades sanitarias y hospitalarias. Y, por último, las vinculaciones a nómina inaplazables e imprescindibles so pena de afectar el normal funcionamiento de la administración.

[...] De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

[...] Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

[...]

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos. (Subraya fuera de texto)

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en el Concepto No. 2182 de 2013, señaló:

[...] El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo [32](#) de la Ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión "Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal".

[...] Es decir que en el evento en que se presenten cargos vacantes en las de personal de las

entidades públicas por renuncia, licencia o muerte de persona que lo desempeña, para solventar esa situación pueden hacerse los nombramientos correspondientes cuando quiera que resulten indispensables para la buena marcha de la administración.

[...] 4. Las excepciones aplicables a la restricción de la vinculación que afecte a la nómina estatal. Los sujetos destinatarios de la restricción deberán suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal que manejen durante el término antes indicado en que opera la restricción, salvo en los siguientes casos: (i) defensa y seguridad del Estado; (ii) crédito público; (iii) para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y, (v) las vinculaciones de las entidades sanitarias y hospitalarias. Cabe advertir que son los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva, nacionales y territoriales, con funciones atinentes a los asuntos y eventos a que hacen referencia estas excepciones taxativamente señaladas en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, los que podrían proveer sus vacantes sin tener en consideración la causal de retiro de los servidores que desempeñaban el cargo.

[...] Por consiguiente, al vencimiento de su respectivo período, los Jefes de Control Interno del nivel territorial que estén ejerciendo las funciones a 31 de diciembre de 2013 deben retirarse del cargo y, en consecuencia, resulta procedente la designación en propiedad en estos cargos a partir del 1 de enero de 2014 por un nuevo periodo de cuatro años. (Subraya fuera de texto)

Conforme con lo anteriormente expuesto, en materia de contratación se encuentran como excepciones en la Ley de Garantías:

- La defensa y seguridad del Estado
- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir la emergencias educativas, sanitarias y desastres
- Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias
- Los gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración

Confirmando lo expuesto la Función Pública, en Concepto No. 20156000110311 de fecha 02 de julio de 2015, señaló:

[...] En ese sentido está prohibida la provisión de cargos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña.

[...] De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que en vigencia de la Ley de Garantías es

viable efectuar la provisión de un cargo que se encuentre vacante, siempre que esta situación se produzca por renuncia, licencia o muerte del empleado titular, y solo con el fin de solventar situaciones que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, que estén previamente justificadas.

Por otra parte, en relación a las vacaciones, señalamos que si bien estas situaciones dan lugar a una vacancia temporal, se considera que la aplicación restrictiva de las excepciones antes señaladas, no habilita a las entidades u organismos públicos para contratar nuevos trabajadores oficiales con el fin de proveer el cargo durante los cuatro meses anteriores a las elecciones.(Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, se advirtió:

[...] Como ya se advirtió, las restricciones contenidas en la Ley [996](#) de 2005 aplican a las autoridades nominadoras de los sectores central y descentralizado de las entidades territoriales, durante dicho término:

- No se podrá modificar la nómina estatal, es decir, no es procedente crear cargos ni proveer los mismos, ni retirar del servicio a servidores públicos por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

- No se podrán hacer nuevos nombramientos salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos, caso en el cual procede el nombramiento en período de prueba o por encargo.

En este orden de ideas, lo que no se excepciona expresamente se encuentra cobijado por las restricciones contenidas en la Ley de Garantías, más aún si conlleva la afectación de nómina de la entidad estatal, en el caso que nos ocupa del SENA.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

El concurso de méritos tiene fundamento en el artículo [125](#) de la Constitución Política, y es un instrumento objetivo e idóneo que tiene como finalidad medir las capacidades, la preparación y las aptitudes de quienes aspiran a ocupar un cargo en el Estado para así poder seleccionar entre los distintos aspirantes a quienes demuestren un mejor desempeño. Este proceso debe ir acompañado de los criterios de imparcialidad, objetividad e igualdad, por cuanto su meta es ocupar las vacantes existentes en las entidades estatales que convocan con los concursantes que hayan obtenido el mayor puntaje.

Señala la norma constitucional encita:

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.

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. (Subraya fuera de texto)

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”, regula la carrera administrativa. Así el artículo [28](#) de la Ley 909, establece los principios que orientan el ingreso a los empleos públicos de carrera administrativa, entre los cuales se encuentra el mérito, entendido como: “Principio 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”. De otra parte, el artículo [31](#) de la misma ley establece las etapas que se deben agotar dentro del proceso de selección y las reglas que la gobiernan.

Dentro del proceso de selección, se deben surtir tres etapas, una preliminar, una de planeación y otra de ejecución, como a bien lo ha manifestado la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, encargada de administrar y vigilar la carrera administrativa. En la primera etapa se hace un levantamiento de la información de la entidad de acuerdo con su planta de personal, manual de funciones y competencia laborales; en la segunda etapa se realizan actividades preparatorias, y en la tercera, una vez publicado el acto administrativo por el cual se convoca el proceso de selección, se desarrollan cada una de las fases previstas en el acto de convocatoria.

Sin lugar a dudas, este tipo de procesos de selección, por expresa disposición legal, en concordancia con el espíritu de la ley de garantías, se constituye en una de las excepciones a la restricción a la afectación de la nómina en las entidades públicas en época electoral como ya se indicó.

4. CONVENCIÓN COLECTIVA SENA

Conforme con la Convención Colectiva de Trabajo del SENA, 2003-2004, desde su artículo 49, se dispuso que la contratación inicial de los trabajadores oficiales del SENA se realiza por el sistema de concursos. Estos concursos atenderán a los principios de igualdad, imparcialidad, selección objetiva, moralidad, eficacia y publicidad.

