

CONCEPTO 54854 DE 2013

(octubre 29)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Contratación instructores

Mediante radicado CPM No. 8-2013-053252 de fecha 21 de octubre de 2013, recibimos su consulta en la que solicita concepto sobre ciertos perfiles para la contratación de instructores.

### PROBLEMA JURÍDICO

Para la contratación de personal de instructores para el programa de Krioul, con ocasión al mismo se han presentado las siguientes situaciones:

1. Contamos con dos personas cuya edad supera los 68 años
2. Una de las personas seleccionadas pertenece a la mesa sectorial de multilingüismo.

Por lo anterior nos asiste la duda de si es posible vincular a los mismos a través de un contrato de prestación de servicios personales.

Previo al pronunciamiento es pertinente citar las normas sobre las cuales versa el objeto de la consulta, así:

### SOPORTES NORMATIVOS

El artículo [13](#) y [25](#) de la Constitución Nacional contempla:

“ARTICULO [13](#). Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En desarrollo a este principio constitucional se expidió la Ley 931 de 2004, Por la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón de la edad ha señalado en el artículo 2 y 3:

ARTICULO [25](#). El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en

condiciones dignas y justas.

ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN. Ninguna persona natural o jurídica, de derecho público o privado, podrá exigir a los aspirantes a ocupar un cargo o ejercer un trabajo, cumplir con un rango de edad determinado para ser tenido en cuenta en la decisión que defina la aprobación de su aspiración laboral. (Subrayado fuera de texto original)

Los requisitos para acceder a un cargo que se encuentre vacante o a ejercer un trabajo deberán referirse a méritos o calidades de experiencia, profesión u ocupación.



ARTÍCULO 3o. RAZONES DE EQUIDAD. A partir de la vigencia de la presente ley, los reglamentos que contemplen restricciones de edad para acceder a un cargo o empleo o un trabajo deberán ser modificados, con el propósito de eliminar esta o cualquier otra limitante que no garantice condiciones de equidad, razones que deberán ser promovidas entre todos los trabajadores. De igual forma, las convocatorias públicas o privadas no podrán contemplar limitantes de edad, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o filosófica. (Subrayado fuera de texto original)

El acuerdo [6](#) de 2010 define las mesas sectoriales así:

Definición. Son instancias de concertación, donde se proponen políticas para la formación y cualificación del recurso humano, mediante procesos de normalización y certificación de competencias laborales, su ámbito es de carácter nacional, sectorial y/o Transversal.

El citado acuerdo relaciona los integrantes

## CAPÍTULO II De los Integrantes

1. Conformación de Mesa Sectorial. Serán constituidas por:

- a) Gremios representativos del respectivo sector de la mesa;
- b) Empresas del sector;
- c) Organizaciones de trabajadores, o trabajadores independientes de reconocida trayectoria técnica del sector;
- d) Pensionados del Sena de reconocida trayectoria técnica;
- e) Instituciones de formación para el trabajo y el desarrollo humano que impartan programas de formación relacionados con el sector;
- f) Centros de Investigación y Desarrollo Tecnológico en temas relacionados con el sector;
- g) Centros de Formación del Sena que lideren la atención al sector;
- h) Entidades Gubernamentales que regulan el sector.

Parágrafo 1. Las Instituciones de Educación Superior cuando lo consideren conveniente.

Parágrafo 2. El Sena promoverá la vinculación de las organizaciones aquí mencionadas en las mesas sectoriales, a través de las diferentes estrategias de comunicación institucionales.

2. Carácter de Integrantes. Serán integrantes de las Mesas Sectoriales quienes teniendo una de las condiciones indicadas en el numeral 1, hayan firmado el acuerdo de voluntades y entregado o remitido por cualquier medio de comunicación al Secretario Técnico de la Mesa Sectorial de su interés o en su defecto a la Dirección del Sistema de Formación para el trabajo.

### 3. Deberes de los Integrantes de las Mesas Sectoriales

- a) Aportar información que permita elaborar el plan anual de trabajo y el plan nacional de normalización y certificación de competencias laborales;
- b) Participar o designar integrantes de su organización para la conformación de los Equipos Técnicos de la Mesa, requeridos para la elaboración y verificación de los productos de Normalización y Certificación de competencias laborales;
- c) Proponer mecanismos de gestión para el trabajo de la Mesa, divulgación y utilización efectiva de los productos desarrollados;

El artículo [5](#) de la ley 1150 de 2007 señala:

“ARTÍCULO [5o](#). DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (subrayado fuera de texto)

“La selección objetiva, según lo enseña la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>3</sup>, es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. (subrayado fuera de texto)

“El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas<sup>4</sup>, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado.” (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante No. de radicación No. 1992-11001-03-06-000-2010-00034-00)

Respecto a su segundo interrogante sobre la presunta inhabilidad por parte de la contratista la Ley 80 de 1993 en sus artículos [8](#) y [9](#), ha señalado:

