



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación No. 13001-23-31-000-2012-00245-02 (4292-2015)

Actor: HENRY GALINDO PINEDA

Accionado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Asunto: Fallo ordinario – Nivelación salarial

SE. 0021

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 16 de diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Henry Galindo Pineda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad de los actos administrativos proferidos por el director general de la DIAN correspondientes al Oficio 100206214 – 001411 de 30 de diciembre mediante el cual se le negó una petición y la Resolución 0002404 de 23 de febrero de 2011, en la que se resolvió un recurso de reposición contra el anterior oficio aludido.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

« b) Que se nivele salarialmente de conformidad con las disposiciones de los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 714 de 2009 y la normatividad vigente al momento del fallos (sic) de la presente demanda, al señor HENRY GALINDO PINEDA, y se le reconozca y pague la diferencia prestacional básica fijada para el cargo que ha venido ocupando, esto según los Decretos citados en relación a la asignación que efectivamente la han venido cancelando, valores estos debidamente indexados.

c) Se ordene a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, la reliquidación y pago de la diferencia salarial entre el valor inferior recibido en el cargo desempeñado como supernumerario PROFESIONAL EN INGRESOS PÚBLICOS 30-19, actualmente GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01, y su verdadera asignación salarial, determinada por las funciones efectivamente desarrolladas comparadas con su par de la planta de cargos de la DIAN, que legalmente le corresponde en aplicación de los conceptos y normas antes mencionados, desde la fecha en que fue vinculado laboralmente con la entidad demandada hasta el día de la terminación laboral, sumas que deberán ser debidamente indexadas de acuerdo al I.P.C.

d) Se ORDENE, la reliquidación y pago de las prestaciones sociales designadas para los funcionarios de la planta de cargos de la DIAN, como lo son Incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización, desempeño nacional, y demás emolumentos y prestaciones dejadas de cancelar, de conformidad con el Decreto 1268 de 1999, artículos 5, 6 y 7, y demás normas que regulen la materia, sumas que deberán ser debidamente indexadas de acuerdo al I.P.C., por ejercer las mismas funciones que los funcionarios de planta por más de DOCE AÑOS consecutivos.

e) Que la entidad demandada DIAN, se obligue a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176, con el bien entendido que de no hacerlo la entidad queda obligada a pagar a favor del demandante los intereses correspondientes, en la forma establecida en el artículo 177 del C.C.A., y al efectuar la liquidación de las condenas se haga el correspondiente ajuste de valores, tal como lo establece el artículo 178 del C.C.A.

3. Que no se tenga en cuenta para el presente caso, la PRESCRIPCIÓN TRIENAL, tal como lo establece el H. CONSEJO DE ESTADO, Y EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SANTANDER.» (ff. 268 y 269 cuaderno 1 principal).

HECHOS

El demandante señaló que ha trabajado en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 6 de septiembre de 2005 y que en la actualidad ostenta el cargo en dicha entidad de gestor I nivel 301 grado 01, y que ha prestado sus servicios en ella de la siguiente manera (f. 265):

TIEMPO	ACTO DE VINCULACIÓN
Del 6 de septiembre de 2005 al 30 de noviembre de 2005	Resolución 7818 del 2005
Del 1 de diciembre de 2005 al 31 de diciembre de 2006	Resolución 8351 del 2006
Del 2 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007	Resolución 0001 del 2007
Del 2 de enero del 2008 al 29 de febrero de 2008	Resolución 02058 del 2008
Del 3 de marzo de 2008 al 31 de	Resolución 10576 del 2008

diciembre de 2008	
Del 2 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009	Resolución 12909 del 2009
Del 4 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010	Resolución 10293 del 2010
Del 3 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011	Resolución 0002 del 2011

Relató que la DIAN teniendo en cuenta la consecución en los tiempos de vinculación, autorizó al demandante el disfrute anual de 15 días hábiles por concepto de vacaciones correspondientes al año laboral inmediatamente anterior, y que fue evaluado con el idéntico instrumento de calificación aplicado a los funcionarios de carrera, cumpliendo el mismo horario y órdenes de un jefe inmediato. Enfatizando que el salario devengado por el fue diferente al de su par de planta, por la disposición del artículo 4 del Decreto 618 de 2006. Discriminación salarial que se dio hasta el año 2009, cuando el Decreto 714 de 6 de marzo fijó la escala de asignaciones básicas de la UAE-DIAN.