Ante la necesidad de proveer un cargo de trabajador oficial, se realiza un concurso para personal vinculado; si realizado este ninguno de los aspirantes resulta seleccionado se abre concurso para el personal no vinculado. Las pruebas podrán practicarse en la regional donde el aspirante preste sus servicios. (Artículo 52)

Los requisitos para aspirar a un cargo de trabajador oficial en el SENA, son fijados por la Dirección General, ciñéndose al manual de funciones y requerimiento, elaborados conjuntamente con el Sindicato, en los términos que señala la Convención. (Artículo 53)

La convocatoria o citación para estos concursos la hará el coordinador del Grupo de Personal o quien haga sus veces, hoy el encargado es Grupo de Relaciones Laborales-Secretaría General del SENA, debiendo contener los datos generales señalados y la publicidad exigida. (Artículo 54) La inscripción se realiza ante el grupo precitado, con los documentos exigidos. (Artículos 55, 56 y

58)

El proceso que se adelanta, se regula en el articulado convencional hasta el artículo 64, culminando al regular la vinculación de los aspirantes y la lista de elegibles. El Comité convencional recomendará como elegibles a quienes ocupen los 5 primeros puestos en el concurso y la autoridad nominadora escogerá dentro de ellos a la persona que, considere conveniente para proveer la vacante, dando preferencia al trabajador oficial o al hijo del trabajador oficial o al hijo del trabajador oficial cuando éste se jubile o fallezca. La elegibilidad para el respectivo cargo será de 12 meses para el personal vinculado y de 6 meses para el personal no vinculado, empezando su contabilización a partir de que se provea la(s) vacante(s) objeto de concurso. Posterior a decretar la elegibilidad del concurso, el SENA se compromete a proveer la(s) vacante(s) objeto de la convocatoria en un plazo máximo de 45 días.

Señala el artículo 64 en comentario:

ARTÍCULO 64. VINCULACION DE ASPIRANTES A UN CARGO Y LISTA DE ELEGIBLES. El Comité Convencional recomendará como elegibles a quienes ocupen los cinco (5) primeros puestos en el concurso y la autoridad nominadora escogerá dentro de ellos a la persona que, a su juicio considere conveniente para proveer la vacante, dando preferencia al trabajador oficial o al hijo del trabajador oficial cuando éste se jubile o fallezca. Le elegibilidad para el respectivo cargo será de doce (12) meses para el personal vinculado y de seis (6) meses para el personal no vinculado y empezará a regir a partir del momento en que se provea la o as vacantes objeto del concurso.

PARÁGRAFO. Después de decretar la elegibilidad del concurso, el SENA se compromete a proveer la(s) vacante(s) objeto de la convocatoria en un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días. (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con el instructivo comunicado a través de la Circular [158](#) de 2016, en el SENA, se mencionaron como etapas del proceso de provisión de una vacante definitiva de trabajador oficial:

1. Traslado Horizontal
2. Aceptación Elegibilidades obtenidas en concurso para personal vinculado
3. Convocatoria para personal vinculado
4. Aceptación Elegibilidades obtenidas en concurso para personal no vinculado
5. Convocatoria para personal no vinculado

Considerando que el traslado horizontal, se produce cuando se provee un cargo en vacancia definitiva, con un trabajador en servicio activo, que ocupe un cargo de trabajadores oficial en el SENA dentro de la misma denominación, de un Centro o Regional a donde exista la vacante, en principio en este evento no había afectación de la nómina estatal.

Finalmente es preciso recordar que la convención colectiva es ley entre las partes, en este caso entre el SENA y su(s) Sindicato(s); refiriéndose expresamente en el caso que nos ocupa, ante la existencia de un procedimiento para seleccionar a quienes serán vinculados por medio de contrato de trabajo con el SENA, en calidad de trabajadores oficiales. Igualmente, que este proceso de selección no es el regulado en la Ley [909](#) de 2004 para proveer empleos públicos en

carrera administrativa.

c) CONCLUSIONES

-La Ley de Garantías, Ley [996](#) de 2005, suspende cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta.

-La suspensión de la vinculación a la nómina y la restricción temporal de modificar la nómina estatal, implica que en vigencia de la restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo que se trate de vacantes generadas por renuncia, licencia, muerte o expiración del periodo fijo, indispensables para el cabal funcionamiento de la entidad pública, en los términos expuestos.

-Tampoco pueden efectuarse procesos de ajuste de la planta de personal que involucren creación o supresión de empleos como resultado de procesos de reestructuración o rediseño de la planta de personal, en otras palabras, procede la suspensión de cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal.

-El proceso convencional que se adelanta para celebrar contrato de trabajo con trabajadores oficiales del SENA, no se encuentra inmerso dentro de las excepciones taxativas de la Ley de Garantías. Por tal motivo, considerando que exista afectación en nómina, puede adelantarse el proceso hasta que se seleccione el elegible, en concordancia con los principios de economía y celeridad que amparan la función pública. No obstante, la celebración de los contratos o provisión de vacantes objeto de la convocatoria, una vez se tiene el elegible, no puede efectuarse en vigencia de la Ley de Garantías.

En consecuencia es viable la suspensión de términos para la celebración de los respectivos contratos de trabajo que dan lugar a proveer el cargo, entre tanto se realiza la elección presidencial en primera o segunda vuelta.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil, Radiación número: (1731), M. P. FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE.

2. Beltran, Jorge Hernán. Antología Jurídica en Materia Contractual. 2015.

3. Consejo de Estado. Sentencia No. 0481-2010 del 11 de noviembre de 2010

□

—

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

