



TRASLADO DE EXCEPCIONES

Artículo 175 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13001-33-33-012-2017-00225-00
Demandante	Carlos Montes Cuadro
Demandado	UAE DIAN
Sujetos con interés directo	John Jairo Rizo Mejía

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la Secretaría del Juzgado Doce Administrativo de Cartagena, y en la página web de la Rama Judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy diez (10) de agosto de dos mil dieciocho (2018) siendo las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018), a las 8:00 a.m.


DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA

VENCE TRASLADO: quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), a las 5:00 p.m.


DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA

Señores
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
E.S.D.



=====

REFERENCIA:
PROCESO No.13-001-33-33-012-2017-00225-00
ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDADO: UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN
DEMANDANTE: CARLOS MONTES CUADRO
ASUNTO: OTORGAMIENTO DE PODER

=====

JOHN JAIRO RIZO MEJIA, varón, mayor de edad y vecino del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, identificado non Cedula de Ciudadanía No. 9.097.128 de CARTAGENA, de la manera más cordial y respetuosa concurre a usted, a efectos de manifestar que confiere poder especial amplio y suficiente al Dr. **EZEQUIEL DAVID CORRALES AMADOR**, también mayor, y de esta vecindad, quien se identifica con cedula de ciudadanía No. 73.579.832, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 204.589 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que me represente y defienda mis intereses en el proceso de la referencia.

Mi apoderado cuenta con las facultades inherentes para el ejercicio del presente poder, en especial las de recibir, transigir, sustituir, desistir, renunciar, reasumir y en general todas aquellas necesarias para el buen cumplimiento de su gestión.

Sírvase señor Juez, reconocerle personería en los términos y para los fines aquí señalados.

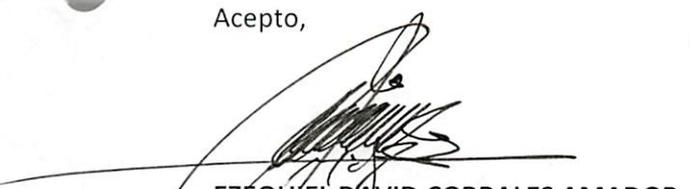
Cordialmente,


JOHN JAIRO RIZO MEJIA
C.C. N°. 9.097.128 de Cartagena

Notaría Sexta del Circulo de Cartagena
Diligencia de Presentacion Personal y Reconocimiento con Huella
Ante la suscrita Notaria Sexta del Circulo de Cartagena
compareció personalmente:
JOHN JAIRO RIZO MEJIA
Identificado con C.C. **9097128**
y declaró que la firma y huella que aparecen en este documento son suyas y el contenido del mismo es cierto
Cartagena:2018-02-08 10:16



Acepto,


EZEQUIEL DAVID CORRALES AMADOR
C.C. No. 73.579.832 de Cartagena
T.P. No. 204.589 del C. S. de la J.



Señores
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
E.S.D.

=====

REFERENCIA:
PROCESO No.13-001-33-33-012-2017-00225-00
ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDADO: UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN
DEMANDANTE: CARLOS MONTES CUADRO

=====

EZEQUIEL DAVID CORRALES AMADOR, mayor, vecino y residente de la ciudad de Cartagena, portador de la C.C. No 73.579.832, abogado en ejercicio portador de la T.P. N°. 204.589 del C. S. de la J., actuando en calidad de apoderado Judicial del Señor JOHN JAIRO RIZO MEJIA, mayor vecino y residente de la Ciudad de Cartagena portador de la C.C. N°. 9.097.128 de Cartagena, quien ha sido vinculado a la presente en calidad de tercero interviniente, por medio de la presente y de la manera más cordial y respetuosa y en la coyuntura procesal idónea para ello, me permito contestar la demanda de la referencia en los siguientes términos:

EN CUANTO A LOS FUNDAMENTOS FACTICOS

Primero, es un hecho que se debe demostrar con el acta de posesión.

Segundo, se presume cierto se puede corroborar con la Subdirección de Gestión de Personal de la UAE

Tercero, es cierto la DIAN dio a conocer el *plan de provisión de empleos dirección de impuestos y aduanas nacionales DIAN 2014-2015*.

Cuarto, efectivamente en el mencionado plan se establecen las reglas claras para la provisión de empleos, pero el accionante le da una interpretación sesgada al contenido de esta toda vez que al parecer el piensa (de manera poco acertada) que el funcionario con mayor calificación es el acreedor del encargo cuando los criterios para la provisión de empleos de carrera mediante encargo es el siguiente:

"PROVISIÓN DE EMPLEOS DE CARRERA MEDIANTE ENCARGO.