Al demandante se le excluyó del reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal en fiscalización y cobranzas de desempeño nacional dispuesto en el Decreto 1268 de 1999, a pesar de que cumplió con las metas y requisitos exigidos para ello, al igual que su par de la planta de personal de la Entidad.

Sin embargo, indicó que el Decreto 1268 de 1999, artículos 5, 6 y 7 establecieron el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la UAE – DIAN, aludiendo que los servidores de la contribución que ocupen cargos de planta de personal de la entidad tendrán derecho a percibir los siguientes reconocimientos:

«Artículo 5º. INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima

de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

(...)

«Artículo 6º. INCENTIVOS AL DESEMPEÑO EN FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y cobra hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

(...)

«Artículo 7º. INCENTIVO POR DESEMPEÑO NACIONAL. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, referida al desempeño colectivo de los servidores de la contribución y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del cinco cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue.

(...). » (ff. 266 y 267).

Afirmó que no se le cancelaron los anteriores reconocimientos a pesar de que al igual que su par, cumplía con las metas y requisitos exigidos, pero se los negaban porque era supernumerario, violentándosele de esa manera el principio de igualdad, por cuanto, a igual trabajo salario igual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó la parte demandante como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 13, 25, 53 y 122; Normas legales: Decreto 1042 de 1978 artículo 83 y Decreto 1072 de 1999 artículo 22.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:

Transcribió, el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 al igual que el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, señalando que los anteriores indican la excepción al carácter permanente de los empleos y de la planta de personal. Expresó que se trata de una figura precaria y temporal, ubicado dentro de la planta de personal y que se dirige a aquellas labores que transitoriamente no pueden

ser atendidas por el titular ausente, o porque no forman parte del rol ordinario de las actividades propias de la entidad, o sea, la contratación del personal supernumerario es una excepción a las normas de vinculación al servicio de la función pública que se caracteriza por cuanto su uso está limitado a la temporalidad.

Sin embargo, la entidad accionada vulneró lo anterior, por cuanto si bien es cierto que el origen que motivó la contratación del demandante pudo haber sido en su momento la necesidad del servicio, se convirtió en regla general al proceder a la contratación de manera consecutiva sin interrupciones, desconociendo la remuneración, prestaciones y beneficios que reciben sus homólogos de planta de cargos de la entidad accionada.

Dijo que las funciones del demandante desvirtúan lo invocado por la entidad demandada en los diferentes actos administrativos acusados, toda vez que dichas funciones no tienen relación directa con los objetivos que indica la norma, es decir, el empleo que ocupa el demandante no tiene como objetivo directo el apoyar la lucha contra el contrabando y la evasión, como sí son los cargos ejercidos en estas áreas específicas, mientras que el objetivo del cargo desempeñado por el demandante es el de investigador tributario y aduanero.

No obstante, si en realidad su vinculación obedeció en su momento a las necesidades extraordinarias del servicio, y en vista de que dichas necesidades se mantienen en el tiempo, la entidad demandada estaba llamada a utilizar los medios que las normas de carrera y función pública establecen al respecto para cubrir esos cargos de manera permanente y no utilizar de manera desnaturalizada la figura del supernumerario para reducir la carga prestacional de la administración.

Manifestó que el artículo 53 fue vulnerado, por cuanto la figura del supernumerario debido a la contratación consecutiva sin interrupciones de tiempo, durante múltiples periodos anuales transformaron al señor Henry Galindo Pineda en un empleado de planta, por el principio de la primacía de la realidad sobre la forma original de vinculación que tuvo, generándole con

ello el derecho a percibir los salarios y demás emolumentos prestacionales que le corresponden a un empleado de planta de la DIAN, en tanto que en el ámbito real oculta la verdadera relación laboral que existe con el accionante, tras la figura del supernumerario, cuya naturaleza que le dio origen fue transformada.

