



Concepto 224931 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000224931

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000224931

Fecha: 24/06/2021 04:58:22 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO – Empleados de Carrera – SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Servidores públicos de la DIAN- RADICACIÓN: 20212060462852 del 3 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que el artículo 52 del decreto 71 de 2020 "Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN." dispuso que "El nombramiento del empleado del Sistema Específico de Carrera Administrativa deberá declararse insubsistente por la Entidad, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación "no satisfactoria" como resultado de la evaluación ordinaria o extraordinaria del desempeño. Contra el citado acto administrativo no procederá recurso alguno". Por su parte, el artículo 134 del mismo decreto señaló que, "Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento, procederá recurso de reposición únicamente por presunto vicio de legalidad."

Así mismo señala que "La antinomia, se da cuando se presenta un Conflicto o contradicción entre dos leyes, principios racionales, ideas o actitudes" y en tal sentido se consulta:

Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento como consecuencia de la evaluación del desempeño "no satisfactoria" procede o no el recurso de reposición.

De no proceder recurso alguno, cual es el alcance o como se debe de entender la parte final del artículo 134 "únicamente por presunto vicio de legalidad."

¿En el caso de los empleos de la Dian los numerales 3 y 4 del artículo 43 de la ley 909 de 2004?", me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al

respecto se debe iniciar indicando que el Decreto 71 de 2020 "Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN", sobre la evaluación del desempeño, dispuso:

"CAPÍTULO VII

EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

ARTÍCULO 42. Evaluación del desempeño. La evaluación del desempeño es la valoración de la gestión individual de los servidores públicos de la DIAN, vinculados a la Entidad a través de las diferentes modalidades. La evaluación deberá realizarse de forma transparente, sistemática y periódica, con el propósito de medir con objetividad los resultados, logros y competencias de los servidores en el desempeño de su cargo; así como las oportunidades de mejora y desarrollo que se requieren para su formación.

(...)

ARTÍCULO 44. Período de la evaluación del desempeño. El período ordinario de la evaluación de desempeño es de un (1) año, transcurridos los primeros seis (6) meses del periodo ordinario de evaluación se deberá realizar al menos una evaluación de seguimiento parcial, o las evaluaciones parciales que se requieran. En el reglamento que expida el Director General de la DIAN, determinará el periodo a evaluar, las evaluaciones parciales, así como las evaluaciones extraordinarias.

ARTÍCULO 51. Notificación de la calificación. La calificación de la evaluación del desempeño se notificará personalmente al empleado del Sistema Específico de Carrera Administrativa, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y sobre ésta, procederán los recursos de reposición y apelación. La primera instancia se surtirá ante el empleado público con personal a cargo que consolide la evaluación y la segunda instancia ante el superior inmediato de éste.

ARTÍCULO 52. Declaratoria de insubsistencia como consecuencia de la evaluación del desempeño "no satisfactoria". El nombramiento del empleado del Sistema Específico de Carrera Administrativa deberá declararse insubsistente por la Entidad, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación "no satisfactoria" como resultado de la evaluación ordinaria o extraordinaria del desempeño. Contra el citado acto administrativo no procederá recurso alguno.

CAPÍTULO X

RETIRO DEL SERVICIO

ARTÍCULO 129. Causales de retiro. El retiro del servicio de los empleados públicos de la DIAN conlleva la cesación en el ejercicio de funciones públicas en la Entidad, el retiro de la carrera del sistema específico, y la pérdida de los derechos de la misma. Son causales de retiro de la Entidad las siguientes:

(...)

129.4 Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera.

(...)

ARTÍCULO 134. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral. El nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, cuando haya obtenido evaluación "no satisfactoria" como resultado de la evaluación del desempeño laboral de carácter anual o la extraordinaria y esta se encuentre en firme.

Contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento, procederá recurso de reposición únicamente por presunto vicio de legalidad. (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a los anteriores artículos se tiene entonces que, la evaluación del desempeño de los servidores públicos de la DIAN, deberá realizarse de forma transparente, sistemática y periódica, con el propósito de medir con objetividad los resultados, logros y competencias de los servidores en el desempeño de su cargo; así como las oportunidades de mejora y desarrollo que se requieren para su formación.