La figura del encargo es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo cuya regulación se encuentra contenida en la Ley 909 de 2004 artículo 24, Decreto Ley 765 de 2005 artículo 28, Decreto 1227 de 2005 artículos 8 y 9 y Decreto 3626 de 2005 artículo 6.

Como lo determina la ley podrán aplicar a encargos los empleados públicos del Sistema Específico de Carrera que:

- *Tengan una evaluación de desempeño sobresaliente.*
- *No estén sancionados disciplinariamente durante el año inmediatamente anterior, y*
- *Cumplan los requisitos y el perfil del empleo que se va a proveer mediante encargo.*

Para efectos de hacer técnico y equitativo el proceso se aplicará el principio de "gradualidad" como uno de los criterios de desempate atendiendo el siguiente procedimiento:

1. *Inicialmente se identificarán los funcionarios beneficiarios del encargo en la ciudad y proceso, del lugar en la cual se halle la vacante de empleo de carrera.*
2. *Teniendo en cuenta que puede resultar un número mayor de funcionarios que el de las vacantes por proveer, se dará prioridad al funcionario que ostente el grado inmediatamente inferior al de la vacante objeto de provisión.*
3. *En caso de presentarse empate se aplicarán en su orden los siguientes criterios para dirimir la prelación.*
 - a. *El funcionario de mayor antigüedad en la DIAN.*
 - b. *El funcionario que no sea jefe.*
 - c. *El funcionario que tenga mayor puntaje en la evaluación del desempeño (Periodo ordinario y definitivo).*
 - d. *A través de sorteo.*
4. *Si luego de surtir la anterior búsqueda, no se encuentra un funcionario del Sistema Específico de Carrera beneficiario, se consultará en la misma ciudad, en esta ocasión en todos los procesos, dando prioridad al funcionario o funcionarios que ostenten el grado inferior al de la vacante objeto de encargo. En caso de empate igualmente se aplicarán los criterios de desempate previstos en el anterior numeral.*
5. *En el evento de no encontrarse funcionario Sistema Específico de Carrera beneficiario, se repetirá este procedimiento, en esta ocasión consultando a nivel nacional, dando prioridad al proceso en la cual se encuentra la vacante, y al funcionario que ostente el grado inferior al de la vacante objeto de encargo, aplicando en caso de empate los criterios previstos en el numeral 3.*
6. *Si definitivamente no se encuentran funcionarios Sistema Específico de Carrera beneficiarios del encargo, se acudirá a la figura del nombramiento provisional previsto en las normas vigentes.*
7. *El servidor público de carrera encargado deberá manifestar por escrito expresamente la aceptación del mismo.*
8. *Para efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos se tendrá en cuenta la escolaridad y experiencia acreditada en la historia laboral del servidor público de carrera en la Entidad.*
9. *Se precisa que los encargos implican el ejercicio de las funciones del empleo vacante, en la dependencia, proceso y ubicación geográfica, en donde está distribuida la vacante."*

Como se puede apreciar del primer inciso transcrito nos remiten a varias normas que regulan la materia de los cuales puedo resaltar el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 que a su tenor literal reza:

“Artículo 24. Encargo. *Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente...”

De la lectura inadvertida de la disposición trascrita con anterioridad, armonizada con los parámetros establecidos por la DIAN para la provisión de los empleos podemos concluir que del universo de funcionarios que cumplan los requisitos para acceder al empleo mediante el encargo, este debe recaer en el empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal que para ese momento era mi poderdante que ostentaba el cargo GESTOR IV y no el aquí accionante señor CARLOS MONTES quien como ha manifestado en el asunto de legajos que era GESTOR III.

Quinto, si la entidad efectuó dicho listado de opcionados al encargo omitiendo mi inclusión, desconozco las razones por las cuales no aparezco en el mismo, pero como se puede corroborar con la subdirección de personal, este hecho fue el motivo de la reclamación de mi poderdante y por lo cual la DIAN subsanó y reconoció el error.

Sexto, de acuerdo a ese listado el funcionario CARLOS MONTES era el candidato con mejor derecho, pero vulnerando mis derechos por ser yo el funcionario que se encontraba ocupando el cargo inmediatamente inferior en la entidad.

