

Bogotá, D. C.

Doctor
Juan Diego Díaz Quiñones
Subdirector de Talento Humano (e)
Secretaría Distrital de Hacienda
NIT 899.999.061-9
KR 30 25 90
Ciudad



CONCEPTO

Referencia	2020IE024476O1
Descriptor general	Laboral Administrativo
Descriptores especiales	Improcedencia de nombramiento en cargo de carrera administrativa a persona pensionada.
Problema jurídico	<i>¿Es posible expedir la resolución de nombramiento a una persona que se encuentra en la lista de elegibles de la Comisión Nacional del Servicio Civil para la Convocatoria, cuando ostenta la calidad de pensionada?</i>
Fuentes formales	Artículo 128 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, Ley 909 de 2004, Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto Nacional 1083 de 2015, Decreto Nacional 648 de 2017, Acuerdos 542 de 2015 y 165 de 2020 de la Comisión Nacional de Servicio Civil, Sentencias de la Corte Constitucional C-124 de 1996, C-563 de 1997 y C-331 de 2000.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Subdirección de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Hacienda solicita concepto respecto de la viabilidad legal para emitir la resolución de nombramiento para un cargo de carrera administrativa a la señora Blanca Lyda Pulido, quien se encuentra en la lista de elegibles y cumple con los requisitos señalados en el manual de funciones, con los antecedentes fiscales y disciplinarios, pero actualmente se encuentra pensionada.

Por lo anterior, la Subdirección de Talento Humano formula las siguientes preguntas:

1. *“¿Es posible realizar resolución de nombramiento a la señora arriba enunciada dado que se encuentra en una Resolución de la CNSC dentro de la lista de elegibles y es deber de la entidad dar estricto cumplimiento al orden establecido en la mencionada lista de elegibles?”*

2. *¿Es posible realizar el acto administrativo de nombramiento y en caso de aceptar que la señora no sea posesionada hasta tanto resuelva la suspensión de su pensión de vejez, aun cuando no es un cargo de los contemplados en la normatividad como excepción?*
3. *Si no opera el nombramiento, ¿es posible realizar una derogatoria de oficio o debemos nombrarla y hacerle el debido proceso de comunicación y demás tramites establecidos por el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 para establecer que presenta la inhabilidad por pensión y por ende revocar el nombramiento o derogar según el caso?"*

CONSIDERACIONES

Para resolver la inquietud planteada se revisarán los siguientes aspectos: (i) Vinculación de personas al servicio público con pensión de jubilación según la Ley y la jurisprudencia; (ii) Regulación de las listas de elegibles para el Sistema General de Carrera; (iii) Análisis del caso concreto.

(i) Vinculación de personas al servicio público con pensión de jubilación según la Ley y la jurisprudencia

El asunto a revisar se encuentra regulado a través de varias normas de nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución Política, la cual dispone en su artículo 128:

“Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

En este mismo sentido, versa el artículo 19 de la Ley 4 de 1992,¹ cuando prescribe:

¹ *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”*

“Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados. (...)*

De lo anterior se desprende que una persona no puede ser pensionada por el régimen público y simultáneamente percibir una remuneración por ser empleado público activo. En concordancia con esta regla, la vinculación al servicio público de una persona que ya se encuentra pensionada ha sido regulada por el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, el cual dispone:

“Artículo 29. (Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968).El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”. (Resaltado fuera de texto)

La reglamentación del Decreto Ley 2400 de 1968 fue objeto de compilación a través del Decreto Nacional 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, que ha sido a su vez modificado por el Decreto Nacional 648 de 2017, ante el cambio legal en la edad de retiro forzoso establece lo siguiente con relación al reintegro al servicio de la persona retirada con derecho a pensión de jubilación:

“Artículo 2.2.11.1.5. Reintegro al servicio de pensionados. La persona mayor de 70 años o retirada con derecho a pensión de vejez no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar los cargos de:

1. *Presidente de la República.*
2. *Ministro del despacho o Director de Departamento Administrativo.*
3. *Superintendente.*
4. *Viceministro o Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo.*
5. *Presidente, Gerente o Director de entidades descentralizadas.*
6. *Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.*
7. *Secretario privado de los despachos de los servidores anteriores.*
8. *Consejero o asesor.*
9. *Elección popular.*
10. *Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno nacional, siempre que no sobrepasen la edad de retiro forzoso.*

