



Bogotá D.C. 17 FEB. 2014

Radicado de salida: 2014EE 5066

Señor

VICTOR MANUEL CASTRO FAGER

Presidente Junta Directiva Seccional Bogotá

Unión Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN – UTRADIAN

Carrera 50 B No. 64 – 43 Torre 1 Apto. 1204

Radicado de Entrada: 2014ER 1527 del 17 de enero de 2014**Asunto:** Consulta Viabilidad que un empleado de carrera acceda en comisión a un empleo temporal.

Respetado Señor Castro,

Procede este Despacho a atender la solicitud del asunto, teniendo en cuenta lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

La Comisión Nacional del Servicio Civil recibió el 17 de enero de 2014, escrito radicado bajo el número 1527, mediante el cual Usted formula la siguiente consulta:

1. OBJETO

- 1.1. *Se emita concepto por parte de su despacho si un funcionario de carrera de la DIAN se le puede otorgar comisión en un empleo temporal; teniendo en cuenta que dicho funcionario se encuentra en las listas de elegibles vigentes en la convocatoria 128 de 2009.*
- 1.2. *Se nos informe si es procedente que el nominador de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desconozca los principios constitucionales consagrados en los artículos 5, 13, 25 y 53 de la Constitución Política convocando nombramientos de empleos temporales sin tener en cuenta el estricto orden de mérito de las listas de elegibles de la Convocatoria 128 de 2009, teniendo en cuenta que de la lista de elegibles del empleo con código OPEC No. 201114 denominado agente de Exportaciones se excluyeron los puestos con número 9, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 34, 35, 37, 41, 42, 44, 45, 48, 53, 54, 59, 60, 63, 64, 66, 83, 84, 90, 113, 117, 120, 122, 123, 139, 141, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154 y 169.*

- 1.3. De no ser factible la posibilidad de que un funcionario de carrera específica de la DIAN pueda acceder a la comisión en un empleo temporal dentro de la DIAN; ¿Cuándo termine el período para el cual fue creado ese empleo temporal este empleado puede retornar a su cargo de origen dentro de la carrera específica de la DIAN?
- 1.4. Que se nos envíe una copia de la solicitud de uso de las listas de elegibles de la Convocatoria 128 de 2009 realizada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para los nombramientos de empleos temporales.

(...)

La presente petición tiene como finalidad resaltar el desorden administrativo que ha generado en la DIAN las distintas contrataciones de plantas personales las cuales en su inicio al no existir listas de elegibles bajo la potestad del Director General de la DIAN se abrieron procesos de selección cerrados donde ningún empleado de la DIAN tuvo conocimiento de los mismos ni participaron hacia ellos, en esta última convocatoria al ver que existían listas de elegibles y la Ley obliga al uso de esas listas de elegibles el nominador discrecionalmente solicito el uso ante la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio No. 35949 del 3 de octubre de 2013 y correo electrónico de fecha 10 de enero de 2014, sin embargo vemos con asombro la exclusión de los puestos con números 9, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 34, 35, 37, 41, 42, 44, 45, 48, 53, 54, 59, 60, 63, 64, 66, 83, 84, 90, 113, 117, 120, 122, 123, 139, 141, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154 y 169.

Teniendo en cuenta lo anterior se hace necesario identificar las razones por las cuales el nominador excluye discrecionalmente estas personas de dicha lista de elegibles para acceder a estos cargos temporales, si bien la ley 909 de 2004 no estipula tácitamente que un empleado de carrera pueda ser comisionado en empleo temporal tampoco lo prohíbe y en ese sentido deben primar los principios constitucionales a) La igualdad y el mérito como condiciones para el desempeño para empleos de carrera; b) La igualdad de todos los ciudadanos para el ejercicio de cargos y de funciones públicas; c) La movilidad laboral como criterio de crecimiento y de mejoramiento institucional y personal; d) La eficiencia, Economía, Igualdad y Celeridad como principios para el cumplimiento de la Función administrativa; y e) La favorabilidad en la Interpretación de la Ley laboral, es por ello que en el 2005 el Comisionado Doctor PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ mediante oficio No. 004377 del 17 de noviembre de 2005 da respuesta favorable al asunto de este mismo derecho de petición y aclara en sus anotaciones finales que "La Comisión Nacional del Servicio Civil haya constitucionalmente procedente la figura de la Comisión para que un empleado de carera pueda desempeñar un empleo temporal y que, dadas las especificaciones de temporalidad de dichos tipos de empleos, tal comisión podría otorgarse por el término de permanencia del empleo temporal en la respectiva planta del empleo temporal."

