



Bogotá, D. C.

Doctora
KATY MINERVA TOLEDO MENA
Subdirectora de Talento Humano
Secretaría Distrital de Hacienda
NIT 899.999.061-9
KR 30 25 90
Ciudad



CONCEPTO

Referencia	2021IE005658-O1
Descriptor general	Laboral Administrativo
Descriptores especiales	Posesión en cargo de carrera administrativa de persona pensionada.
Problema jurídico	¿Es posible posesionar a esta persona que está gozando de su pensión de vejez por parte de un fondo de pensiones privado, y que a su vez recibe pensión de sobreviviente, por parte de la fuerza pública? En caso de que no sea posible posesionar a la persona, como debe proceder la Subdirección del Talento Humano.
Fuentes formales	Artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 de 1968. Decreto 1083 de 2015.

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Subdirección de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Hacienda solicita concepto respecto de la viabilidad legal para realizar la posesión de la señora ELVIRA CARDENAS MUÑOZ, nombrada mediante Resolución No. SDH-000587 del 23 de diciembre de 2019, dentro del proceso de provisión de empleos producto de la Convocatoria 328 de 2015, quien se encuentra pensionada en la modalidad de Retiro Programado con una mesada pensional de \$ 908.526.00 y adicionalmente, recibe un 40 % de la pensión de sobreviviente por el deceso del hijo que pertenecía al Ejército Nacional.

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

1. *“¿Es posible posesionar a esta persona que está gozando de su pensión de vejez por parte de un fondo de pensiones privado, y que a su vez recibe pensión de sobreviviente, por parte de la fuerza pública?”*
2. *En caso de que no sea posible posesionar a la persona, como debe proceder la Subdirección del Talento Humano.”*

CONSIDERACIONES

1. Requisitos para posesión en un cargo público de carrera administrativa. Goce de pensión.

Las preguntas que se formulan son similares a los interrogantes planteados a esta Dirección y resueltos mediante concepto¹, en donde se consideró que no era procedente, de manera general, nombrar en un cargo de carrera a una persona que goza ya del derecho pensional, en la medida en que la Legislación vigente establece que el nombramiento en un cargo público de una persona pensionada sólo procede en las hipótesis expresamente determinadas en la Ley.

Al respecto, se precisa que la regla general establece que las personas que gocen de pensión no pueden ser nombradas en cargos públicos y que la posesión de una persona pensionada solo procede en casos expresamente contemplados en dicha normativa.

En efecto, la prohibición general sobre la vinculación al servicio público de una persona que ya se encuentra gozando de pensión ha sido establecida por el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 de 1968.

“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)

Como puede observarse, los cargos públicos de carrera administrativa no se encuentran incluidos en la excepción legal contenida en el artículo 29 del Decreto Ley

¹ Dirección Jurídica de la Secretaría de Hacienda, Concepto de fecha 29 de diciembre de 2019, Radicado 2020IE02744301

citado, ni se ha encontrado esta excepción en decreto reglamentario posterior, expedido por el Gobierno Nacional, con fundamento en el mencionado artículo legal.

De otra parte, el Decreto 1083 de 2015, *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*, define las reglas jurídicas para el nombramiento y posesión de los servidores públicos.

En efecto, el Título 5 de este Decreto se denomina **“ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL Y SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES DE LOS ÓRDENES NACIONAL Y TERRITORIAL”**

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 2.2.5.1 de este decreto define, entre otros aspectos, las reglas para el nombramiento y posesión de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, tanto del orden nacional como del territorial. En este sentido, es una disposición reglamentaria aplicable en el Distrito Capital y, por supuesto, en la Secretaría Distrital de Hacienda.

“ARTÍCULO 2.2.5.1 Objeto. El presente Título tiene por objeto reglamentar el régimen de administración de personal, la competencia y procedimiento para el nombramiento, posesión y revocatoria del nombramiento, vacancia y formas de provisión de los empleos, movimientos de personal y las situaciones administrativas en las que se pueden encontrar los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en los órdenes nacional y territorial.” (resaltado fuera del texto)

En el mismo sentido, el artículo 2.2.5.2 del mismo decreto reitera la aplicación de las reglas contenidas en este Título en las entidades territoriales.