Parágrafo. *La persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 70 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de:*

1. *Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica.*
2. *Subdirector de Departamento Administrativo.*
3. *Secretario de Despacho Código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías.*
4. *Subdirector o Subgerente de establecimiento público.*
5. *Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del orden nacional o territorial.*
6. *(Numeral adicionado por el art. 1°, Decreto Nacional 1037 de 2018) Rector, Vicerrector General, Vicerrector Nacional, Vicerrector de Sede, Secretario General, Gerente Nacional, Directores Nacionales y Decanos de los entes universitarios autónomos”. (Resaltado fuera de texto)*

Las disposiciones del Decreto Ley 2400 de 1948 referidas a la imposibilidad de reintegrar al servicio a quien ya se pensionó por jubilación y sus excepciones, han sido estudiadas por la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias C-124 de 1996 y C-563 de 1997.

En la Sentencia C-124 de 1996 la Corte estudio la constitucionalidad del artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, tras preguntarse si la disposición resulta discriminatoria para los mayores de determinada edad impidiéndoles su realización laboral, y concluyó lo siguiente:

“(…) No existe una discriminación, pues, porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de

oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.

Por otro lado, es impropio hablar de una presunción de incapacidad. Lo que la ley establece simplemente es el límite de un derecho, en lo que a su ejercicio se refiere, y con respecto a los cargos públicos específicamente - y no a todos-, en el tiempo. Hay que mirar el aspecto desde otro punto de vista: el de la consagración legal de la oportunidad del relevo, y el de reconocer que a partir de determinada edad hay un derecho al retiro remunerado, razón por la cual la norma consagra el derecho a una pensión, con lo cual se demuestra que la persona no queda desprotegida. (...). (Resaltado fuera de texto)

En Sentencia C-563 de 1997, la Corte determinó si el Decreto Ley 2277 de 1979 resultaba discriminatorio, al compararlo con lo establecido por los artículos 29 y 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, al disponer un trato distinto entre la generalidad de los servidores públicos y los educadores al servicio del Estado. En esta oportunidad, la Corte manifestó:

“(…) En suma, los empleos a que hace referencia el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 - todos los cuales corresponden a las más altas dignidades de la rama ejecutiva del poder público - son cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República o de alguno de los altos funcionarios allí señalados, en los cuales concurren las condiciones que esta Corporación ha fijado para justificar que un determinado cargo sea de libre nombramiento y remoción y, por tanto, se encuentre exceptuado del régimen general de carrera administrativa (C.P., artículo 125) . Ciertamente, los ministros del despacho, los jefes de departamento administrativo, los superintendentes, los viceministros, los secretarios generales de ministerio o de departamento administrativo, los presidentes, gerentes o directores de establecimiento público o de empresa industrial y comercial del Estado, los miembros de misión diplomática no comprendidos en la respectiva carrera, y, los secretarios privados del despacho de los funcionarios antes enumerados, tienen adscritas funciones de gobierno, esto es, tareas de manejo y de conducción institucional por medio de las cuales se adoptan políticas o directrices fundamentales. Así mismo, entre los funcionarios antes enumerados y sus nominadores debe existir una confianza plena y total, habida cuenta de las funciones asignadas a esos empleos, las cuales requieren, para su cumplimiento, de un grado de confianza mayor que el que se exige a cualquier servidor público.(…)” (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-331 de 2000, determina sobre la reincorporación al servicio público de una persona pensionada lo siguiente, analizando el artículo 4 de la Ley 171 de 1961 y el artículo 150 de la Ley 100 de 1993:

“a) La primera de las normas citadas, como ya se advirtió, alude a un aspecto de la función pública como es la reincorporación excepcional al servicio del servidor público a quien se le ha otorgado una pensión, aunque ésta circunstancia genere derecho a la revisión de la pensión.

(…)

c) La posibilidad de la reincorporación o derecho a acceder de nuevo a determinados cargos públicos, es bastante limitado por la circunstancia de que dicha reincorporación sólo es viable a un escaso número de cargos, que son de libre nombramiento y remoción. Por lo

tanto, la probabilidad de acceder a ellos es bastante incierta pues la designación en uno de esos cargos depende de la libertad discrecional del nominador.

