

CONCEPTO 2201014 DE 2014

(enero 22)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

En atención a su email mediante el cual consulta sobre si existe alguna normatividad que establezca una inhabilidad para celebrar contratos con el SENA, respecto de los familiares con parentesco en cualquier grado de consanguinidad, afinidad o civil de los miembros de los Consejos Regionales y si es posible realizar cambios en las coordinaciones de la Regional a través de traslados horizontales del personal de planta, teniendo en cuenta que Ley de Garantías que se encuentra vigente congela la Planta actual, al respecto le informo lo siguiente:

Las inhabilidades han sido definidas como una circunstancia que no le permite a una persona ejercer u obtener un empleo o un contrato, es decir que existe una prohibición legal para desempeñar ciertas funciones en un cargo determinado.

La Corte Constitucional en la sentencia C-489 de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, expreso lo siguiente:

“Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

Así, para la Corte Constitucional, la consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación. Por su parte, las incompatibilidades son también prohibiciones que señala la Constitución Política o la ley por situaciones que vive y que le impiden a la persona ocupar algunos cargos públicos o contratar con las entidades del Estado.”

Es decir que cuando se presenta una inhabilidad o una incompatibilidad se está frente a una limitación que excluye a ciertas categorías de personas para contratar con el Estado y dado que se trata de limitaciones al ejercicio de derechos y libertades, las inhabilidades e incompatibilidades deben estar taxativamente señaladas en la Constitución o en la ley. Esa taxatividad entrega seguridad al particular, quien de esta manera, puede conocer las actividades que le es vedado realizar; y por otra parte, da seguridad a la administración, que se reviste de un marco ético para evitar conductas que potencialmente ocasionan un riesgos.

El artículo [8](#) y [9](#) de la ley 80 de 1993, adicionados por la ley [1150](#) de 2007 y la Ley [1474](#) de 2011, establecen las causales por las cuales una persona se encuentra inhabilitada para contratar

o cuando se presenta una incompatibilidad o inhabilidad sobreviniente.

Cabe resaltar que dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional ha expresado que “el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos”. (Sentencia C-200-01. M. P. Eduardo Montealegre Lynett) el artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993, señala: son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

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

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 por lo anterior, se encuentran inhabilitados para contratar con el SENA los familiares con parentesco en cualquier grado de consanguinidad, afinidad o civil de los miembros de los Consejos Regionales.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de cambiar la coordinación de la regional a través de traslados horizontales del personal de planta teniendo en cuenta que la ley de garantías congela la planta actual, al respecto le informo que la Ley 966 de 2005, es el instrumento jurídico que garantiza las condiciones de igualdad y equidad entre los candidatos cuya aplicación procede en las campañas electorales a la Presidencia de la República, para lo cual contiene una serie de disposiciones especiales aplicables a los eventos en que en las elecciones presidenciales participen como candidatos quienes están en ejercicio de los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República; y en las campañas electorales que se adelanten para la provisión de los demás cargos de elección popular nacionales y territoriales.[2]

Es por ello que el SENA como establecimiento público del orden Nacional le es aplicable las disposiciones previstas en la Ley 966 de 2005.

Ahora bien, el artículo [32](#) de la ley 996 de 2005 establece que durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, 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, con sus excepciones.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, sobre la vinculación de la nómina estatal, señaló:

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

(...) Ahora bien, 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.” (negrilla fuera de texto)

Por otra parte, el artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005, sobre las prohibiciones para los servidores públicos, dispone:

“A los empleados del estado les está prohibido: (...) la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargo 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.”

Así mismo, el Consejo de Estado en Concepto Número 1.839 de julio 26 de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos respecto al Alcance de la prohibición contenida en el párrafo del Artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005 de modificar la nómina en entidades del Estado del orden territorial, señaló:

“III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del párrafo del artículo [38](#) de la ley 996 de 2005.

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo [38](#) de la ley estatutaria de garantías electorales, 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 en dos casos:

- La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

- Aplicación de las normas de carrera administrativa.