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO Y RESPUESTA:

Previo a dar respuesta a la solicitud del asunto, la Comisión Nacional del Servicio Civil encuentra necesario señalar lo siguiente:

En primera medida, resulta conveniente referirse a las precisas funciones conferidas a la Comisión Nacional del Servicio Civil para el ejercicio de las competencias de administración y vigilancia del sistema de carrera designadas por el artículo 130 Constitucional, entre las cuales, si bien tiene la de absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa, lo cierto es que en virtud de ella no cuenta con la potestad para servir de instancia jurídica consultiva, que participe en la coadministración de las relaciones laborales y situaciones administrativas que presenten las entidades públicas, que si bien pueden guardar relación con la carrera administrativa, lo cierto es que las decisiones a adoptar son de exclusiva competencia del Nominador junto con la Unidad de Personal.

Corolario de lo expuesto, la respuesta se centrará en orientar e ilustrar al interesado en las normas que reglamentan la materia, así como la doctrina de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Conviene en primer lugar precisar que conforme a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 909 de 2004, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (UAE – DIAN), pertenece a los Sistemas Específicos de Carrera y en consecuencia cuenta con regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa, diferentes a las que regulan el sistema general; sin embargo, frente a los vacíos de éstas, se aplicarán las disposiciones de la Ley 909 de 2004 y sus Decretos reglamentarios.

En este sentido, el sistema de carrera de la UAE – DIAN se encuentra reglamentado por el Decreto Ley 765 de 2005, norma que en relación con las clases de empleos dispuso en su artículo 3º lo siguiente:

ARTÍCULO 3o. EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, DIAN. Son empleados públicos quienes prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, vinculados a ella por una relación legal y reglamentaria.

La función pública en la Entidad se prestará mediante los siguientes empleos:



- 3.1 Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.
- 3.2 Empleos públicos de carrera.
- 3.3 Empleos de supernumerarios.

PARÁGRAFO. Los empleos de supernumerarios se rigen por las disposiciones contempladas en el Decreto 1072 de 1999.

Como se puede apreciar de la norma transcrita, ésta nada dijo en relación con los empleos temporales, teniendo en consecuencia que ante el vacío resulta pertinente aplicar las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004, que en su artículo 21 dispone:

"ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.*

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos. (Resaltado fuera del texto original)

De acuerdo con lo anterior, la planta temporal se provee inicialmente con el uso de las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, que para el caso de la UAE – DIAN, son aquellas conformadas en el marco de la Convocatoria 128 de 2009, listas que de conformidad con lo establecido en el literal e), artículo 11 de la Ley 909 de 2004, competen ser administradas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Ahora bien, en cuanto a las situaciones administrativas del Sistema Especial de Carrera correspondiente a la UAE – DIAN, éstas se encuentran establecidas en el Título IV, Capítulo I del Decreto No. 1072 de 1999, que respecto a la comisión y sus clases dispone:

ARTÍCULO 66. COMISIÓN. *El funcionario se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerza las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atienda transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo del cual es titular.*

ARTÍCULO 67. CLASES DE COMISIÓN. *Las comisiones de los funcionarios de la contribución pueden ser:*

- a) De servicios;
- b) De carácter reservado;
- c) De capacitación;
- d) De estudios;
- e) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o instituciones privadas;
- f) Para investigación;
- g) Para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción.

(...)

ARTÍCULO 76. VACÍOS NORMATIVOS EN MATERIA DE SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. *Las situaciones administrativas y aspectos no contemplados en este capítulo se regirán por las disposiciones generales aplicables a los empleados públicos del orden nacional.*

Para hacer claridad en el caso que nos ocupa, es pertinente hacer alusión a la comisión de servicios y la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, así:

- **Comisión de servicios:** Conforme lo dispone el artículo 68 del Decreto 1072 de 1999, ésta "...se confiere para ejercer las funciones propias del cargo en

dependencias o lugares fuera de la sede, cumplir misiones oficiales, asistir a reuniones, seminarios, conferencias o realizar visitas de observación que interesen a la entidad y que se relacionen con el ramo en que se presentan los servicios. Igualmente será procedente esta comisión para prestar los servicios en otra entidad pública. (...)