Séptimo, el acto mediante el cual se nombra al Señor MONTES en el encargo que legalmente me correspondía es un acto administrativo susceptible de recursos de vía gubernativa, los cuales se surtieron en debida forma, no es un acto definitivo como mal afirma el accionante.

Octavo, es cierto acorde al acta 051 de 04 de marzo de 2015.

Noveno, es cierto.

Decimo, es cierto.

Decimoprimer, es cierto.

Decimosegundo, es cierto.

Decimotercero, es cierto.

Decimocuarto, es cierto.

Decimoquinto, es cierto.

Decimosexto, se desprende del escrito que anexa el accionante que es cierto, que se opuso a la reclamación por mí formulada, pero dicha oposición resulto infructuosa ante la realidad de la vulneración de mis derechos.

Decimoséptimo, es cierto acorde al oficio 0002431 de 27 de julio de 2015.

Decimoctavo, las razones que tiene en cuenta la comisión de personal para desatar la reclamación por mi interpuesta tiene un asidero legal y jurídico ya que las normas aplicables al caso sub-examine son absolutamente claras.

Una vez determinada la población que cumple los requisitos dispuestos en el artículo 28 del Decreto 765 de 2005 y estableciendo que existen varios servidores con derechos de carrera que pueden ser encargados en la misma dependencia, en el mismo proceso, en la misma ciudad, o en otras Direcciones Seccionales de otras ciudades diferentes a la ubicación de la vacante, se procederá a desempatar con los siguientes criterios en este respectivo orden, en respeto a los principios del mérito y transparencia:

- i. El servidor de carrera que ostente el empleo inmediatamente inferior al de la vacante en la misma dependencia y proceso, descendiendo sucesivamente en grados y niveles jerárquicos.
- ii. Los servidores de carrera que no ostenten calidad de Jefe.
- iii. Los servidores de carrera que hayan alcanzado el más alto puntaje en la Evaluación del Desempeño, como reconocimiento al mérito.
- iv. De persistir el empate el encargo se asignará en forma aleatoria.

De acuerdo a lo anterior, y después de analizar el caso particular, al aplicarse el principio de "gradualidad" y al compararse estas circunstancias fácticas del presente caso, se observa que la entidad dio legal cumplimiento al encargo del señor JOHN JAIRO RIZO MEJIA, teniendo en cuenta que el servidor público ostentaba el cargo de Gestor IV Código 304 Grado 04 encontrándose por encima del señor CARLOS MONTES CUADRO, quien ostenta el cargo de GESTOR III Código 303 Grado 03.

Decimonoveno, no me consta.

Vigésimo, no me consta.

Vigesimoprimero, efectivamente lo transcrito por el apoderado del demandante coincide con la parte resolutive de la resolución No. 4716 de 25 de noviembre de 2015 la cual fue objeto de los recursos de ley.

Vigesimosegundo, no me consta se debe constatar que efectivamente ese sea el contenido del documento citado.

Vigesimotercero, no es cierto este hecho obedece a una interpretación parcializada del apoderado del demandante.

Vigesimocuarto, no me consta.

Vigesimoquinto, con la Resolución N° 20165000015895 del 29 de Abril del 2016, la comisión manifestó textualmente " ***en relación con la presunta violación al derecho de igualdad, con ocasión de la no aplicación en su caso en particular del criterio de gradualidad, resulta del caso reiterar que dicho criterio no se encuentra contemplado en las normas que reglamentan el derecho a encargo en el sistema específico de carrera de la DIAN, ni tampoco en las instrucciones de la CNSC, motivo por el cual no compete ni a la comisión de personal ni a la CNSC, vigilar al acatamiento de las reglas internas que frente a la provisión de empleos expidan las entidades, por lo que desde el ámbito de competencias de la CNSC, no le corresponde verificar o pronunciarse sobre ese particular en instancias de reclamación***"

Concepto que dio pie para dentro de la oportunidad legal interponer mediante petición directa al ente competente de la emisión de la resolución que ocasiono el perjuicio a los derechos de mi poderdante derechos, presentar el recurso de reconsideración, para que corrigiera el error con el que genero el perjuicio y respetara las reglas que la misma entidad DIAN emitiera mediante el boletín 141 del 24 de octubre del 2014, con el que regulo el proceso de encargo , es válido mencionar que en varios casos dentro del mismo proceso de encargo se reconoció vía tutela y vía legal el derecho vulnerado con la gradualidad, y las reglas establecidas previamente, hechos que fueron contundentes para que la entidad DIAN pudiese proferir mediante la resolución N° 007351 del 28 de septiembre del 2016, el nombramiento de mi poderdante en el encargo de Inspector III 307 07. Vulnerado con la Resolución 001337 del 25 de febrero del 2015.

