

CONCEPTO 32139 DE 2020

(mayo 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PARA: XXXXX, Secretaria General SENA

DE: XXXXX, Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014.

ASUNTO: Concepto aplicación ley de cuotas en proceso de meritocracia.

En respuesta a su comunicación 8-2020-030962 del 14 de mayo de 2020, mediante la cual solicita concepto sobre la aplicación de la ley de cuotas en el proceso de meritocracia para la selección de los cargos de Director Regional y Subdirector de Centro a través de las convocatorias 1 y 2 de los años 2019 y 2020, de manera comedida le informo.

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

#### PRECEDENTES NORMATIVOS

En el análisis del tema objeto de la consulta se tendrán en cuenta como antecedentes normativos la Constitución Política de Colombia, Decreto Ley 3135 de 1968, Ley 27 de 1992, Ley [909](#) de 2004, Decreto [249](#) de 2004, Ley [581](#) de 2000, Decreto [1083](#) de 2015, Sentencias C-514 de 1994, C-371-00, Consejo de Estado fallo 1631 de 2006, entre otras.

#### ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el asunto consultado se analizarán los preceptos constitucionales relativos a los cargos de libre nombramiento y remoción, proceso de selección y la ley de cuotas en empleo público.

#### 1. SERVIDORES PÚBLICOS /EMPLEADOS PÚBLICOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

La Constitución Política en su artículo [123](#) establece:

"ARTICULO [123](#). Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

La misma Constitución Política: en su artículo [125](#) señala:

"ARTICULO [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.” (Subraya fuera de texto)

Con relación a lo citado anteriormente, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y remoción y los denominados trabajadores oficiales, entre otros, que determine la ley. Así señaló la Corte Constitucional en la Sentencia SU-539 de 2012:

“[...] los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de esa regla general. Ahora bien, la validez constitucional de definir un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de si tal definición satisface las siguientes condiciones: (i) esa denominación tiene fundamento legal, lo que en el caso de la carrera judicial implica que los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos por el legislador de manera expresa, pues se entiende que son de carrera los cargos que no se encuentren previstos en una ley como de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; y, (iii) para el ejercicio del cargo se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, dada la trascendencia de las tareas encomendadas.”

Respecto a las clases que existen de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, señala:

“ARTICULO 5o. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (...)”.

Por su parte el Decreto [1083](#) de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, establece los tipos de vinculación a la administración pública, señalando:

“ARTÍCULO [2.2.30.1.1](#). TIPOS DE VINCULACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Los empleados públicos están vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales por un contrato de trabajo.

En todos los casos en que el empleado se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Se puede precisar que existen unas excepciones a la regla general que promueve la Constitución Política en la cual excluye del sistema de carrera administrativa los empleos de libre nombramiento y remoción, tal calidad se argumenta en las definiciones que ha establecido el legislador de forma justificada

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado en la Sentencia C-514 de 1994. MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, lo siguiente:

"...las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata..."

Es clara la Corte Constitucional en advertir que la determinación de que un cargo pueda clasificarse como de libre nombramiento y remoción se establecerá con base en la estructura orgánica y funcional de cada órgano, entidad o nivel, sin que para ello se pueda dar un lineamiento generalizado que permita ubicar los cargos en las mismas denominaciones.

Frente a lo expresado, la Ley [909](#) de 2004 establece:

“ARTICULO [5o](#). CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.
2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: (...).

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional: Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.”

## 2. PROCESOS DE SELECCIÓN DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

En el marco del precepto constitucional que señala que los cargos de libre nombramiento y remoción no deben ser provistos mediante concurso de méritos para ser seleccionados, hoy en

día, atendiendo a los principios de transparencia, mérito y de oportunidad, las entidades públicas han propendido por realizar concursos para la provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, tal como se destaca en el Decreto [1083](#) de 2015:

“ARTICULO [2.2.13.2.1](#). Transparencia en los procesos de vinculación de servidores. En la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción de la Rama Ejecutiva del orden nacional y de los niveles diferentes al técnico y al asistencial, sin perjuicio de la discrecionalidad propia de la naturaleza del empleo, se tendrán en cuenta la transparencia en los procesos de vinculación de servidores, las competencias laborales, el mérito, la capacidad y experiencia, las calidades personales y su capacidad en relación con las funciones y responsabilidades del empleo.”