La comisión de servicios hace parte de los deberes de todo empleado, no constituye una forma de provisión de empleos y podrá dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte conforme con las disposiciones que regulan la materia. (...) (Énfasis nuestro)

La comisión de servicios es de carácter temporal, limitada a noventa (90) días, salvo aquellas que recaigan en servidores que cumplan funciones de inspección, vigilancia, control y fiscalización tributaria, aduanera y cambiaria; tampoco estarán sujetas a los términos de duración establecidos, las comisiones que por su naturaleza exijan una duración mayor a juicio del Director General de la entidad.

• **Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período.**

Conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto Ley 765 de 2005, **“Los empleados de carrera podrán ser comisionados para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogada por un término igual, o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, o en otra entidad. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrán ser superiores a seis (6) años.**

Finalizado el término para el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o de período o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual tiene derechos de carrera, al día siguiente de la ocurrencia de alguna de aquellas situaciones. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de éste y lo proveerá en forma definitiva. Tales novedades deberán ser actualizadas en el registro del Sistema Específico de Carrera.

De acuerdo con las disposiciones normativas relacionadas en líneas precedentes y en atención al primer interrogante, resulta que la comisión es una situación administrativa cuyas clases se establecieron taxativamente en el artículo 67 del

Decreto No. 1072 de 1999, entre las cuales no se contempló la posibilidad que un servidor de carrera de la UAE – DIAN, pueda ser comisionado para el desempeño de un empleo temporal.

Ahora, conforme se contempló en el artículo 76 *ibidem*, los vacíos normativos relacionados con las situaciones administrativas serán llenados por las disposiciones generales vigentes, que para el caso particular resulta ser el Decreto 1950 de 1973, norma que tampoco contempló la posibilidad de comisión para el desempeño de empleos temporales.

Entonces, se tiene que en materia de situaciones administrativas y particularmente en relación con la comisión, ni las normas especiales que reglamentan el sistema de carrera de la UAE – DIAN, ni las generales previeron una forma de comisión para el desempeño de empleos temporales.

Teniendo claridad en lo anterior y ante la existencia de un vacío normativo que no prohíbe una comisión de servicios para el desempeño de empleos temporales, pero tampoco lo permite, resulta pertinente determinar si tal como Usted lo manifiesta, resulta aplicable el principio de permisión, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido.

El artículo 6º de la Constitución Política determinó y delimitó el principio de responsabilidad respecto de los particulares y de los servidores, teniendo que para el caso de los primeros éstos solo lo serán por infringir la Constitución y las Leyes, y los segundos, por la misma causa, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En igual sentido, el artículo 121 Superior, determinó que ninguna Autoridad Estatal puede ejercer funciones distintas a las atribuidas en la Constitución y la Ley.

Como se puede colegir de lo anterior, las actuaciones de la Administración y de los servidores deben estar enmarcadas dentro del principio de legalidad, es decir, que su actuar esté sometido a la Constitución y a la Ley; en consecuencia, a la actividad administrativa del Estado no le es aplicable el principio de permisión, por cuanto a los servidores solo les es dable hacer lo que expresamente les está permitido en atención al régimen de responsabilidad contemplado Constitucionalmente.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en Sentencia C – 244 del 30 de marzo de 2009, indicó:

"El principio de permisión, previsto en el artículo 6° de la Constitución, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido, lo prevé la Constitución para quienes no están investidos de autoridad pública, y por tanto no es aplicable a los servidores públicos, quienes están limitados en su actuación por la denominada "cláusula general de competencia". Se contrarían los principios esenciales del Estado constitucional de derecho, cuando se aplican a las competencias del presidente en un estado de emergencia social, principios relativos exclusivamente a la actividad de los particulares."

Corolario de lo expuesto y en atención al primer y tercer punto de su solicitud, habida cuenta que la comisión de un servidor de carrera para el desempeño de un empleo temporal, no está expresamente contemplada y permitida en las normas que reglamentan el sistema especial de carrera de la UAE – DIAN, ni en la legislación general, ni tampoco se previó como una forma de provisión de los empleos temporales, se tiene que no le es dable al Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien tiene la función de nominar, proveer empleos con situaciones administrativas no contempladas en las normas que reglamentan la materia.