Vigesimosexto y Vigésimoséptimo, efectivamente el Director General de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** expidió actuando dentro de sus facultades legales la resolución 00007351 de 28 de septiembre de 2016, por medio de la cual se da por terminado el Encargo del aquí demandante.

Vigesimoctavo, el demandante transcribe apartes de la resolución que ataca.

Vigesimonoveno, No me consta, es una interpretación sesgada de la motivación de la resolución 00007351 de 28 de septiembre de 2016.

Trigésimo, no me consta.

Trigésimo primero, es cierto.

Trigésimo segundo, no me consta.

Trigésimo tercero, no me consta.

Trigésimo cuarto, no me consta.

Trigésimo quinto, No me consta.

Trigésimo sexto, efectivamente el demandante se encuentra ostentando en la actualidad el cargo que primigeniamente le correspondía, pero en ningún momento podríamos considerar que se están conculcando sus derechos fundamentales, toda vez que el en ningún momento ha sido el opcionado directo a ocupar en encargo el empleo público denominado *INSPECTOR III CODIGO 307 GRADO 07 en la División de Gestión Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena*, toda vez que antes de que mi poderdante quien se posesionara en la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, el día 9 de Diciembre de 2014, el Cargo inmediatamente anterior al empleo que iba a ser objeto de encargo, lo ostentaba el Señor JOSE LUIS PINEDA LENGUA quien se desempeñaba en la misma División y ostentaba el cargo de *INSPECTOR I CÓDIGO 305 GRADO 05* el cual es superior al grado que ostentaba el Señor MONTES quien funge como demandante. Al ser trasladado el Señor PINEDA llega mi poderdante quien queda ostentando el cargo inmediatamente anterior al empleo que se iba a proveer mediante encargo, por lo cual no me explico cómo podría estar conculcándosele derecho alguno si por el contrario estuvo mucho tiempo ostentando un cargo al cual no tenía derecho.

Trigésimo séptimo, Ataca la resolución No. 007351 de 28 de Septiembre de 2016 esgrimiendo que es una decisión arbitraria de la Administración, pero la misma es el resultado de la gestión por mi poderdante realizada al elevar una petición de fecha 22 de Agosto de 2016, mediante la cual solicita se aplique el Derecho a la Igualdad en ocasión a su derecho al encargo que fue vulnerado por el mal llevado proceso de encargos, y que genero grandes perjuicios a personas como el que confiaron en la aplicación de los principios constitucionales de equidad y justicia en los mismos, en dicho escrito mi apadrinado solicitó la aplicación del mismo criterio para ser encargado al utilizado en la Resolución 2052 del 16 de Marzo del 2016 (la cual anexo), toda vez que su reclamación que fue aceptada mediante auto N° 0009 del 28 de Mayo del 2015, y que fue resuelta en primera instancia a favor mediante el auto N° 2431 del 27 de Julio del 2015, se presenta la misma situación de vulnerabilidad al principio de gradualidad, toda vez que cumpliendo a cabalidad los requisitos para ser encargado, y estando en dicho momento en el proceso donde existe la vacante, se encargó a un funcionario con un grado inferior al de él violando los requisitos previamente establecidos por la comisión de personal; ocasionado con esto la vulneración a su derecho de ser encargado, violando la gradualidad establecida.

Trigésimo octavo, no me consta, esto debe determinarlo la subdirección de Gestión de Personal de la Entidad accionada.

Trigésimo noveno, no me consta, esto debe determinarlo la subdirección de Gestión de Personal de la Entidad accionada.

Cuadragésimo, afirma el accionante que se le vulnera sus derechos por una disminución en el salario pero el retorna a su salario anterior y el emolumento que percibe mensualmente asciende a la no despreciable suma de CINCO MILLONES SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO PESOS MCTE (\$5.067.524.00) suma en la cual había soportado su existencia durante gran parte de su vida laboral, como lo dije con anterioridad mal podría afirmarse que se está ante dicha vulneración si la DIAN con la resolución atacada solo está corrigiendo una situación que estaba vulnerando los derechos a mi poderdante.