La discrecionalidad de la entidad y los mecanismos que la misma promueva para el control y transparencia de la provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, no impide que se pueda desarrollar mediante un proceso de selección, con lo cual no se realiza modificación de la naturaleza de los cargos a ofertar. Sin embargo, el artículo [305](#) superior en su numeral 13 indica:

“ARTICULO [305](#). Son atribuciones del gobernador: (...).

13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.”

Esta disposición se articula con lo preceptuado en el Decreto [1083](#) de 2015 que señala:

“ARTICULO [2.2.28.1](#). Designación. El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.”

“ARTÍCULO [2.2.28.2](#) Conformación de ternas. La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.

Los representantes legales de las entidades objeto del presente decreto, efectuarán los trámites pertinentes para la realización del proceso de selección público abierto, el cual podrá efectuarse directamente por la entidad pública, o con universidades públicas o privadas, o con entidades privadas expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

PARÁGRAFO. El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Título, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones. (Decreto 1972 de 2002, art. 2)” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Para el caso del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el Decreto [249](#) de 2004, que modificó la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA establece en su artículo [23](#) el mecanismo para la provisión de los cargos de gerentes públicos:

"ARTICULO [23](#) Direcciones Regionales y del Distrito Capital. Las Direcciones Regionales y la Dirección del Distrito Capital, serán ejercidas por un Director de libre remoción, que será representante del Director General, escogido por el correspondiente Gobernador de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo [305](#) de la Constitución Política, de ternas seleccionadas mediante un proceso meritocrático y tendrán la responsabilidad de coordinar, administrar y velar por la ejecución de las actividades del SENA y de los Centros de Formación Profesional Integral, dentro del área de su jurisdicción conformada por el respectivo Departamento o por el Distrito Capital, según el caso, así como de las delegaciones que al efecto realice la Dirección General del SENA.

Las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, serán: Cundinamarca, Antioquia, Valle, Santander, Atlántico, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cauca, Cesar, Córdoba, Guajira, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Quindío, Risaralda, Tolima, Caquetá, Casanare, Chocó, San Andrés, Sucre, Amazonas, Arauca, Guainía, Guaviare, Putumayo, Vaupés, Vichada y la Dirección del Distrito Capital” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Bajo el supuesto normativo para la selección de los gerentes públicos, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA dio apertura a las convocatorias 1 y 2 de los años 2019 y 2020, respectivamente:

"Que mediante Resoluciones No. 1-1990, 1-1991 del 12 de noviembre de 2019 y 1-2011 del 13 de noviembre de 2019, el SENA ordenó la apertura de procesos de selección meritocráticos identificados como Convocatoria 1 y 2 de 2019, para la conformación de ternas con las cuales se proveerán ocho (8) empleos de Director Regional y veintinueve (29) empleos de Subdirector de Centro de gerencia pública del SENA."

### 3. LEY DE CUOTAS EN EL EMPLEO PÚBLICO

La Ley 581 de 2000 garantiza la participación de la mujer en todos los niveles de las ramas del poder público, cuya finalidad la contempla el artículo [1](#)o así:

"ARTICULO [1](#). FINALIDAD. La presente ley crea los mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, le den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tiene derecho en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público, incluidas las entidades a que se refiere el inciso final del artículo [115](#) de la Constitución Política de Colombia, y además promuevan esa participación en las instancias de decisión de la sociedad civil."

Para los efectos de la participación, se incluyó que la misma aplicara a los cargos de mayor jerarquía y a los cargos de libre nombramiento y remoción, estipulando la Ley [581](#) de 2000 lo siguiente:

"ARTICULO [2](#) CONCEPTO DE MAXIMO NIVEL DECISORIO. Para los efectos de esta ley, entiéndase como "máximo nivel decisorio", el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

"ARTICULO [3](#) CONCEPTO DE OTROS NIVELES DECISORIOS. Entiéndase para los efectos de esta ley, por "otros niveles decisorios" los que correspondan a cargos de libre nombramiento y remoción, de la rama ejecutiva, del personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la rama judicial."

Para las cuotas de participación, la Ley [581](#) de 2000 estableció porcentajes, respecto de los cargos del nivel decisorio a proveer, indicando:

"ARTICULO [4](#)o. PARTICIPACION EFECTIVA DE LA MUJER. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos [2](#)o. y [3](#)o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo [2](#)o., serán desempeñados por mujeres;

b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo [3](#)o., serán desempeñados por mujeres. (...)"