“ARTÍCULO 2.2.5.2 Ámbito de aplicación. Las disposiciones del presente Título regirán los empleos públicos pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial y a las entidades que se regulen por las disposiciones señaladas en el Decreto Ley 2400 de 1968 y en la Ley 909 de 2004.” (Resaltado fuera del texto)

De esta manera, el artículo 2.2.5.1.4 del Decreto 1083 de 2015 es aplicable en la Secretaría Distrital de Hacienda para el nombramiento y ejercicio de los cargos públicos de la entidad.

“ARTÍCULO 2.2.5.1.4 Requisitos para el nombramiento y ejercer el empleo. Para ejercer un empleo de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, se requiere:

- 1. Reunir los requisitos y competencias que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y de competencias laborales exijan para el desempeño del cargo.*
- 2. No encontrarse inhabilitado para desempeñar empleos públicos de conformidad con la Constitución y la ley.*

3. No estar gozando de pensión o tener edad de retiro forzoso, con excepción de los casos señalados en la ley.
4. No encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
5. Tener definida la situación militar, en los casos a que haya lugar.
(Ver Ley 1780 de 2016. Arts. 19, 20 y 21)
6. Tener certificado médico de aptitud física y mental y practicarse el examen médico de ingreso, ordenado por la entidad empleadora.
7. Ser nombrado y tomar posesión. Resaltado fuera del texto)

En este orden de ideas, no se encuentra en el Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 de 1968, autorización para que se pueda nombrar en un cargo público de carrera administrativa a una persona que esté gozando de su pensión. La misma regla se aplica para el ejercicio del cargo, el que justamente inicia con la posesión respectiva.

En concordancia, los artículos 2.2.5.1.4 y 2.2.5.1.10 del Decreto 1083 de 2015, no permiten posesionar en un cargo público de la entidad, a una persona que esté gozando de pensión:

“ARTÍCULO 2.2.5.1.10 Eventos en los cuales no puede darse posesión. No podrá darse posesión cuando:

1. *El nombramiento no esté conforme con la Constitución, la ley y lo dispuesto en el presente decreto.” (...)*

No sobra advertir que los conceptos que se anexan a la consulta versan sobre la prohibición general de la doble remuneración de los servidores públicos, aspecto diferente al del nombramiento y posesión en los cargos públicos de carrera administrativa. Por lo anterior, la conclusión a la que arriba esta Dirección tiene como fundamentos lo ordenado por el Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 de 1968, y por el Decreto Único del Sector Función Pública, Decreto 1083 de 2015.

2. Actuaciones que corresponde adelantar a la Subdirección de Talento Humano

El Decreto 1083 de 2015 determina que la actuación que debe adelantarse es la revocatoria del acto administrativo de nombramiento cuando no se cumplan los requisitos para la posesión en el respectivo cargo público.

“ARTÍCULO 2.2.5.1.13 Revocatoria del nombramiento. La autoridad nominadora deberá revocar el nombramiento en un cargo, cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados para el desempeño del mismo.

Ante este evento la administración inmediatamente advierta el hecho procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y la Ley 1437 de 2011 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.”

Según el mismo decreto, para proceder con esta actuación administrativa se deben seguir los mandatos previstos en el artículo 5 de la Ley 190 de 1995² y en los artículos 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.³ Pueden ser de utilidad algunos de los planteamientos que se hicieron en Concepto Jurídico anterior, emitido con destino a su Despacho.⁴

CONCLUSIONES

Con base en el análisis legal y doctrinal precedente, a que se ha hecho referencia, se resuelven las preguntas formuladas en el orden planteado:

² “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.”

ARTÍCULO 5o. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

³ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

“ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. (resaltado fuera del texto)*

ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.”

⁴ Dirección Jurídica de la Secretaría de Hacienda, Concepto emitido el 14 de enero de 2021, identificado con el Radicado 2021IE00050701

1. *“¿Es posible posesionar a esta persona que está gozando de su pensión de vejez por parte de un fondo de pensiones privado, y que a su vez recibe pensión de sobreviviente, por parte de la fuerza pública?”*

No es procedente posesionar en un cargo público de carrera administrativa a una persona que esté gozando del derecho pensional, de conformidad con lo establecido por el artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 de 1968, y por el Decreto 1083 de 2015.

2. *En caso de que no sea posible posesionar a la persona, como debe proceder la Subdirección del Talento Humano.”*

La Subdirección de Talento Humano debe adelantar las actuaciones tendientes a revocar el acto administrativo de nombramiento, de conformidad con lo establecido en las Leyes 190 de 1995 y 1437 de 2011.

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

Proyecto y revisó: Manuel Ávila Olarte