Cuadragésimo primero, las circunstancias descritas por el poderdante devienen inequívocamente en la protección de los derechos de mi poderdante y no se podría interpretar a contrario sensu, toda vez que el aquí demandante nunca ostento el derecho a ser encargado en el empleo público plurimencionado, por una razón fortuita, ajena al derecho, terminó siendo encargado pero la administración enmendó su error restituyendo los derechos a mi apadrinado.

Cuadragésimo segundo, es cierto.

Cuadragésimo tercero, no me consta.

Cuadragésimo cuarto, no me consta.

SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas las declaraciones y condenas que sean contrarias a mi poderdante y a la entidad demandada, toda vez que las mismas carecen de fundamentos jurídicos como paso a anotar a continuación:

Los encargos se realizan teniendo en cuenta el bloque Constitucional en concordancia con el principio de legalidad.

La figura del encargo es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo cuya regulación se encuentra contenida en la Ley 909 de 2004 artículo 24, Decreto Ley 765 de 2005 artículo 28, Decreto 1227 de 2005 artículos 8 y 9 y Decreto 3626 de 2005 artículo 6.

Como lo determina la ley podrán aplicar a encargos los empleados públicos del Sistema Específico de Carrera que:

- Tengan una evaluación de desempeño sobresaliente.
- No estén sancionados disciplinariamente durante el año inmediatamente anterior, y
- Cumplan los requisitos y el perfil del empleo que se va a proveer mediante encargo.

Para efectos de hacer técnico y equitativo el proceso se aplicará el principio de "gradualidad" como uno de los criterios de desempate atendiendo el siguiente procedimiento:

1. Inicialmente se identificarán los funcionarios beneficiarios del encargo en la ciudad y proceso, del lugar en la cual se halle la vacante de empleo de carrera.
2. Teniendo en cuenta que puede resultar un número mayor de funcionarios que el de las vacantes por proveer, se dará prioridad al funcionario que ostente el grado inmediatamente inferior al de la vacante objeto de provisión.
3. En caso de presentarse empate se aplicarán en su orden los siguientes criterios para dirimir la prelación.
 - a. El funcionario de mayor antigüedad en la DIAN.
 - b. El funcionario que no sea jefe.
 - c. El funcionario que tenga mayor puntaje en la evaluación del desempeño (Periodo ordinario y definitivo).
 - d. A través de sorteo.
4. Si luego de surtir la anterior búsqueda, no se encuentra un funcionario del Sistema Específico de Carrera beneficiario, se consultará en la misma ciudad, en esta ocasión en todos los procesos, dando prioridad al funcionario o funcionarios que ostenten el grado inferior al de la vacante objeto de encargo. En caso de empate igualmente se aplicarán los criterios de desempate previstos en el anterior numeral.

5. En el evento de no encontrarse funcionario Sistema Específico de Carrera beneficiario, se repetirá este procedimiento, en esta ocasión consultando a nivel nacional, dando prioridad al proceso en la cual se encuentra la vacante, y al funcionario que ostente el grado inferior al de la vacante objeto de encargo, aplicando en caso de empate los criterios previstos en el numeral 3.

6. Si definitivamente no se encuentran funcionarios Sistema Específico de Carrera beneficiarios del encargo, se acudirá a la figura del nombramiento provisional previsto en las normas vigentes.

7. El servidor público de carrera encargado deberá manifestar por escrito expresamente la aceptación del mismo.

8. Para efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos se tendrá en cuenta la escolaridad y experiencia acreditada en la historia laboral del servidor público de carrera en la Entidad.

9. Se precisa que los encargos implican el ejercicio de las funciones del empleo vacante, en la dependencia, proceso y ubicación geográfica, en donde está distribuida la vacante.

No obstante, para ser seleccionado a encargo, el funcionario debe acreditar los requisitos establecidos para el empleo objeto de encargo, los cuales, además de ostentar el empleo inmediatamente inferior, incluye el cumplimiento del requisito de estudio y experiencia, conforme a los roles de empleos pertenecientes al Manual de Funciones y a la Resolución 000133 del 22 de diciembre de 2015 ***“Por el cual se establecen los requisitos mínimos exigidos para los empleos en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”***, según el proceso.

