

CONCEPTO 28418 DE 2022

(abril 21)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

## SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Coordinadora del Grupo de Relaciones Laborales. Secretaria General  
DE: Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa.  
ASUNTO: Nombramiento trabajador oficial Ley Garantías.

En respuesta a su comunicación electrónica con radicado No. 01-9-2022-025122 y NIS 2022-02-114628, recibida el pasado 04 de abril, mediante la cual solicita concepto acerca del nombramiento de trabajadores oficiales en el período de garantías electorales, de manera comedida abordamos su solicitud de la siguiente manera:

En la solicitud de concepto se manifiesta lo siguiente:

“El Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, en su planta de personal cuenta con 680 cargos de trabajador oficial que se proveen mediante los mecanismos establecidos en la Convención Colectiva de trabajo vigente SENA – SINTRASENA y el Instructivo Selección de trabajadores oficiales GTH-I-004, a través de las siguientes fases: / 1. Aviso de traslado horizontal: .../2. Aceptación de elegibilidades obtenidas en concurso para personal vinculado: .../3. Convocatoria para personal vinculado:...”

Por otra parte, el artículo [32](#) de la Ley 996 de 2005 de “Garantías Electorales”, suspende “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”. En vigencia de esta restricción no se podrán crear nuevos cargos ni proveer las vacantes definitivas, salvo en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa, es decir, en caso de nombramientos en período de prueba de quienes hayan sido seleccionados en los concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. (resaltado fuera de texto)

Si bien los procesos para proveer vacantes de cargos de trabajador oficial, no se rigen por las normas de carrera, ni son adelantados por la CNSC, son resultado de los acuerdos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo SENA-SINTRASENA. Como lo indicamos anteriormente, en todas las fases descritas, la provisión del cargo no conlleva a una modificación a la planta en cuanto a número y/o vinculación nueva, dado que se trata solamente de modificación a un contrato ya existente de un trabajador en servicio activo en el SENA.

Por lo anterior, de manera atenta solicitamos su concepto frente a la viabilidad de modificar los contratos resultantes de los procesos de provisión como resultado de las fases indicadas, en vigencia de la Ley [996](#) de 2005.”

## PRECEDENTES NORMATIVOS

Para el análisis del presente concepto se tendrán en cuenta los siguientes fundamentos normativos y doctrinales:

Constitución Política artículo [60](#). “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” En concordancia con los artículos [29](#), [122](#) y [123](#); preceptos que en conjunto fundamentan el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, y como principal arista se resalta para esta situación aquella que concluye que los servidores públicos sólo pueden actuar en el marco de sus competencias, como de lo señalado en la Constitución y la Ley.

-El artículo [32](#) de la Ley 996 del 2005-Ley de Garantías: “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.”

Concepto 353971 de 2021. Departamento Administrativo de la Función Pública:

“No se puede proceder con la firma de nuevos contratos de trabajo en vigencia de la ley de garantías, salvo que se trate de solventar situaciones tales como: renunciaciones, licencias o muerte del titular de un empleo cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.”

Concepto 353841 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública. Circular Conjunta No. [006](#) de 2021. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; Director del Departamento Administrativo de la Función Pública:

“Con respecto a la 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, es decir, desde el 29 de enero de 2022 y hasta la elección en segunda vuelta, si fuere el caso. Queda exceptuada de la anterior restricción, lo referente a: La defensa y seguridad del Estado (...) 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.”

Al respecto, es necesario citar el Concepto del 1 de abril de 2014. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00074-00. Radicación interna: 2207. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consideró el criterio que se debe atender para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo:

“De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional, en la cual se analizó la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley [996](#) de 2005 se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la provisión de cargos:

- 1) Determinó que la finalidad de la restricción es impedir que las vinculaciones se hagan para buscar favores políticos en las contiendas electorales.
- 2) Fijó el alcance de las excepciones a la norma restrictiva en relación con dos elementos: la protección de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.

3) Estableció una connotación especial a la expresión “afecte” la nómina estatal, en el sentido de limitarla a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de estos.

4) Salvaguardó de la restricción las situaciones tales como la renuncia, licencia o muerte y ligó la provisión de los cargos en estas circunstancias a la condición de ser indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública. (...) (C-1153 de 2005).

Los artículos [32](#) y el inciso final del párrafo del artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, ordenan suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y prohíben modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente.

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean “indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”.

Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa.

Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el funcionario nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer” (Subrayas fuera del texto).

Concepto No. [19603](#) de 2018. Dirección Jurídica SENA.