“ARTÍCULO [8o](#). DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones (o concursos)\* y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en las licitaciones (o concursos)\* o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.
- g) Quienes sean cónyuges o (compañeros permanentes)\*\* y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación (o concurso)\*.
- h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación (o concurso)\*.
- i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación (o concurso)\*, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

Nota: El literal j) del presente numeral, fue adicionado por el [artículo 18 de la Ley 1150 de 2007](#) Así mismo, el literal fue modificado por el [artículo 1 de la Ley 1474 de 2011](#) con el siguiente texto:

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

Nota: El literal k) del presente numeral, fue adicionado por el [artículo 2 de la Ley 1474 de 2011](#) con el siguiente texto:

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones ó a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2,5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso

descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

Nota: El literal k) (sic) del presente numeral, fue adicionado por el [artículo 84 de la Ley 1474 de 2011](#) con el siguiente texto:

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones (o concursos)\* ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, (compañero o compañera permanente)\*\* del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, (compañero o compañera permanente)\*\* o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica

respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Nota: El [artículo 4 de la Ley 1474 de 2011](#) adicionó el literal f) al presente numeral con el siguiente texto:

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal [2o.](#) de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

\*Nota: El [artículo 32 de la Ley 1150 de 2007](#) derogó la expresión: “concurso”.

\*\*Nota: Las expresiones: "compañeros permanentes" y "compañero o compañera permanente" contenidas en el presente artículo, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la [Sentencia C-29 de 2009](#) en el entendido que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo.

“ARTÍCULO [9o.](#) DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación (o concurso), se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Nota: El [artículo 32 de la Ley 1150 de 2007](#) derogó la expresión: “concurso”

## ANÁLISIS JURÍDICO

El artículo [13](#) superior, establece el derecho fundamental a la igualdad prohibiendo cualquier tipo de discriminación por sexo, entre otros factores, y comisionando al Estado a velar en favor de una igualdad real y efectiva. Por otro lado, se encuentra el artículo [25](#) mediante el cual se

establece el derecho fundamental al trabajo al ser este “principio rector del Estado social de derecho y (...) objetivo primordial de la organización política”.

A partir de estos derechos contemplados en la carta magna, la Ley 931 de 2004 protege el derecho al trabajo en condiciones iguales y más específicamente, en situaciones donde la edad se constituya como factor de discriminación. Así, se prohíbe que las convocatorias públicas o privadas contemplen limitantes de edad o sexo, entre otros. Las personas naturales o jurídicas que violen tal disposición serán sancionadas con multas por parte del Ministerio de trabajo.

## RESPUESTA JURÍDICA

Tal y como lo establece la Ley 931 de 2004, en las convocatorias tanto públicas como privadas está prohibido establecer condiciones en relación a la edad del oferente, por lo que en relación a la edad de los futuros contratistas no puede haber ningún tipo de restricción.

Ahora bien en relación a la posible inhabilidad del futuro contratista por pertenecer a la mesa sectorial de bilingüismo, debemos anotar que las inhabilidades son consideradas como aquellas circunstancias previstas en la Constitución o en la ley, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público, como también en ciertos casos impiden que la persona que ya viene vinculada a la función pública continúe en ella; además, tales circunstancias pueden tener consecuencias respecto de las personas que van a celebrar o han celebrado contratos con el Estado(1); en general estas previsiones normativas tienen como objetivo lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a entablar relaciones jurídicas con el Estado.

En cuanto a la naturaleza de los regímenes de inhabilidades, la Corte(2) ha señalado:

“La expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño. Entre esas cualidades se encuentran la idoneidad, moralidad y probidad de las personas para cumplir con determinadas responsabilidades. Por lo tanto, el propósito moralizador del Estado que persigue alcanzar un régimen de inhabilidades y cuyo sustento radica en la misma Carta Política, según se ha analizado en numerosa jurisprudencia esta Corporación, logra hacerse efectivo, precisamente, a través del desempeño de las funciones públicas en esos términos de idoneidad, moralidad y probidad, pues de esta manera se asegura el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidos, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio”.

Sobre el alcance y contenido del régimen de inhabilidades previsto para quienes aspiran a celebrar contratos con el Estado, la Corte(3) ha dicho:

“El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado”.

Así las cosas, resulta claro que el legislador impone al servidor público deberes positivos de conducta y, de la misma forma, consagra prohibiciones, impedimentos inhabilidades o situaciones de conflicto de intereses que imponen deberes negativos o conductas en las que no debe incurrirse, con el mismo propósito de preservar la observancia de los principios que gobiernan la función pública, todos ellos encaminados a garantizar la transparencia e imparcialidad del servidor público, así como la igualdad de trato del Estado frente a los administrados y a evitar que el interés privado o particular del servidor oriente su actuación.

Dentro de este contexto se debe tener en cuenta que las causales de inhabilidad e incompatibilidad se encuentran taxativamente señaladas en la Ley, por lo que no se podría por analogía o interpretación, darle alcance a ciertas situaciones. Luego es claro que la situación planteada no se subsume dentro de ninguna de las allí descritas.

El presente concepto se emite, de conformidad con lo preceptuado en artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa



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)

