



Concepto 138711 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000138711

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000138711

Fecha: 17/04/2023 09:33:55 a.m.

Bogotá D.C

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Empleados Provisionales. Radicación: 20232060161862 del 14 de marzo de 2023.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual plantea y consulta lo siguiente:

1. "Me inscribí y presenté las pruebas escritas cuyo resultado no fue el esperado en razón a que tuve inconvenientes con al CNSC, pero que se encuentran en proceso de respuesta del fallo por el juez de tutela en razón a que NO FUI ADMITIDA pero previos recursos ME ADMITIERON, pero siguieron los inconvenientes de las cuales me han sido resueltas de fondo donde fue negada mi petición, motivo por el cual no fui llamado a continuar en la Fase II del Concurso (Curso), con la consecuencia que no pude participar en el concurso anterior, pero a la fecha es inminente la preocupación, en razón a que el nuevo concurso de ascenso e ingreso DIAN 2023, es posible de que la vacante que ocupo como ANALISTA III CARGO 20303 mediante histórico de planta Id número 15991, según número de resolución 2393 con fecha 11/12/2015, y fecha de corte 11/06/2020, sea ofertada y dicho cargo sea asumido por quien ostente el primer puesto en la lista de elegibles pertinente, el cual podría de manera inmediata ser desvinculada por parte de la entidad, ocasionándome un perjuicio irremediable pues quedaría sin poder solventar el mínimo vital y la protección de mis hijos las cuales están bajo mi cargo.

2. Actualmente me encuentro en la Condición de vulnerabilidad especial de Madre Cabeza de familia, el cual se demuestra con Declaración Juramentada y Registro Civil de nacimiento de mis hijos, Identificados Juan Felipe Varón Rendón (*de 22 años de edad estudiante de contaduría pública universidad cooperativa de Colombia*) y Juan Esteban Varón Rendón, (*de 10 años de edad cursa el grado cuarto en el colegio Británico Ingles*), tengo acreditación de Madre Cabeza de Familia de acuerdo a lo establecido en la Circular No. 18 del 30 julio de 2013, y las resoluciones anexas a la presente desde el ingreso a la DIAN en el año 2012, así mismo me permito manifestar que no tengo el apoyo económico y estabilidad económica de ninguna otra persona, para sostener y brindar un bienestar a mis hijos, de alimentación, vestuario, educación, salud, entre otros. (iii) *Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que una mujer no pierde su condición de cabeza de familia por el hecho de que las personas a su cargo alcancen la mayoría de edad. De este modo, cuando se trata de hijos mayores de edad, pero menores de 25 años que se encuentran estudiando, esta Corporación ha considerado que siguen siendo dependientes de la madre cabeza de familia...*"

3. De la manera más atenta, le ruego a ustedes me reconozcan EL DERECHO PREFERENCIAL DE MADRE CABEZA DE FAMILIA, EN ALGUNAS DE LAS VACANTES DESIERTAS Y OFERTADAS EN EL PROCESO DE PROVISIÓN DE EMPLEOS A LOS FUNCIONARIOS PROVISIONALES DE LA ENTIDAD, por encontrarme en condición de vulnerabilidad especial de madre cabeza de familia, teniendo en cuenta que tengo dos hijos los cuales dependen de mi afectiva, económica y socialmente.

4. A su vez permito manifestar, que cumplo con los requisitos mínimos exigidos de escolaridad, experiencia y el perfil del rol para desempeñar con gran responsabilidad cada una de las funciones encomendadas, con más de DIEZ (10) años de experiencia, calidad académica, habilidades, competencias y experticia adquirida en diario vivir de mis labores como funcionaria de la mejor empresa del país, en la cual me he desempeñado como FUNCIONARIA y PROFESIONAL EN CONTADURÍA PÚBLICA Y MAESTRIA EN TRIBUTACION DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE BOGOTÁ debidamente titulada.

5. Razón por la cual, como es deber del estado promover EL MÉRITO el cual se denomina como el principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia de los mismos están determinadas por la demostración permanente en el desempeño de las funciones, calidad académica, experiencia y las competencias adquiridas para el desempeño de las funciones.

6. Es por eso que el estado deberá garantizar a través del mérito, que la DIAN cuenta con servidores competentes, comprometidos con los objetivos institucionales y el logro de los fines del Estado, motivo por el cual cumplo con todos los anteriores requisitos, de lo cual lo pueden verificar directamente con cada una de las evaluaciones de desempeño desde el año 2012 cuando ingrese a la entidad a la fecha.

Por lo anteriormente expuesto, solicito sea tenida en cuenta mi condición especial para ser objeto de una medida de acción afirmativa, consistente en la reubicación en otro empleo o cargo vacante y consecuentemente la realización de un nuevo nombramiento provisional en las mismas condiciones que el actual y así sea protegida mi condición al momento de proveer la vacante que en este momento desempeño, en razón a que actualmente se encuentra el concurso de méritos”

Se da respuesta en los siguientes términos.

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normativa vigente, sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; no funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república, por lo tanto, la resolución de los casos concretos corresponde a cada entidad en consecuencia, solo se dará información general, respecto del tema objeto de consulta.