Estas excepciones desde una perspectiva constitucional son razonables, en la medida en que los nombramientos que la ley autoriza realizar se fundamentan en hechos objetivos: la renuncia irrevocable o la muerte del servidor que se reemplaza. Se trata entonces de una autorización que por vía de excepción permite proveer un cargo en razón a la necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo.

Siendo, las normas que consagran prohibiciones o limitaciones al ejercicio de un derecho o de las funciones atribuidas por ley a un servidor público, de aplicación restrictiva, en opinión de esta Sala, no es viable extender su aplicación a casos no contemplados en el artículo [38](#) de la ley de garantías.”

De igual manera, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, en sentencia radicada bajo el No. 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09) del 12 de diciembre de 2012, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, sobre la nulidad del acto de nombramiento en procedencia de la acción electoral, señaló:

2.- La prohibición de alterar la nómina en época preelectoral, por disposición de la Ley 996 de 2005: restricción legal a la facultad discrecional del nominador.

El párrafo del artículo [38](#) de la Ley 996 de 2005 dispone lo siguiente:

"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."

Como lo sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, de acuerdo con las expresiones usadas por el legislador a lo largo del párrafo transcrito, las prohibiciones en él consagradas aplican a todas las elecciones a cargos de elección popular", incluyendo las presidenciales.

La disposición en cita prohíbe expresamente a sus destinatarios hacer vinculaciones en las nóminas durante los cuatro meses anteriores a "las elecciones a cargos de elección popular", con lo cual está ordenando a las autoridades territoriales que en los cuatro meses anteriores a las elecciones presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, no pueden hacer modificaciones en la nómina del respectivo organismo o entidad territorial, salvo las excepciones consagradas: a) la aplicación de la carrera administrativa, y b) cuando en la nómina se produzcan vacantes por "muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada", es decir, por las causales establecidas en los literales d) y m) del artículo [41](#) de la ley 909 de 2004.

La interdicción para hacer nombramientos comprende absolutamente todos los certámenes comiciales celebrados en Colombia y se extiende a los empleos de libre nombramiento y remoción, como lo ha venido sosteniendo la Sala, pues a pesar de que la reelección presidencial fue el motor de la expedición de la ley de garantías electorales, la finalidad del legislador fue depurar los procesos electorales, introduciendo principios de ética política, motivo por el cual su aplicación extensiva a todos los procesos electorales "favorece la democracia, en la medida en que introduce transparencia en los certámenes comiciales alejando estrategias, conductas y costumbres que conspiran contra la pureza del sufragio".

(...) Así las cosas, para la Sala es claro que los Gerentes o Directores de las entidades descentralizadas como la demandada, están llamados a respetar la prohibición de modificar la nómina de su respectiva entidad, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones Presidenciales, de Congreso de la República, de Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes y demás comicios electorales, restricción que de no ser acatada, apareja en el actuar administrativo un vicio de nulidad por violación de la ley, al tenor del artículo [84](#) del C.C.A." (negrilla fuera de texto)

Por lo anterior y teniendo en cuenta la restricción prevista en el artículo [32](#) y [38](#) de la Ley 996 de 2005, a las entidades del orden nacional y territorial no podrá modificar la nómina dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, lo cual incluye el nombramiento en cargos del nivel directivo y hacer nombramiento provisionales pues solo es procedente en los casos expresamente exceptuados como son la 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.

En consecuencia, es viable realizar cambios en las coordinaciones de la Regional, toda vez que la ley de garantías suspendió cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo las excepciones como son: Solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte, cuya provisión sea indispensable para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o Provisión de cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos o aquellos necesarios para el cubrimiento de emergencias educativas, sanitarias, hospitalarias y desastres.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa

SENA – Dirección General Torre Sur Piso 3

mvlozano@sena.edu.co

Teléfono +57(1) 546 1500 IP 12508

Dirección: Calle 57 No. 8-69. Bogotá, D.C. - Colombia

<http://www.sena.edu.co>

Facebook: SENAComunica Twitter: @SENAComunica

SENA, Más Trabajo

Proyecto: Cristy Garcia



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)