En éste sentido, el memorando 000294 establece:

La revisión de las historias laborales de los servidores públicos con derechos de carrera, para verificar el cumplimiento de los criterios de asignación, se realizará conforme al análisis de la hoja de vida según la documentación existente en cada historia laboral, hasta la fecha en la que se realice dicha revisión, de la siguiente manera:

a. Ser empleado de Carrera Administrativa: Es obligatorio, teniendo en cuenta que el encargo es un derecho exclusivo de los empleados en carrera administrativa.

b. Cumplimiento del Perfil del Rol: El empleado de carrera deberá acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos académicos y de experiencia para el ejercicio del cargo (o sus equivalencias según lo establecido en la Resolución No. 183 de 2013 (*Derogada por la Resolución 000133 del 22 de diciembre de 2015*) o en el manual de funciones y competencias vigente si las contiene, acorde a la normatividad vigente) y cumplir con el perfil del rol para su desempeño, tal como se encuentre señalado en el manual de Funciones y Competencias, para la respectiva dependencia donde se requiera.

c. Evaluación del Desempeño Nivel Sobresaliente: Verificación de última evaluación de desempeño laboral (ordinaria y definitiva en el último año), bajo los siguientes criterios:

El encargo recaerá únicamente en los empleados que se encuentren en el Nivel Sobresaliente.

No serán objeto de estudio las historias laborales de los servidores públicos que no cuenten con la evaluación del desempeño ordinaria y definitiva del último año, en tanto no acreditan este requisito como criterio para asignación del encargo.

d. No haber sido sancionado disciplinariamente: Se verificará la NO existencia de sanción disciplinaria durante el último año. Podrán ser tenidos en cuenta quienes se encuentren en proceso de investigación.

Criterios de selección para encargo ante el cumplimiento de requisitos por parte de dos o más empleados:

Se podrán tener en cuenta los siguientes criterios, en su orden, para determinar sobre quien recaerá el encargo acorde al perfil del rol:

- i. Empleado o empleados ubicados en la misma dependencia y proceso donde se encuentra la vacante.
- ii. En caso que no existan empleados para realizar el encargo en la dependencia y proceso donde se encuentra ubicada la vacante, se buscarán los servidores ubicados en otras dependencias del mismo lugar administrativo, entendiéndose por éste, la Dirección Seccional o el nivel central según corresponda, en el que se encuentre la vacante.
- iii. En caso que no existan empleados para encargar en el lugar administrativo, se seleccionarán otras Direcciones Seccionales en la misma ciudad de la vacante.
- iv. En caso que no existan empleados que cumplan requisitos para encargar en otras Direcciones Seccionales y en la misma ciudad en donde se encuentra ubicada la vacante, se podrá acudir a establecer los empleados que cumplan requisitos en Direcciones Seccionales de otras ciudades diferentes a la ciudad donde se ubica la vacante, es decir la búsqueda continúa hasta agotarse a nivel nacional.

Criterios de desempate ante el cumplimiento de requisitos del artículo 28 del Decreto 765 de 2005 por parte de una pluralidad de empleados:

Una vez determinada la población que cumple los requisitos dispuestos en el artículo 28 del Decreto 765 de 2005 y estableciendo que existen varios servidores con derechos de carrera que pueden ser encargados en la misma dependencia, en el mismo proceso, en la misma ciudad, o en otras Direcciones Seccionales de otras ciudades diferentes a la ubicación de la vacante, se procederá a desempatar con los siguientes criterios en este respectivo orden, en respeto a los principios del mérito y transparencia:

1. **El servidor de carrera que ostente el empleo inmediatamente inferior al de la vacante en la misma dependencia y proceso, descendiendo sucesivamente en grados y niveles jerárquicos.**
2. Los servidores de carrera que no ostenten calidad de Jefe.
3. Los servidores de carrera que hayan alcanzado el más alto puntaje en la Evaluación del Desempeño, como reconocimiento al mérito.
4. De persistir el empate el encargo se asignará en forma aleatoria.

Acorde a lo anteriormente esbozado y aterrizando en el sub-judice, al aplicarse el principio de "gradualidad" y podemos apreciar que la entidad dio legal cumplimiento a todas las disposiciones aplicables haciendo acreedor del encargo a **JOHN JAIRO RIZO MEJIA**, teniendo en cuenta que el

servidor público ostentaba el cargo de **Gestor IV Código 304 Grado 04** encontrándose por encima del señor **CARLOS MONTES CUADRO**, quien ostenta el cargo de **GESTOR III Código 303 Grado 03**.