En cuanto al periodo de evaluación de desempeño señala la norma que, el período ordinario es de un (1) año, transcurridos los primeros seis (6) meses del periodo ordinario de evaluación se deberá realizar al menos una evaluación de seguimiento parcial, o las evaluaciones parciales que se requieran. No obstante, corresponderá al Director General de la DIAN, determinar el periodo a evaluar, las evaluaciones parciales, así como las evaluaciones extraordinarias.

Así mismo indica el mencionado decreto que la calificación de la evaluación del desempeño se notificará personalmente al empleado del Sistema Específico de Carrera Administrativa, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y sobre ésta, procederán los recursos de reposición y apelación. La primera instancia se surtirá ante el empleado público con personal a cargo que consolide la evaluación y la segunda instancia ante el superior inmediato de éste.

Ahora bien, en el Decreto 071 de 2020 - Sistema Específico de Carrera Administrativa de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - UAE DIAN se estableció en el CAPÍTULO VII (artículo 52) relacionado con Evaluación del desempeño, la Declaratoria de insubsistencia como consecuencia de la evaluación del desempeño "no satisfactoria". En igual sentido, en el CAPÍTULO X (artículo 134) sobre Retiro Del Servicio, también se dispuso como una causal de retiro, la Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral.

Al constatar ambos artículos, se evidencia que, el nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, cuando haya obtenido evaluación "no satisfactoria" como resultado de la evaluación del desempeño laboral de carácter anual o la extraordinaria y esta se encuentre en firme. Contra el citado acto administrativo no procederá recurso alguno. Solo procederá el recurso de reposición contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento, únicamente por presunto vicio de legalidad.

-

Así las cosas, al revisar los artículos 52 y el 134 del Decreto 071 de 2020 esta Dirección Jurídica no evidencia que los mismos se contradigan, toda vez que en ambos se estableció la no procedencia del recurso contra el acto administrativo que declare la insubsistencia como resultado de la evaluación del desempeño laboral de carácter anual o la extraordinaria en firme, pero que, únicamente procederá el recurso de reposición por presunto vicio de legalidad.

Adicionalmente, debe recordarse que en el mismo decreto se estipuló que sobre la calificación de la evaluación del desempeño sí procederán los recursos de reposición y apelación.

Así las cosas, para responder su interrogante No. 1, en virtud de lo que se ha dejado indicado, contra el acto administrativo que declare la insubsistencia del nombramiento como consecuencia de la evaluación del desempeño "no satisfactoria" de los empleados de carrera administrativa de la DIAN, no procede el recurso de reposición, a menos que se evidencie un presunto vicio de legalidad en dicho acto administrativo.

Por otro lado, para abordar su interrogante No. 2 relacionado con cuál es el alcance o cómo se debe entender la parte final del artículo 134 "únicamente por presunto vicio de legalidad.", se indica que los vicios de un acto administrativo, se encuentran estipulados en la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", señala:

"ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)" (Destacado nuestro)

En igual sentido, mediante Sentencia del 23 de junio 2016 de la Sección Segunda, Subsección "A", con Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, dispuso:

"(...)

En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios formales de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular, y como vicios materiales, su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

La peculiaridad de los vicios materiales a diferencia de los vicios formales, se centra en que no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración; por manera que la falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en la intención con la cual la autoridad adopta una decisión para perseguir un fin diferente al previsto por el Legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario. (Negrilla y subrayas fuera del texto)

De acuerdo a lo anteriormente indicado, con fundamento en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 137, inciso 2, en criterio de esta Dirección Jurídica los vicios de legalidad de un acto administrativo se presentan cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Adicionalmente, el interesado deberá tener en cuenta el procedimiento dispuesto que para tal fin se haya dispuesto en el reglamento expedido por el Director General de la DIAN, de acuerdo al artículo 44 del Decreto 71 de 2020.

