

CRITERIO UNIFICADO
“REQUISITOS ADICIONALES PARA ACCEDER AL DERECHO PREFERENCIAL A ENCARGO Y TÉRMINOS PARA RECLAMAR ANTE LA COMISIÓN DE PERSONAL DENTRO DEL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN”

Ponente: Humberto Luis García
Director de Vigilancia de Carrera Administrativa.

Fecha de sesión: 25 de abril de 2017

I. ANTECEDENTES

La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Criterio aprobado en Sala Plena del 17 de septiembre de 2015, estableció su postura en cuanto a la regulación especial sobre el derecho preferencial a encargo que ostentan los servidores de carrera administrativa que pertenecen al sistema de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); igualmente, analizó la competencia de su Comisión de Personal para conocer y resolver reclamaciones por presunta vulneración al derecho a encargo así como el trámite que deben seguir las mismas.

De este modo, partiendo de lo establecido en las normas especiales que regulan el encargo dentro del sistema específico de carrera administrativa de la DIAN, en particular el Decreto Ley 765 de 2005 y la Ley 1739 de 2014, así como las disposiciones del artículo 16 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 760 de 2005, estas últimas como normas supletorias aplicables ante los vacíos de la regulación especial, la CNSC concluyó lo siguiente:

- a. Ante la omisión del Decreto Ley 765 de 2005, debe aplicarse lo dispuesto en el literal e) del numeral 2° de la Ley 909 de 2004, siendo así que la Comisión de Personal de la DIAN es competente para conocer y decidir las reclamaciones que por los encargos formulen los servidores de carrera de dicha entidad.
- b. Como norma sustancial sobre los requisitos para obtener el derecho a encargo en el sistema específico de carrera de la DIAN, no es aplicable el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y se debe tener en cuenta lo reglado en los artículos 28 y 29 del Decreto Ley 765 de 2005 así como el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre con el sistema general de carrera administrativa, no es un requisito para acceder al encargo dentro del sistema específico de carrera de la DIAN ocupar el empleo inmediatamente inferior al vacante.
- c. Acorde a las normas especiales, los requisitos que debe reunir los servidores para acceder a un encargo en el sistema específico de carrera de la DIAN son: i) Acreditar los requisitos del empleo y el perfil del rol del empleo, ii) No haber sido

sancionados disciplinariamente en el último año y iii) que su última evaluación del desempeño haya sido sobresaliente.

- d. Las reclamaciones ante la Comisión de Personal de la DIAN se deben presentar en los términos señalados en el Decreto Ley 760 de 2005, especialmente en cuanto a los requisitos de forma y oportunidad, en razón al vacío normativo que sobre la materia, se presenta dentro del sistema específico de carrera de la DIAN.
- e. En cuanto a los supuestos o eventos en los que resultaría procedente la reclamación por encargo, se señalaron los siguientes: *“Cuando se haya designado mediante encargo a un servidor que no cumpla con los requisitos contemplados en el artículos 28 del Decreto 765 de 2005, existiendo presuntamente para el reclamante el derecho a ser encargado” y “Cuando se haya provisto el empleo de carrera mediante nombramiento provisional, existiendo presuntamente para el reclamante el derecho a ser encargado.”*

Posteriormente, el Congreso de la República profirió la Ley 1819 de 2016 *“Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”*, la cual en su artículo 332 estableció condiciones adicionales a las previstas en el Decreto Ley 765 de 2005 para acceder al encargo, así como reglas especiales para las reclamaciones laborales ante la Comisión de Personal de la DIAN y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

II. ANÁLISIS DE LA LEY 1819 DE 2016

El artículo 332 de la Ley 1819 de 2016, señala lo siguiente sobre el encargo y nombramientos en provisionalidad en la DIAN:

“ARTÍCULO 332. ENCARGO Y NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, los empleos pertenecientes al sistema específico de carrera en vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos en forma transitoria mediante la figura del encargo o del nombramiento en provisionalidad.

*El nombramiento en provisionalidad procederá, ante la inexistencia de empleados de carrera a ser encargados. **La inexistencia de personal a encargar se produce por cualquiera de los siguientes eventos.***

1. *No cumplimiento de requisitos para el desempeño de los empleos a proveer.*

2. Por haber renunciado o no aceptado un encargo en el último año.

3. El estar desempeñando un empleo en calidad de encargo.

4. Habiéndose ofertado internamente los empleos a proveer, los empleados con derechos de carrera, en el plazo concedido, no manifiestan interés en ser encargados.

De proceder el encargo, el funcionario deberá tomar posesión del empleo dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del acto administrativo correspondiente, de

no tomar posesión dentro del término indicado, se revocará el encargo sin que se requiera del consentimiento del funcionario, considerándose su no aceptación al mismo.

Las reclamaciones contra la provisión de empleos mediante las modalidades a que se refiere el presente artículo, se deberán interponer en primera instancia ante la Comisión de Personal de la DIAN dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación del acto presuntamente lesivo sin que se suspendan sus efectos, y la segunda instancia le corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual se deberá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión de primera instancia de la Comisión de Personal de la DIAN. En el evento de prosperar la reclamación, procederá de manera inmediata la terminación del encargo o la desvinculación del empleado nombrado en provisionalidad, según el caso.