Es menester anotar en este estadio que la Comisión Nacional Del Servicio Civil -CNSC- en sala plena del 17 de septiembre de 2015 aprobó el criterio "Derecho a encargo, reclamación y competencia Comisión De Personal De La Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales – DIAN"- que entre otros aspectos señala:

"...Teniendo en consideración lo expuesto y en respuesta al primer problema jurídico planteado, resulta a criterio de la Comisión Nacional del Servicio Civil que ante la omisión legislativa contenida en el artículo 13 del Decreto 765 de 2005, por el cual se reglamentó el sistema especial de carrera de la UAE – DIAN, debe darse aplicación a las disposiciones contenidas en el literal e), numeral segundo del artículo 16 de la Ley 909 de 2004, esto es, que la Comisión De Personal dedicha entidad conozca y decida las reclamaciones que por encargos formulen los servidores de carrera de dicha Entidad."

(...)

"...habida cuenta que el asunto relacionado con el encargo, hacen parte de aquellos postulados que son susceptibles de legislación especial dadas las particularidades de la UAE DIAN, habrá de analizarse dicha figura teniendo en consideración no solo las normas especiales, precisando que NO es aplicable en la Dirección de Impuestos y Adunas Nacionales el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 ni las normas reglamentarias de este.

Bajo este entendido y en virtud de los artículos 28 y 29 del Decreto 765 de 2005, en concordancia con el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, el encargo en empleos de carrera tiene las siguientes características: (...)

Se configura en un derecho para los servidores de carrera de la UAE -DIAN que cumplan los siguientes requisitos: i) Acreditar los requisitos y el perfil del rol contemplados en el manual de funciones para el desempeño del empleo; ii) No haber sido sancionados disciplinariamente en el último año y iii) Contar con calificación sobresaliente en su ultima evaluación de desempeño (...)

Así las cosas, ante la pluralidad de servidores con derecho a encargo por el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28 del Decreto 765 de 2005, corresponderá a la administración en virtud de los principios de mérito y transparencia determinar y divulgar ampliamente los criterios de desempate para establecer y elegir al funcionario que designara mediante encargo, criterios que en todo caso deben ser objetivos y ampliamente conocidos."

Por otro lado, la Corte Constitucional mediante sentencia C-250 DE 2013 indagó acerca de los aspectos que deben considerarse en el análisis de la relación existente entre el régimen general de carrera administrativa y los regímenes específicos, para definir en qué casos cabe una regulación autónoma y distinta de la prevista en el régimen general, concluyendo:

(...) Acerca de este tópico ya la Corte ha expresado que los sistemas específicos de carrera administrativa "aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en cierto organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese solo hecho como regímenes autónomos e independientes", pues

son, " en realidad, una desviación del régimen general de carrera", del cual se apartan solo " en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades"

Siendo así, los sistemas específicos contienen "una regulación complementaria", cuya finalidad consiste en "armonizar y hacer compatible el al sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades", lo que conduce a que "en todo caso", deban mantenerse "los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general de regula la materia"

De los apartes anteriormente transcritos aterrizándolos al caso sub-judice se puede colegir que la DIAN expidió el plan de provisión de encargos 2014-2015 amparado en la Normatividad vigente y atendiendo al principio de autonomía que ha sido ratificado por la CNSC máxima autoridad en la materia, sin vulnerar ningún derecho y propendiendo por la meritocracia no como lo quiere hacer ver el aquí demandante.

Por todas las razones jurídicas y fácticas anteriormente esbozadas es claro que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

EXCEPCIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 175 del CPACA propongo las siguientes excepciones:

1. CARENCIA DEL DERECHO QUE SE INVOKA Y CORRELATIVAMENTE INEXISTENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR. Esta excepción la baso en que los argumentos expuestos por el demandante carecen de sustento jurídico, como quedó demostrado con claras razones legales, por cuanto la Resolución 007351 de 28 de septiembre de 2016, se expidió ciñéndose a las normas vigentes sobre la materia objeto de estudio.

Utilizando este medio de defensa, me propongo establecer que la acción ejercida por el demandante es improcedente, por cuanto las actuaciones y decisiones de la DIAN, cuestionadas por este, se produjeron con base en lo dispuesto expresamente en la Constitución, la Ley y los reglamentos internos de la entidad.