Lo anterior, aplica aún en el caso en que el servidor de carrera administrativa en la UAE - DIAN ostente también la calidad de elegible, caso en el cual, si bien tiene el derecho a ser nombrado y a ejercer el empleo temporal en virtud de la lista que integra, dicha situación conllevaría a la separación en el ejercicio del empleo de que es titular y por tanto a la pérdida de derechos de carrera, por cuanto no existe jurídicamente la posibilidad de ser comisionado o encargado para desempeñar el empleo de temporal.

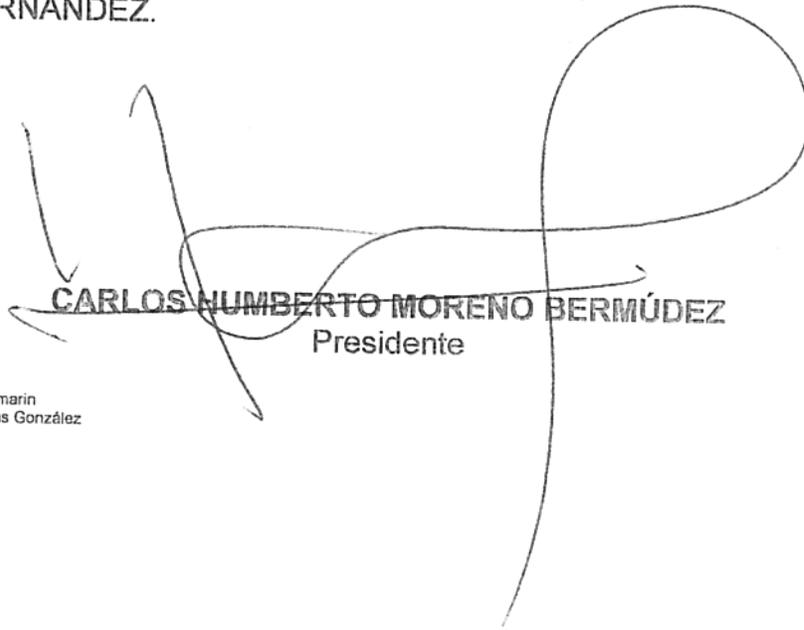
En cuanto al segundo punto de su consulta, resulta pertinente precisar que conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 3° del Decreto No. 1227 de 2005, cuando no puedan proveerse los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes, la entidad puede realizar un proceso de evaluación a los aspirantes a ocupar dichos empleos, conforme el procedimiento que establezca la entidad. En consecuencia y conforme a las normas que reglamentan la materia, resulta procedente que el nominador ante la imposibilidad legal de proveer el empleo temporal con las listas de elegibles, proceda a realizar el procedimiento supletorio previsto para la proveerlo.

Finalmente y en lo que respecta a su petición de copias, se le informa que los documentos relacionados con las solicitudes de autorización de uso de listas de elegibles para la provisión de empleos temporales presentadas por el Director

General de la UAE – DIAN y las respuestas impartidas por la CNSC, se encuentran contenidas en un total de ciento ochenta y seis (186) folios, motivo por el cual en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo No. 140 de 2010 de la CNSC, deberá cancelar un valor unitario de cien (100) pesos por cada una de las copias, lo que en este caso equivale a un total de DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$18.600.00) a favor de esta Comisión Nacional, valor que deberá ser consignado en la cuenta de ahorros No. 220-066-10024-9 del Banco Popular. Una vez allegue el comprobante de pago, le serán remitidos los documentos solicitados.

El presente concepto que se emite en los términos del artículo 28 del CPACA, fue aprobado por decisión unánime en Sala de Comisionados del 13 de febrero de 2014, y deroga aquellos que le sean contrarios, particularmente el contenido en el oficio No. 004377 del 17 de noviembre de 2005, suscrito por el Comisionado PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ.

Cordialmente,



CARLOS HUMBERTO MORENO BERMÚDEZ
Presidente

Proyectó: Shirley Johana Villamarín
Revisó: Paula Tatiana Arenas González