

CONCEPTO 16579 DE 2024

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Sandra Patricia Torres Benavides - Subdirectora de Centro Agroempresarial y
Minero - Regional Bolívar - 13910

DE: Martha Bibiana Lozano Medina, Coordinadora Grupo Coordinación Nacional de
Producción Normativa y Conceptos Jurídicos - Dirección Jurídica – 1-0020

ASUNTO: Concepto cumplimiento circulares - contratación pensionados

Mediante comunicación Rad 13-9-2024-003323 de fecha 13 de marzo de 2024 solicita se aclare si los elementos establecidos en las circulares [124](#) de 2008, [021](#) de 2009 y [020](#) de 2010, son de carácter obligatorio o quedan a disposición del ordenador del gasto aplicar estos parámetros para la contratación de pensionados, en cuanto bajo que parámetros rige la autonomía del ordenador del gasto para la contratación de pensionados, si sólo aplica para la evaluación de los elementos o para decidir si se tienen o no en cuenta estos elementos para la contratación de pensionados.

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.

ANÁLISIS

1°. Como quiera que en su consulta se refiere a si los elementos establecidos en las circulares [124](#) de 2008, [021](#) de 2009 y [020](#) de 2010 son de carácter obligatorio o queda a disposición del ordenador del gasto aplicar estos parámetros para la contratación de pensionados, debemos referirnos a la naturaleza de las denominadas Circulares bien porque produzcan efectos jurídicos o tengan carácter meramente informativo o instructivo. Al respecto cabe mencionar lo expuesto por el Consejo de Estado en Sentencia 10 de marzo de 2005:

“(…) las circulares de servicio han sido definidas como una ´orden que una autoridad superior dirige a todos o gran parte de sus subalternos´; a diferencia de las circulares informativas, que responden a ´cada una de las cartas o avisos iguales dirigidos a diversas personas para darles conocimiento de alguna cosa´...”. [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, expediente 54001-23-31-000-2004-00750-01(ACU)]

Ahora, con ocasión del cambio jurisprudencial que se produjo con la expedición del artículo [137](#)[1] del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley [1437](#) de 2011) respecto del control judicial de las denominadas circulares por vía del medio de control de simple nulidad, la Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia de 27 de noviembre de 2014, expresó:

“(…) En consecuencia, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho y de una mayor materialización del propósito perseguido por el legislador al definir la

efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico como objeto de la jurisdicción (artículo [103](#) CPACA) y a los “actos (...) sujetos al derecho administrativo” como parte del ámbito de sus competencias (artículo [104](#) CPACA), y en virtud de la interpretación literal y sistemática de lo previsto por el párrafo 3o del artículo [137](#) CPACA y de las consideraciones antes expuestas sobre la predilección de la hermenéutica que promueva el efecto útil de las disposiciones normativas que controlan el ámbito de actuación del contencioso administrativo, entiende la Sala que toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración.

(...)

Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción. En últimas son un mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con éstas ha de ser total...” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00533-01)

No obstante, la misma Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia de 20 de febrero de 2020 rectificó la anterior jurisprudencia del año 2014 y señaló:

“(...) Del análisis de las providencias dictadas en sentido contrario al pronunciamiento del año 2014, denominado “ensanchamiento del ámbito del control judicial” y de lo aquí expuesto, la Sala rectifica dicha posición, que permitía ejercer control judicial respecto de todas las denominadas circulares, instrucciones u órdenes, para, en su lugar, señalar que serán pasibles de enjuiciamiento ante la jurisdicción las decisiones administrativas, independientemente de su denominación, solo aquellas que tengan la capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes y, por lo mismo, controladas por las causales de nulidad previstas por el legislador...” [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, radicación número 11001-03-24-000-2010-00317-00]

De otro lado, la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 100921 de 2021 se refirió al concepto de circular:

“(...) La Circular es una comunicación emitida por una autoridad superior a una inferior sobre un tema y con un propósito específico. Este documento es empleado para transmitir instrucciones y decisiones y así mismo tienen el carácter de obligatorias para los subordinados, sin tener las características de reglamento. Las circulares deben expresar el criterio jurídico o interpretación que un órgano administrativo formula en textos un tanto complejos sobre la legislación que aplica’.

De acuerdo a (sic) lo anteriormente transcrito se puede establecer que las circulares son documentos emitidos por las entidades públicas para transmitir instrucciones y decisiones y así mismo tienen el carácter de obligatorias para los subordinados, en donde se expresa un criterio jurídico o interpretación...”

2°. Mediante Concepto 01-9-2024-011769 de 2024 (29 de febrero) el Grupo Coordinación Nacional de Producción Normativa y Conceptos Jurídicos de la Dirección Jurídica señaló que la prohibición contenida en los artículos [128](#) de la Constitución Política y [19](#) de la Ley 4ª de 1992 se predica de aquella persona que en ejercicio de la función pública llegue a desempeñarse como servidor público. Empero, dicha prohibición no se aplica a los pensionados, quienes no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, tal como se desprende de lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 1344 de 2001 y la Corte Constitucional en la Sentencia 072 de 2003. (Ver también Conceptos 017045 de 2023; 13974 de 2016; 11 de 2016; 1202014 de 2014)

3°. Ahora, el artículo [60](#) de la Constitución Política dispone que “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”, las cuales no hacen alusión a otra cosa que a los deberes que se encuentran establecidos en la ley o en el reglamento para el desarrollo de la función pública y a cuya observancia se comprometen los servidores públicos al prestar juramento en el momento de entrar a ejercer su cargo, según lo enseñan los artículos [122](#) y [123](#) de la Carta. (Corte Constitucional Sentencia C – 155/2002 y Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999, M. P.: Álvaro Tafur Galvis).