Dicho lo anterior y dado que la entidad sobre la que versa su consulta cuenta con sistema especial de carrera administrativa, la norma aplicable es el Decreto Ley 71 de 2020², que establece:

“ARTÍCULO 135. Retiro del empleado vinculado mediante nombramiento provisional. De conformidad con lo previsto en el presente Decreto-ley, el empleado vinculado mediante nombramiento provisional deberá ser retirado del servicio por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando:

135.1 Haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación ordinaria del desempeño o la extraordinaria y esta se encuentre en firme.

135.2 Se configure alguna de las causales de retiro previstas en el presente Decreto-ley, o

135.3 Se provea el cargo en forma definitiva mediante nombramiento en periodo de prueba con quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.

Contra el acto administrativo que declare el retiro del servicio, procederá recurso de reposición únicamente por presunto vicio de legalidad.”

De conformidad con lo anterior, se tiene que la norma previó como causal de retiro por autoridad nominadora de forma motivada al empleado vinculado mediante nombramiento provisional, entre otras causales cuando se provea el cargo en forma definitiva mediante nombramiento en periodo de prueba con quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.

Soportando lo anterior, la Corte Constitucional mediante sentencia de Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio], consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, por que de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”. (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, de manera que pueda si es su deseo ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consisten en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas legalmente aceptadas, como lo son las disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa de provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente.

En consecuencia, cuando se adelante ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la oferta pública de empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva, y aquellos empleados que se encuentran bajo nombramiento provisional en dichos empleos, independientemente del tiempo de servicio, su declaratoria de insubsistencia resultará procedente mediante acto motivado por argumentos puntuales como es, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la calificación insatisfactoria en su evaluación de desempeño, la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón atinente al servicio que está prestando el servidor.

Del mismo modo, es pertinente traer a su conocimiento la sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional Sala Plena, 26 de mayo de 2011, Referencia: expedientes T-2.643.464 (Acumulados), Consejero Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se consideró lo siguiente en lo que respecta a la discrecionalidad del nominador para definir en el marco de una planta global, los cargos específicos que serían provistos con el registro de elegibles y la protección especial de las personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia, así:

“La única limitación que tenía la Fiscalía General de la Nación era reemplazar a estos provisionales con una persona que hubiere ganado el concurso y ocupado un lugar que le permitiera acceder a una de las plazas ofertadas. En este caso, los provisionales no podían alegar vulneración de derecho alguno al ser desvinculados de la entidad toda vez que lo fueron para ser reemplazados por una persona que ganó el concurso. (...)

10.2. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando. (...)

En consecuencia, la entidad deberá prever las especiales situaciones descritas en este apartado, al momento en que deba ocupar los cargos con el o los concursos que tiene que efectuar en cumplimiento de esta providencia. (...)

En el caso de los provisionales que son sujetos de especial de protección, si bien la Corte no concederá la tutela porque no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo, sí se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que, en el evento en que a la fecha de expedición del fallo existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a aquellos que venían ocupando, sean vinculados en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. La desvinculación de estos servidores sólo será posible previo acto administrativo motivado en los términos de la sentencia SU-917 de 2010.” (Negrilla original, Subrayado fuera del texto)

A su vez, la misma corporación mediante sentencia, de la Sala Séptima de Revisión de Tutelas, 08 de junio de 2017, expediente T-6.029.419, Consejera Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, concluyó en los siguientes términos la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, vida digna, igualdad, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y derecho de los niños por la desvinculación de una empleada que tiene una enfermedad de alto costo -cáncer- que se encontraba ocupando en provisionalidad un empleo de carrera administrativa y fue provisto por quien ocupó el primer puesto de la lista de elegibles previo concurso, a saber:

“Sin embargo, esta Corte ha reconocido que dentro de las personas que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes están próximos a pensionarse y las personas en situación de discapacidad, a los que, si bien por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

Por lo anterior, antes de procederse al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, han de ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones especiales al momento de su desvinculación y al momento del posible nombramiento. “La vinculación de estos servidores se prolongará hasta tanto los cargos que lleguen a ocupar sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional, contenidos, entre otras, en la sentencia SU-917 de 2010”.

En conclusión, siguiendo lo indicado por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011,

cuando con fundamento en el principio del mérito (art. 125 C.P.) surja en cabeza del nominador la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la constitución (art. 13 numeral 3), y en la materialización del principio de solidaridad social (art. 95 ibídem), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos y en caso de no adoptarse tales medidas, de ser posible, han de ser vinculados de nuevo en provisionalidad en un cargo similar o equivalente al que venían ocupando, de existir la vacante, siempre y cuando demuestren una de esas condiciones, tanto para la época de su desvinculación, como en el momento del posible nombramiento". (Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, ya valorando las razones expuestas por la Corte Constitucional así como la normativa citada, para el caso objeto de consulta, es importante tener claro que, no puede entenderse a manera de conservación perpetua del trabajo o a la permanencia indefinida en un empleo público, puesto que deberán prevalecer los derechos de quienes ganan concurso de méritos; siendo necesario para la entidad proceder a nombrar a quienes superaron el concurso de méritos.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Atentamente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 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.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:10:54