Como se observa, la norma trascrita, al indicar los eventos en los cuales se considerará que no existen servidores con derecho al encargo, integra nuevos supuestos de hecho que permiten definir cuándo un servidor cuenta con el derecho preferencial; así, la disposición normativa exige que el empleado de carrera:

i. *No haya renunciado o aceptado un encargo en el último año.*

Este supuesto cobija a aquellos servidores que por voluntad propia han solicitado la terminación de un encargo o, habiéndoles sido otorgado uno, hayan desistido de tomar posesión bajo esta situación administrativa.

ii. *No se encuentre encargado en un empleo.*

Bajo esta disposición, no es posible encargar dentro del sistema específico de carrera de la DIAN a un servidor con derechos de carrera que se encuentre disfrutando de un encargo en otro empleo¹.

iii. *Haya manifestado oportunamente interés en ser encargado en el empleo vacante, dentro de un proceso de oferta o convocatoria interna.*

Lo anterior supone que la DIAN deberá organizar, convocar y desarrollar un concurso o convocatoria interna dirigida a todos los servidores con derechos de carrera administrativa, ofertando los empleos vacantes para ser provistos mediante encargo².

Se destaca que, el referido proceso interno es competencia exclusiva de la DIAN y, en consecuencia, **la Comisión Nacional del Servicio Civil no ostenta competencia para autorizarlo o intervenir en su desarrollo.**

¹ Contrario a lo que sucede en el sistema general de carrera administrativa, bajo el cual la CNSC ha considerado que es posible encargar a un servidor que goce de un encargo, teniendo en cuenta para efectos de los requisitos señalados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, las condiciones de su empleo titular, según sea el caso.

² Es importante precisar, que en relación con el sistema general de carrera administrativa, la CNSC ha sostenido que las autoridades no deben realizar procesos de postulaciones, concursos o similares, a efectos de otorgar un encargo, por cuanto la Ley 909 de 2004 no ha previsto la manifestación de interés como exigencia para el derecho preferencial. No ocurre así para el sistema específico de carrera de la DIAN, según la regulación especial contenida en el artículo 332 de la Ley 1819 de 2016.

Aunado a lo anterior, en cuanto al trámite de las reclamaciones, la norma estableció el término especial de cinco (5) días hábiles para presentar la reclamación ante la Comisión de Personal de la DIAN, contados a partir del día siguiente a la publicación del acto presuntamente lesivo, y cinco (5) días hábiles a partir de la notificación de la decisión de la Comisión de Personal a efectos de acudir en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Se destaca que la norma, al referirse a la “*publicación*” del acto presuntamente lesivo del derecho a encargo, **impone la obligación a la DIAN de publicar, por un medio idóneo, los actos administrativos de encargo y de nombramientos en provisionalidad**, a fin de que sean conocidos por los servidores con derechos de carrera administrativa y puedan así ejercer su derecho a la reclamación.

Igualmente, la norma es expresa en señalar que **la reclamación laboral no suspende el encargo otorgado** y, en caso de prosperar, se procederá a la terminación del mismo.

III. CRITERIOS A ADOPTARSE

En este orden de ideas, en razón al contenido del artículo 332 de la Ley 1819 de 2016, esta Comisión considera importante fijar criterios para armonizar lo allí dispuesto con los artículos 28 del Decreto Ley 765 de 2005 y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, en los siguientes términos:

- A. Son requisitos, exigencias y presupuestos para acceder al derecho a encargo en el sistema específico de carrera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN los siguientes:
- Acreditar los requisitos del empleo y el perfil del rol del empleo
 - No haber sido sancionado disciplinariamente en el último año
 - Haber obtenido en la última evaluación del desempeño un resultado que ubique al servidor interesado en el nivel sobresaliente.
 - No haber renunciado o aceptado un encargo en el último año.
 - No encontrarse gozando de un encargo.
 - Haber manifestado el interés de ser encargado en la oportunidad señalada por la entidad, dentro del proceso interno de convocatoria para encargos.
- B. Las reclamaciones laborales por presunta vulneración al derecho a encargo serán procedentes en los siguientes eventos:
- Cuando se haya designado mediante encargo a un servidor que no cumpla con los requisitos, exigencias y condiciones contempladas los artículos 28 del Decreto 765 de 2005 y 332 de la Ley 1819 de 2016, existiendo presuntamente para el reclamante el derecho a ser encargado.
 - Cuando se haya provisto el empleo de carrera mediante nombramiento provisional, existiendo presuntamente para el reclamante el derecho a ser encargado.

- C. Los requisitos de forma de las reclamaciones laborales a presentarse ante la Comisión de Personal de la DIAN y la CNSC, serán los previstos en el artículo 4º del Decreto Ley 760 de 2005, en razón al vacío normativo que sobre la materia, se presenta dentro del sistema específico de carrera de la DIAN.
- D. En cuanto a la oportunidad de las reclamaciones laborales por presunta vulneración al derecho a encargo, las mismas deben presentarse así:
- Reclamación en primera instancia ante la Comisión de Personal de la DIAN: dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación del acto lesivo, entendido éste como aquel que materializa la provisión transitoria mediante encargo a un servidor o nombramiento en provisionalidad.
 - Reclamación en segunda instancia ante la Comisión Nacional del Servicio Civil: dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del acto administrativo que contiene la decisión adoptada en primera instancia por la Comisión de Personal de la DIAN.
 - Los anteriores términos de cinco (5) días, aplican para las reclamaciones cuyos términos de presentación iniciaron después del 29 de diciembre de 2016.
 - Las reclamaciones tanto en primera como en segunda instancia cuyos términos de presentación iniciaron con anterioridad al 29 de diciembre de 2016, debieron presentarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, publicación o comunicación del acto lesivo o de la decisión adoptada por la Comisión de Personal de la DIAN, según el caso.

El presente criterio modifica y adiciona en lo pertinente el Criterio titulado "*DERECHO A ENCARGO, RECLAMACIÓN Y COMPETENCIA COMISIÓN DE PERSONAL DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN*" del 17 de septiembre de 2015.

El presente criterio fue aprobado en Sala Plena de Comisionados del 25 de abril de 2017.



PEDRO ARTURO RODRIGUEZ TOBO
Presidente

Revisó y aprobó: Humberto Luis García