En su entender, de conformidad con el artículo 25 de la Constitución Política, el trabajo es un derecho y una obligación social y goza de la protección del Estado. Sin embargo, en este asunto se le privó de sus derechos fundamentales como trabajador, ya que es deber de la entidad en los casos en que las necesidades del servicio se mantienen en el tiempo iniciar los procesos de selección, como lo consagra la Ley 909 de 2006 y que la DIAN aplicó la figura de la contratación de alguno de sus empleados como supernumerarios para reducir la carga prestacional de la entidad.

Expuso que la Corte Constitucional ha considerado que los empleados que cumplan la misma cantidad y calidad de trabajo desempeñando las mismas funciones, deben ser remunerados de la misma manera. Violándosele al demandante el principio consistente en «que, a trabajo igual, salario igual».

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contestó la demanda¹, oponiéndose a las pretensiones del accionante.

Manifestó que los empleados de la DIAN tienen un sistema específico de carrera el cual está establecido en el Decreto 1072 de 1999, que fue modificado por el Decreto 765 de 2005.

Contó que los artículos 1, 2, 8, 9 10 y 11 del Decreto 1072 de 1999 señalan entre otras tareas las de realizar personalmente las que le sean confiadas y ejercer con responsabilidad la autoridad que le haya sido otorgada. A su turno que para obtener ese derecho debe hacerse por medio de concurso, no

¹ Folios 304 a 332.

existiendo otra forma en donde pueda tener derecho el empleado público supernumerarios sobre los incentivos económicos establecidos en el Decreto 1268 de 1999 de manera directa, tal como lo solicitó el demandante.

Afirmó que solo pueden ser nombrados como empleados públicos de carrera dentro de la planta de personal de esa entidad, quienes previo concurso hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales para ello. Concluyendo de esto que, si no ha agotado un proceso de selección para acceder a uno de esos cargos dentro de la entidad, no se puede admitir lo pretendido por el accionante.

En relación a la vinculación del personal supernumerario dentro de la DIAN manifestó que la misma está facultada en el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, y que el Decreto 1268 de 1999 estableció en sus artículos 5, 6 y 7 los incentivos de desempeño grupal, al desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, exponiendo de forma expresa que los mismos no constituirán factor salarial para ningún efecto legal y se determinarán con base en la evaluación de la gestión que se realice cada 6 meses.

Frente a los incentivos explicó que solo van dirigidos a funcionarios que ocupen cargos de planta de personal en la DIAN, sin que puedan asimilarse a los que desempeñan los supernumerarios cuya vinculación se realiza de conformidad con el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999.

Recalcó que el demandante no participó en ningún proceso de selección establecido para acceder a un empleo en el sistema específico de carrera de la entidad demandada, y de acuerdo con todo lo anterior, se tiene que al actor no se le vulneró ningún derecho a la igualdad por el carácter de vinculación que tiene con la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Además, que se le han pagado las prestaciones correspondientes acorde con su condición de supernumerario.

En lo referente al supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular a

procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso – curso. Resaltando de lo anterior, que solo se vinculan para atender necesidades transitorias.

Sobre la normatividad que regula el personal vinculado a la administración pública no prevé que por el paso del tiempo una modalidad de vinculación se convierta en otra, o sea, en el presente caso, pasar de supernumerario a empleado de planta.

En cuanto a la vinculación del personal supernumerario a la DIAN esta sometida a unas condiciones de índole legal, las cuales son «1. No ocupar cargos de la planta de personal de la institución. 2.- Su vinculación no es permanente, pero puede extenderse en el tiempo mientras la (sic) necesidades del servicio lo exijan o lo aconsejen conforme se deduce el artículo 154 Ley 223 de 1995, en armonía con el artículo 22 del Decreto ley 1072 de 1999, toda vez que las disposiciones citadas no restringe el tiempo de vinculación. 3- Se vincula para el ejercicio de actividades transitorias, suplir o atender necesidades del servicio, apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando correspondiendo esto último a los asuntos misionales de la Institución y al servicio público a cargo de la DIAN calificado por el legislador como esencial (Inciso 1 artículo 56 Constitución – Política – Parágrafo artículo 53 Ley 633/00). 4.- Requiere de previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales» (f. 320).

Por otro lado, señaló que la solicitud por parte del demandante consistente en que se le nivele salarialmente de conformidad con los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007 y 714 de 2009 es una petición no argumentada en vía gubernativa.