Así las cosas, la parte actora carece de causa para demandar, en razón a que el acto administrativo demandado, Resolución No 007351 de 28 de septiembre de 2016, cuya nulidad se depreca en el presente asunto, fue expedida conforme a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 artículo 24, Decreto Ley 765 de 2005 artículo 28, Decreto 1227 de 2005 artículos 8 y 9 y Decreto 3626 de 2005 artículo 6.

En la Resolución No. 007351 de 28 de septiembre de 2016, la Entidad estudia las normas que rigen la provisión de los empleos en encargo y para el caso concreto, realiza su provisión a quien encontró ostentaba un mejor derecho, esto es el señor JOHN JAIRO RIZO MEJIA, a quien se le creó una situación particular y concreta. De ésta resolución se puso en conocimiento al actor en la oportunidad de ley correspondiente.

13
368

2. INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR VIOLACION AL DEBIDO PROCESO, el demandante es enfático en manifestar que se le ha vulnerado el debido proceso, cuestión esta que es muy alejada de la realidad ya que la administración ha garantizado al Señor MONTES, su derecho a controvertir todos los actos que se generan, en especial el acto del cual se depreca la nulidad.

Así las cosas, es menester que prospere la excepción aquí propuesta debido que el demandante ha utilizado los mecanismos de defensa a su alcance, mal pretende el demandante que la administración le notifique los actos previamente a su expedición para el poder sentir que no se le han vulnerado sus derechos. Ha quedado claro a través del presente escrito, que el acto que finaliza un encargo solo debe estar motivado como acaece en el caso sub- examine y que es facultad del Director General expedirlo, por tal razón, está revestido de legalidad.

3. EXCEPCIÓN GENERICA. Solicito se de aplicación al inciso 2 del artículo 187 del CPACA, según el cual en el evento que en el transcurso del proceso el fallador, encuentre probada una excepción de fondo la decrete en la sentencia.

PRUEBAS

Para desvirtuar las pretensiones de la demanda solicito las siguientes pruebas:

A. Documentales

Solicito se tengan como pruebas los siguientes Documentos:

1. Petición de fecha 22 de agosto de 2016.
2. Resolución 2052 del 16 de marzo del 2016.
3. Auto N° 0009 del 28 de mayo del 2015.
4. Auto N° 2431 del 27 de Julio del 2015.
5. Acta de sala plena de la Comisión Nacional Del Servicio Civil de fecha 17 de septiembre de 2016.

Estos documentos tienen como fin demostrar que las actuaciones de la DIAN en los hechos narrados están ajustadas a la normatividad aplicable al caso sub-judice.

B. Solicito se oficie a la Subdirección de Gestión de Personal de la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- a efectos de que certifiquen el cargo que desempeñaba el Señor JOSE LUIS PINEDA LENGUA quien prestaba sus servicios en la División de Gestión de Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, durante la vigencia 2013 y 2014.

Esta prueba tiene como objeto demostrar que el Señor MONTES no debía estar siquiera preseleccionado.

El oficio puede ser remitido a la siguiente dirección: Bogotá, Carrera 7ª. No. 6 C 54 Piso 9º.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Constitución Política der Colombia, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 909 de 2004 artículo 24, Decreto Ley 765 de 2005 artículo 28, Decreto 1227 de 2005 artículos 8 y 9 y Decreto 3626 de 2005 artículo 6.

14
369

PETICIONES

Primero: Que se declaren probadas las excepciones planteadas y las que resulten probadas.

Segundo: Se desestimen las pretensiones de la demanda y se condene en costas al Demandante.

ANEXOS

1. Poder para actuar
2. Petición de fecha 22 de agosto de 2016.
3. Resolución 2052 del 16 de marzo del 2016.
4. Auto N° 0009 del 28 de mayo del 2015.
5. Auto N° 2431 del 27 de Julio del 2015.
6. Acta de sala plena de la Comisión Nacional Del Servicio Civil de fecha 17 de septiembre de 2016.

NOTIFICACIONES

Mi mandante el Señor JOHN JAIRO RIZO MEJIA, las recibe en: BRR MANGA 3 AV N° 25 76 PISO 1° DIVISION DE GESTION DE LA OPERACIÓN ADUANERA DE LA CIUDAD.

El suscrito las recibe en: URBANIZACION SANTA CLARA MZ Z LOTE 16 DE LA CIUDAD DE CARTAGENA.

El demandante en la dirección que suministra en al libelo introductorio.

Cordialmente,



EZEQUIEL DAVID CORRALES AMADOR
C.C. N°. 73.579.832 de Cartagena
T.P. N°. 204.589.