Frente a las excepciones de que trata los porcentajes en los cargos del nivel decisorio, la Ley [581](#) de 2000 plantea:

"ARTICULO [5](#)o. EXCEPCION. (...) Tampoco se aplica a la provisión de los cargos de elección y a los que se proveen por el sistema de ternas o listas, los cuales se gobiernan por el artículo [6](#)o. de esta ley." (Subrayas fuera del texto)

"ARTICULO [6](#)o. NOMBRAMIENTO POR SISTEMA DE TERNAS Y LISTAS. Para el nombramiento en los cargos que deban proveerse por el sistema de ternas, se deberá incluir, en su integración, por lo menos el nombre de una mujer. Para la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción."

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-371-00, se pronunció en relación con la aplicabilidad de la norma en la provisión del sistema de terna y listas, indicando:

"(...) No obstante, respecto de esta medida, vale la pena señalar que la Corte no comparte el criterio de algunos de los intervinientes, en el sentido de que la inclusión de mujeres en las listas y ternas es un "simple saludo a la bandera". Si bien este mecanismo no es tan eficaz como la cuota, pues no hay garantía de que las mujeres serán elegidas, la experiencia internacional ha demostrado que una medida como la que se estudia, si viene acompañada con un respaldo y compromiso serio de las autoridades, ayuda a aumentar la participación de la mujer en cargos de poder.

"(...) Lo anterior le permite sostener a la Corte que el mecanismo estudiado no es un simple requisito, sin mayores consecuencias. Pero se insiste en que su eficacia depende de un verdadero compromiso de las autoridades nominadoras por garantizar una participación equitativa entre hombres y mujeres, en el desempeño de los empleos en cuestión."



Adicionalmente, respecto de la aplicabilidad de la norma en la provisión del sistema de ternas y listas, el Consejo de Estado en Sentencia con radicado 1631 de 2006(SIC), señaló:

"(...) Es así como concluye la Sala que la Junta Administradora Local de Rafael Uribe Uribe debe inaplicar los referidos decretos para que le sea posible cumplir la obligación contenida en el artículo [6o](#) de la Ley 581 de 2000. Claro está que la inaplicación únicamente se predica en lo que respecta a la conformación de la terna por el sistema del cuociente electoral, pues las demás etapas del procedimiento de selección de los integrantes de la terna, principalmente el proceso meritocrático contemplado en los Decretos 1350 y 142 de 2005 no se oponen a los propósitos de la mencionada ley estatutaria. En otras palabras, una mujer sólo tendrá derecho a ocupar un lugar en la terna de candidatos a alcalde local, siempre que haya superado el proceso meritocrático, circunstancia que acontece efectivamente en el sub judice, pues 3 mujeres pasaron tal etapa (fl. 109)." (Subrayas fuera de texto)

## RESPUESTA JURÍDICA

Con fundamento en lo expuesto, se procede a responder el interrogante planteado así.

PREGUNTA: ¿Aplica la Ley de Cuotas para las convocatorias 1 y 2 de los años 2019 y 2020?

RESPUESTA. La Ley [581](#) de 2000 o ley de cuotas que obliga a la inclusión de una mujer en una terna, sería aplicable siempre y cuando al menos una mujer haya superado el respectivo proceso meritocrático

En este sentido la conformación de las ternas deberá estar integrada al menos por mujer con el fin de garantizar el cumplimiento de la norma y la inserción desde la perspectiva de género que tiene como finalidad la Ley de cuotas, siempre y cuando esta haya superado el proceso de meritocracia, cumpliendo con los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad. En este sentido la designación de las ternas en los cargos de la entidad, deberá sujetarse a lo establecido en la normatividad evaluada.

En el caso consultado debe precisarse que cada convocatoria que realice para seleccionar a los Directores Regionales o Subdirectores de Centro debe contener las reglas que la regirán y las normas en que se sustenta, de todas maneras debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo [6o](#) de la Ley 581 de 2000 que fomenta la participación de la mujer en el nivel decisorio, basado en los principios de igualdad y no discriminación, enmarcada en acciones afirmativas que permitan adoptar medidas dirigida a favorecer a la mujer, reduciendo las desigualdades de tipo social, cultural o económico.

Ahora bien, sin en una convocatoria para seleccionar Directores Regionales o Subdirectores de Centro no se incluyó la participación de la mujer, de todas maneras debe darse aplicación a la dispuesto en el artículo [6o](#) de la Ley 581 de 2000, en el sentido de incluir en la terna al menos a una mujer, siempre y cuando la mujer que se incluya haya superado el proceso meritocrático.

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,

ANTONIO JOSÉ TRUJILLO ILLERA

Coordinador Grupo de 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)