Por último, en cuanto a su interrogante No. 3, en el que pregunta si en el caso de los empleos de la DIAN les aplicable los numerales 3 y 4 del artículo 43 de la Ley 909 de 2004, la misma ley, señala:

“ARTÍCULO 4. Sistemas específicos de carrera administrativa.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

-

(...)

El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

(...)

ARTÍCULO 43. *Declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria.*

(...)

3. Esta decisión se entenderá revocada, si al interponer los recursos dentro del término legal, la administración no se pronuncia dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguiente a la presentación de los recursos. En este evento la calificación que dio origen a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento se considerará satisfactoria en el puntaje mínimo.

4. La autoridad competente que no resuelva el recurso respectivo dentro del plazo previsto, será sancionada de conformidad con la Ley 734 de 2002 y las normas que la modifiquen o adicionen.

De acuerdo a la ley 909 de 2004, los Sistemas Específicos de Carrera Administrativa son aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa. Dichos sistemas se encuentran consagrados en leyes diferentes a las leyes generales que regulan la función pública.

El Decreto 071 de 2020, norma específica aplicable a su consulta, dispuso:

ARTÍCULO 145. Vacíos normativos en materia de retiro del servicio. Las causales de retiro y aspectos no contemplados en este capítulo se regirán por las disposiciones del Régimen General de la Rama Ejecutiva aplicables a los empleados públicos.

ARTÍCULO 147. Aplicación preferente. Las disposiciones contenidas en el presente Decreto ley tienen carácter especial, por consiguiente, de aplicación preferente sobre las normas generales que regulen la carrera administrativa.

-

(...)

ARTÍCULO 149. Régimen de transición. Los asuntos que requieran reglamentación o desarrollo administrativo, por expresa disposición del presente Decreto-ley, serán aplicables una vez se expida el correspondiente decreto reglamentario o las resoluciones, según corresponda. Entre tanto, dichos asuntos se regularán por las normas vigentes al momento de la entrada en vigencia del presente Decreto-ley.

En virtud del artículo 145 del Decreto 071 de 2020 las causales de retiro y aspectos no contemplados en el mencionado decreto se regirán por las disposiciones del Régimen General de la Rama Ejecutiva aplicables a los empleados públicos. Los asuntos que requieran administración o desarrollo administrativo serán aplicables una vez se expida la correspondiente reglamentación, mientras esto pasa, dichos asuntos se regularán por las normas vigentes al momento de la entrada en vigencia del presente Decreto-ley.

En todo caso, el artículo 147 dispuso que las disposiciones establecidas en el mismo decreto, tienen carácter especial y son de aplicación preferente sobre las normas generales que regulen la Carrera administrativa.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-439/16, dispuso:

6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (lex superior derogat inferiori); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (lex posterior derogat priori); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (lex specialis derogat generali). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.

-

(...)

6.4. Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015, que el mismo “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones

generales". Respecto al alcance del criterio de especialidad, en el mismo fallo se trajo a colación lo dicho por la Corporación en la Sentencia C-078 de 1997, al referirse esta al carácter especial de las normas tributarias y su aplicación preferente sobre las normas del anterior Código Contencioso Administrativo. Esta última sentencia dijo sobre el particular:

(...)

6.5. Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra." (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a la anterior sentencia, sobre el criterio de especialidad la norma especial prima sobre la general. Así mismo señala la Corte que, en casos de duda sobre aplicación de norma especial con la general, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.

Así las cosas, para el caso en particular de su consulta, deberá aplicarse la norma especial, esto es el Decreto 071 de 2020, en vez de la norma general (Ley 909 de 2004).

En consecuencia, como quiera que para el presente caso relacionado con la procedencia de recursos contra el acto que declarara la insubsistente del empleado por haber obtenido calificación "no satisfactoria" como resultado de la evaluación ordinaria o extraordinaria del desempeño, si fue regulado por la norma especial - Decreto 071 de 2020 - en criterio de esta Dirección Jurídica no será procedente, la aplicación de los numerales 3 y 4 del artículo 43 de la ley 909 de 2004.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Rad. No.: 25000-23-25-000-2011-00521-01(2593-13) / Actor: Carlos Arturo Mora García / Demandado: Contraloría General de la República.
3. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:16:01