Sobre el Decreto 618 de 2006 especifica que no es aplicable al personal supernumerario ya que a este solo tienen derecho los funcionarios de la entidad accionada que ocupen cargos en la planta de personal.

Para terminar como excepciones plantea la inexistencia del derecho pretendido por el actor, la ineptitud de la demanda al alegarse en la misma

hechos nuevos no discutidos en sede administrativa, la indebida individualización de pretensiones, prescripción del derecho y caducidad de la acción.

Por todo lo anterior solicitó que no prosperen las súplicas de la demanda.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Bolívar mediante providencia de 16 de diciembre de 2014 negó las pretensiones de la demanda (ff. 1254 a 1265). Manifestó que según consta en los actos administrativos de vinculación fueron expedidos de conformidad con los artículos 22, 23 y 75 del Decreto 1072 de 1999 y en el artículo 154 de la Ley 223 de 1995 (normas que consagraron la potestad de vincular supernumerarios para el plan de lucha contra la evasión y el contrabando).

El *a quo* contó que el demandante ha estado vinculado en calidad de supernumerario en los Cargos de Profesional Nivel 30, Grado 19 y Gestor I Nivel 301 Grado 01, siendo auxiliar de la administración y ha desempeñado en calidad de supernumerario actividades de apoyo al interior de la entidad demandada, para suplir o atender las necesidades del servicio, dentro del plan de choque contra la evasión fiscal, a fin de prestar apoyo en la lucha contra esa actividad y el contrabando, en el ejercicio de labores transitorias.

Especificó que el Consejo de Estado ya se ha pronunciado frente al tema, extractando que el término de duración de las designaciones de los supernumerarios no es lo que determina su permanencia, sino la finalidad de la actividad que desarrollan, y que en tal medida, aunque el demandante ha sido designado como supernumerario por varios meses con prórrogas e interrupciones no puede considerarse, en aplicación al principio de la primacía de la realidad que su vinculación se haya tornado permanente, pues si bien es cierto que su nombramiento como supernumerario se produjo por parte de la entidad demandada en diversas oportunidades y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la DIAN, no es menos, que su vínculo con la administración

implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio con solución de continuidad, ya que se presentaron interrupciones.

A su turno, el demandante no tiene derecho a devengar igual que sus pares de la planta de personal de la DIAN, debido a que «en franco incumplimiento de la carga probatoria que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no demostró que las funciones desempeñadas por éste sean iguales a las desempeñadas por los funcionarios permanentes en los cargos de planta de igual denominación, código y grado a los que ha ocupado, pues no allegó el manual de funciones de dichos empleos en la planta de personal de la entidad accionada, sino tan solo las actividades y funciones que le fueron asignadas a él en su condición de supernumerario por sus jefes inmediatos». (ff. 1262 – 1262 vuelto).

Indicó que no se comprobó que el demandante y su par en la planta de personal, ejecutaran la misma labor, tuvieran la misma categoría, coincidieran en el horario y que sus responsabilidades fueran iguales, concluyendo de esto que no se puede aplicar el principio de «a trabajo igual, salario igual».

Especificó que la labor como supernumerario soporta para la administración un comportamiento diferente en cuanto a la asignación de funciones y pago de emolumentos, precisando que el accionante percibe las prestaciones legales ordinarias reconocidas a los empleados de planta (prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios).

En cuanto a las asignaciones básicas establecidas en los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 4050 de 2008 y 714 de 2009, que fijaron la escala salarial para los empleados de la DIAN, en relación de las cuales se pretende la nivelación salarial, conciernen solo a empleados de carácter permanente y de tiempo completo y no son aplicables a los supernumerarios.

Describió que a raíz del Decreto 618 de 2006, a partir del 26 de febrero de 2006, existió en la DIAN una doble escala salarial, correspondiente a los

funcionarios vinculados antes de la expedición de esa norma y que no se acogieron a la nueva escala (para quienes se les aplica el Decreto 378 de 2006), y la del Decreto 618 de 2006, para quienes se acogieron a la misma dentro de la oportunidad correspondiente.