La Corte Constitucional en Sentencia C – 427 de 1994 destacó que la función pública en sus distintos elementos impone obligaciones genéricas al servidor público:

"Todos estos aspectos suponen en común que quien decida asumir una función pública, se acoge al régimen estatutario constitucional y legal del funcionario y se somete a sus mandatos, siendo libre de hacerlo o de abstenerse, pero no de sustraerse de ellos una vez adquiera el status de funcionario público. Pues la función pública supone no sólo la tutela implícita a la libertad de trabajo y de escogencia de actividad, de oficio o de profesión, sino también la fundamental y explícita de garantía de imparcialidad, decoro, dignidad, probidad, aptitud, capacidad e idoneidad de los funcionarios que el Estado le debe a sus gobernados. No le basta al funcionario no violar la Constitución y la ley como los demás ciudadanos, sino que a él se le exige además cumplir con los deberes asignados y tener que ceñirse a los mandamientos legales autorizados por la Carta, relativos a su comportamiento en relación con su función, de manera que si no lo hace compromete la investidura que ejerce y queda sometido a la jurisdicción correccional o disciplinaria respectiva."

Pues bien, la Ley [1952](#) de 2019 “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley [734](#) de 2002 y algunas disposiciones de la Ley [1474](#) de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”, que empezó a regir a partir del 29 de marzo de 2022, consagra en su artículo [38](#) los deberes de los servidores públicos:

“ARTÍCULO [38](#). DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

(...)

3. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

(...)

8. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos y citaciones de las autoridades competentes...”.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto en el Concepto [011769](#) de 2024 (29 de febrero) dirigido a esa Subdirección, se reitera que es legalmente procedente celebrar contratos de prestación de servicios con personas que gocen de pensiones públicas, para lo cual se deberán tenerse en cuenta las pautas indicadas en las Circulares [124](#) de 2008, [21](#) de 2009, [20](#) de 2010, [259](#) de 2010 y [57](#) de 2015 emanadas de la Secretaría General del SENA, que pueden consultarse en el Normograma del SENA.

Como bien tuvimos ocasión de manifestarlo en el precitado concepto, la Dirección Jurídica del SENA mediante Circular [33](#) de 2004 señaló los criterios dentro de las cuales es procedente celebrar contratos de prestación de servicios con pensionados, directrices que fueron reiteradas por la Secretaría General a través de las Circulares [124](#) de 2008, [21](#) de 2009, [20](#) de 2010 y [259](#) de 2010.

Así mismo, y conforme con lo previsto en la Circular [57](#) de 2015 emanada de la Secretaría General, la contratación por prestación de servicios de personal pensionado en el SENA solamente procede cuando (i) confluyan las condiciones indicadas en las Circulares [33](#) de 2004, [124](#) de 2008, [21](#) de 2009, [20](#) de 2010 y [259](#) de 2010: nivel de alta especialización, conocimiento en tecnologías específicas o restricción de la oferta laboral con dichas calidades; (ii) que la persona pensionada reúna los requisitos exigidos en los estudios previos y (iii) exista la necesidad del servicio a contratar.

Por consiguiente, tal como se expuso en el mencionado concepto si bien no existe prohibición para celebrar contratos con pensionados por vejez o invalidez, no es menos cierto que el ordenador del gasto respectivo tiene la facultad para evaluar y decidir sobre las eventuales contrataciones que deban adelantarse en la respectiva vigencia fiscal, teniendo en cuenta para ello la necesidad del objeto a contratar, si la persona cumple o no con el perfil requerido conforme con la experiencia e idoneidad requeridas para su eventual contratación y las pautas señaladas para la contratación de pensionados a que se refieren las circulares a que se ha hecho mención.

En este contexto, si bien servidores públicos del SENA del nivel directivo en quienes se ha delegado la facultad de ordenación del gasto y la competencia para celebrar en todo tipo de contratos y convenios las actuaciones contractuales y convencionales para el desarrollo de las funciones asignadas, no es menos cierto que los servidores públicos tienen el deber de cumplir y hacer que se cumplan las órdenes superiores – circulares - emitidas por funcionario competente, cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones,

conforme con lo previsto en el artículo 38 del Código General Disciplinario.

Por tanto, los servidores públicos del SENA están obligados al cumplimiento de las Circulares expedidas por los servidores públicos competentes en ejercicio de sus funciones, a menos que los lineamientos, directrices, pautas o instrucciones que se impartan en ellas sean abiertamente contrarias a la Constitución o a la ley.

Finalmente conviene reiterar lo expuesto en el referido Concepto 011769 de 2024 en cuanto el registro y selección de personas naturales en el Banco de Instructores no genera para el SENA la obligación de contratar con la persona inscrita, ni le otorga derechos adquiridos para ser contratado(a), así se trate de pensionados, toda vez que el Banco de Instructores es tan sólo un repositorio de hojas de vida, constituido por el registro sistematizado de las mismas en el aplicativo del Servicio Nacional de Empleo.

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.

Cordial saludo,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora

Grupo Coordinación Nacional Producción Normativa y Conceptos Jurídicos

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)