“-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 SENA, expidió la Circular [170](#) de 2021 señalando en el numeral 4 RESTRICCIONES A LA VINCULACIÓN DE PERSONAL O MODIFICACIÓN DE LA NÓMINA ESTATAL

Además de las restricciones señaladas en la contratación y la celebración de convenios, la Ley 996 de 2005, en el artículo [32](#)[1], establece restricciones a la modificación de la nómina de las

entidades estatales (Nivel Nacional o Territorial) en los siguientes términos:

Restricciones:

- No se podrá vincular o desvincular personal o modificar la nómina estatal.
- Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En el período de restricción se podrá:

1. “Realizar los nombramientos de quienes hayan sido seleccionados en concursos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC.
2. Provisión de vacantes definitivas generadas por renuncia, muerte o expiración del periodo fijo, indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.
3. Provisión de empleos vacantes temporales o definitivas a través de la figura del encargo a servidores públicos de carrera, siempre y cuando las necesidades del servicio lo requieran.
4. Traslados para proveer las vacantes definitivas para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.
5. Retirar del servicio a un funcionario que cumpla la edad de retiro forzoso”[2]

## ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el asunto consultado, es menester precisar que el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica no resuelve casos particulares ni entra a analizar situaciones concretas que son del resorte de las áreas o instancias institucionales que tienen la competencia para abordarlos y resolverlos o brindar la orientación o asesoría pertinente.

De acuerdo con la normatividad aplicable a la situación planteada, como a los diversos conceptos emitidos al respecto, se concluye que no es viable la realización de la vinculación de trabajadores oficiales, aún a pesar de que se considere que con ello se cumplen acuerdos convencionales previos al período de restricciones por aplicación de la Ley de Garantías.

Se aclara, que por tal motivo se resaltaron apartes del contenido de la solicitud de concepto, pues se denota que la consideración por parte de la dependencia interesada consiste en que por cuanto no se amplía, disminuye o cambia parte de la nómina del SENA, no existiría vulneración a la prohibición analizada, lo cual no coincide con la realidad o resultado material de una posible vinculación de trabajador oficial, resultado del procedimiento convencional.

En efecto, la Convención Colectiva SENA-SINTRASENA vigente establece como lo señala la solicitud analizada que para ocupar las vacantes de trabajadores oficiales se surten etapas descritas así:

“2. Aceptación de elegibilidades obtenidas en concurso para personal vinculado: se produce cuando se provee una vacante con un trabajador oficial en servicio activo en el SENA que, mediante concurso previo, obtuvo un lugar en lista de elegibles, se trata básicamente de un

ascenso. En este caso la modificación del contrato ya existente se refiere solo a la denominación del cargo, lugar de trabajo e IDP de planta.

3. Convocatoria para personal vinculado: se produce cuando se provee una vacante con un trabajador en servicio activo que obtuvo el primer puesto en concurso previo. En este caso la modificación del contrato del trabajador oficial en servicio activo en el SENA, se refiere solo a la denominación del cargo, lugar de trabajo e IDP de planta, se trata básicamente de un ascenso.”

Luego en estos casos, donde se refiere expresa e indudablemente a un ascenso, se puede determinar que, la nómina se modifica por el aumento en el pago que generan las nuevas condiciones del contrato laboral concreta y directamente en su salario, y ello en aumento del mismo, luego se modifica el valor de la nómina, lo que expresamente se prohíbe en el actual período de aplicación de la ley de garantías y por otro lado al tratarse de un ascenso se infiere sin equívoco alguno la existencia de la relación laboral vigente, por ende, tampoco se cumple la condición de excepciones que señala la Ley de garantías, por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva.

De otra parte, como entidad pública del nivel nacional, no le es dable ir en contravía de las disposiciones legales que restringen la afectación de la nómina encausando la justificación necesaria para poder llegar a efectuarse nombramientos o provisiones, por el simple hecho de tratarse de un ascenso, producto de una convocatoria que no corresponde a concurso celebrado por la Comisión Nacional de Servicio Civil, sino producto de una convocatoria interna contemplada en la convención colectiva de trabajo, ya que tal postura interpretativa desdibujaría el principio de legalidad aplicable al análisis del alcance de la prohibición, el cual únicamente ha aceptado como posibles, las excepciones que la misma ley plantea.

Puesto que ello no es así, es justamente como se recalca por la consultante, que se efectuarían nombramientos; lo cual es otro aparte de la norma restrictiva, y tales nombramientos modifican la nómina estatal, y que, sin ser producto de un procedimiento de carrera administrativa, no es procedente su realización por la prohibición enmarcada en la Ley [996](#) de 2005.

También es prudente reiterar lo señalado en el concepto No. 19603 de 2018. Dirección Jurídica SENA, para que la dependencia solicitante pueda evaluar y tomar las decisiones que le asisten, el cual señala: “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.”

Por último, cabe resaltar que en el caso de los trabajadores oficiales la vinculación de estos servidores públicos se realiza mediante contrato de trabajo que contiene sus condiciones laborales y las propias de la convención colectiva de Trabajo, pero no por ello deja de ser una modalidad de ingreso al servicio público en general, donde los costos son asumidos por el presupuesto público.

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.

Cordial saludo,

Gloria Acosta Contreras

Coordinadora

Grupo Conceptos Jurídicos y Producción Normativa - Dirección Jurídica

Dirección General



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)