La regla jurídica que gobierna la reincorporación al servicio de un pensionado en forma excepcional, obedece primordialmente a la política de empleo del Estado y a la necesidad de ofrecer oportunidades a todas las personas de ejercer y gozar el derecho político de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 C.P.), en la medida en que como los pensionados ya han tenido oportunidad de un empleo en el sector público, las posibilidades de reintegro al servicio deben ser muy restringidas para asegurar a las demás personas el mencionado derecho.

Por lo expuesto, la reincorporación al servicio público es excepcional, solo para los cargos establecidos de manera taxativa en las normas que regulan la materia, dentro de los cuales se encuentran algunos cargos de libre nombramiento y remoción.

Por lo tanto, del análisis legal y jurisprudencial realizado se establece que no es posible el reintegro al servicio público a cargos de carrera administrativa de la persona retirada con derecho a pensión de jubilación motivo de su consulta, por no encontrarse dentro de las excepciones contempladas expresamente en las normas ya reseñadas.

Así los hechos, la misma ley consagra excepciones expresas para reintegrar al servicio a pensionados para acceder a cargos que corresponden a las más altas dignidades de la rama ejecutiva del poder público - son cargos de elección popular o de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República o de alguno de los altos servidores públicos allí señalados, quienes tienen adscritas funciones de gobierno, esto es, tareas de manejo y de conducción institucional por medio de las cuales se adoptan políticas o directrices fundamentales, concurren las condiciones que justifican que un determinado cargo sea de libre nombramiento y remoción y, por tanto, se encuentre exceptuado del régimen general de carrera administrativa.

Adicional a lo anterior, la excepcionalidad de la reincorporación encuentra justificación en la necesidad de realizar la renovación de cargos públicos y de dar la oportunidad laboral a otras personas para cumplir con el derecho político de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, tutelado por la Constitución.

(ii) Regulación de las listas de elegibles para el Sistema General de Carrera

El objeto de la consulta se centra en determinar la viabilidad legal de hacer el nombramiento de una persona actualmente pensionada a un cargo de carrera administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda que está en una lista de elegibles de la Convocatoria 328 de 2015 de la Secretaría Distrital de Hacienda y cuyo nombramiento fue avalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 establece que con los resultados de las pruebas de los procesos de

selección, la CNSC elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles para los empleos objeto del concurso y que el uso de las listas aplicará para proveer las vacantes objeto del concurso y para vacantes definitivas de cargos equivalentes que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Así mismo, el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 señala que la CNSC deberá conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

Para el efecto, el Acuerdo 165 del 12 de marzo de 2020, “*Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos y Especiales de Origen Legal en lo que les aplique*”, señala respecto del reporte de información sobre provisión y uso de listas de elegibles lo siguiente:

“Artículo 6°. Reporte de Información sobre provisión y uso de listas. Las entidades deberán reportar a la CNSC por el medio que esta disponga, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, derogatorias, revocatorias, renunciaciones presentadas y demás situaciones que puedan afectar el orden de provisión y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad”. (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, mediante el Acuerdo 542 del 2 de julio de 2015 de la CNSC se hizo la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda – Convocatoria 328 de 2015, donde se establece las normas que rigen el concurso abierto de méritos en los siguientes términos:

“Artículo 6 Normas que rigen el concurso abierto de méritos: El proceso de selección por méritos, que se convoca mediante el presente Acuerdo, se regirá de manera especial, por lo establecido en la Ley 909 de 2004, la Ley 1033 de 2006, Decreto 1083 de 2015, Decreto Ley 760 de 2005, Decreto Ley 785 de 2005 y en los demás decretos reglamentarios de la Ley 909 de 2004, el Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales de la Secretaría Distrital de Hacienda vigente a la fecha de expedición del presente Acuerdo, lo dispuesto en el presente Acuerdo y por las demás normas concordantes y/o instrucciones establecidas”.

Por lo tanto, para la Convocatoria 328 de 2015 objeto de estudio, resulta aplicable, entre otras disposiciones legales, la regulación transcrita en el numeral (i) del presente concepto.

(iii) Análisis del caso concreto

La Subdirección de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Hacienda pregunta si es viable la vinculación a un cargo de carrera administrativa de una persona que actualmente está pensionada, pero que al momento de concursar, según informa la mencionada

Subdirección, esto es año 2015, era servidora pública activa de la Secretaría Distrital de Hacienda.

Una vez superadas las pruebas contempladas en la Convocatoria 328 de 2015 (Acuerdo 542 de 2015 CNSC), quedó en la lista de elegibles de la CNSC; al momento de hacer la revisión de la respectiva documentación para nombrarla, la Subdirección de Talento Humano evidencia que la señora Pulido cuenta con pensión de jubilación desde agosto del año de 2019, es decir, que su condición de pensionada surgió con posterioridad a la Convocatoria que le da el derecho a encontrarse en la lista de elegibles.

Con base en lo señalado, se configura una inhabilidad sobreviniente de que trata la Ley 190 de 1995 por cuanto al momento de presentarse a la Convocatoria 328, la señora era servidora pública activa y en el 2020 cuando se procede a revisar la documentación para ser nombrada y posesionada se evidencia que se encuentra pensionada.

La ley señala claramente que no podrán reintegrarse al servicio las personas pensionadas, y el Decreto Nacional 1083 de 2015, en su artículo 2.2.11.1.5. establece que uno de los requisitos para el nombramiento es no encontrarse pensionado.

Como se observa, el caso se consulta no cumple la condición de excepción de la regla general, en consecuencia, no es posible su vinculación a cargo de carrera administrativa estando en situación de pensionada.

En este orden de ideas, al ser inviable cumplir con la Resolución de la CNSC que ordena el nombramiento de la señora Pulido, por ir en contravía de lo establecido por el Decreto Ley 2400 de 1968, el Decreto Nacional 1083 de 2015 y el Decreto Nacional 648 de 2017, se sugiere reportar a la CNSC para que proceda a ordenar el nombramiento de la persona que sigue en la lista de elegibles.

CONCLUSIONES

Con base en el análisis legal y jurisprudencial precedente, se resuelven las preguntas formuladas en el orden planteado:

1. ¿Es posible realizar resolución de nombramiento a la señora arriba enunciada dado que se encuentra en una Resolución de la CNSC dentro de la lista de elegibles y es deber de la entidad dar estricto cumplimiento al orden establecido en la mencionada lista de elegibles?

Del análisis legal y jurisprudencial realizado se establece que no es posible emitir resolución de nombramiento para reintegrar al servicio al cargo de carrera administrativa a la señora Blanca Lyda Pulido, que según se informa fue retirada con derecho a pensión de jubilación pública desde agosto de 2019, aun cuando se encuentra en la lista de

elegibles contenida en la resolución de la CNSC, por cuanto se transgrediría la normativa vigente estudiada en el presente concepto.

Por el contrario, se recomienda reportar esta situación a la CNSC para que se pronuncie al respecto y autorice a la persona que sigue en la lista de elegibles.

2. ¿Es posible realizar el acto administrativo de nombramiento y en caso de aceptar que la señora no sea posesionada hasta tanto resuelva la suspensión de su pensión de vejez, aun cuando no es un cargo de los contemplados en la normatividad como excepción?

Ante la imposibilidad legal para emitir el acto administrativo de nombramiento en un cargo de carrera administrativa de la señora Pulido, no procede realizar las demás actuaciones enunciadas en la pregunta, por cuanto se reitera que el cargo al que accedería la mencionada Señora no está en los cargos exceptuados en el Decreto Ley 2400 de 1968 y en el Decreto Nacional 648 de 2017.

3. Si no opera el nombramiento, ¿es posible realizar una derogatoria de oficio o debemos nombrarla y hacerle el debido proceso de comunicación y demás trámites establecidos por el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 para establecer que presenta la inhabilidad por pensión y por ende revocar el nombramiento o derogar según el caso?

Al no nacer a la vida jurídica el nombramiento de la señora Pulido por expresa restricción legal, no procede la derogatoria o revocatoria de un acto inexistente.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, solicito verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO
Director Jurídico

Revisó: Manuel Ávila Olarte / Clara Lucía Morales Posso
Proyectó: Lorena Pacheco León / Clara Lucía Morales Posso