En efecto el tribunal determinó de acuerdo con lo anterior, que no se demostró en el expediente que el actor hubiera optado antes del 15 de marzo de 2006 por el régimen salarial previsto en el Decreto 618 de 2006, tal como lo exige el precepto en cita, por lo tanto, no se puede efectuar la nivelación solicitada por el demandante con fundamento en esa norma.

Por otro lado, en lo atinente al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional. Preciso que el Decreto 1268 de 1999 proferido por el Ministerio de Hacienda, estableció que ese estímulo sería reconocido a los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal, y como el demandante no estaba en esa condición, en consecuencia, no tiene derecho a los mismos.

Para terminar, concluyó que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados y por todo lo anteriormente expuesto, negó las pensiones de la demanda.

APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de alzada (ff. 1267 – 1274), señalando que no está de acuerdo con la decisión adoptada por el tribunal.

En relación a quien tenía el deber de probar en qué consistían las necesidades del servicio por las cuales requería personal supernumerario y la justificación del Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando, sostiene que era la entidad demandada, para discurrir la razón del porque anualmente necesitaba ser prorrogados los nombramientos supernumerarios.

Dice que tampoco se evidencia una reglamentación interna por la entidad, en la cual se compruebe la delimitación de los cargos que requiere para llevarlo a cabo, los puestos en donde se requiere ejecutar el plan, un proyecto de tiempo en el que se presupueste su consecución, ni las funciones expresas y excepcionales que no pueden ser cumplidas por los funcionarios de planta y requieren el uso de una planta adicional.

Observando el expediente se corrobora que están las pruebas que demuestran que las funciones que le fueron comunicadas al señor Henry Galindo Pineda eran correspondientes con los manuales de funciones de los cargos de planta de la entidad. Resaltando de lo anterior que no fue apreciada por el tribunal.

Afirma que el problema jurídico debió ser resuelto con los parámetros restrictivos emanados por la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 1998, en donde se señaló que el tribunal debía verificar si la figura del supernumerario había sido utilizada legalmente.

El apelante difiere con los argumentos esgrimidos por el tribunal respecto «a: 1. El actor no probó que hubiera optado antes de 15 marzo de 2006 por el régimen salarial previsto en el Decreto 618 de 2006. 2. Los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 4050 de 2008 y 714 de 2009, mediante los cuales se fijó la escala salarial para los empleados de la DIAN, respecto de las cuales se pretende la nivelación, corresponden exclusivamente a empleos de carácter permanente y de tiempo completo y no son aplicables a los supernumerarios en tanto que no hacen parte de la planta de personal de carácter permanente de la entidad». (f. 1270).

No está de acuerdo con lo antepuesto por cuanto en la contestación de la demanda, la elección del Decreto 618 de 2006 era una opción solo para los funcionarios de planta, lo cual no se podía aplicar a los supernumerarios, considerando que según lo dispuesto en el artículo 4 de la misma norma, las asignaciones básicas allí fijadas corresponden solo a los empleados de carácter permanente y de tiempo completo.

Esta restricción es la que resulta imponiendo al supernumerario la renuncia a la categoría de beneficios mínimos salariales, que, a la luz de la Constitución Política, vulnera los derechos al trabajo, a la remuneración vital y móvil y a la igualdad salarial. Pues como lo señala la misma entidad en las certificaciones laborales allegadas al expediente, la nomenclatura del cargo se asigna para efectos salariales, por lo tanto, su asignación salarial debía corresponder a la misma que su par de planta.

Considera que, se debió dar aplicación a las escalas salariales más favorables, de conformidad con los principios de igualdad y primacía de la realidad sobre las formas.

Esboza que, el argumento de que no son beneficiarios de la escala salarial más favorable por no encontrarse en planta de personal, nos remite a los fundamentos expuestos anteriormente, en el sentido en que es una omisión de la DIAN, no incluir los puestos de supernumerarios, en la planta de cargos de la entidad, carga que no debe sobrellevar el accionante.

En cuanto a las pruebas aportadas y de la hoja de vida del accionante, los nombramientos y prórrogas efectuadas que se le efectuaron como supernumerario, cuenta que se dieron desde el 6 de septiembre de 2005 al 31 de diciembre de 2011, se hicieron sin solución de continuidad, es decir, no transcurrieron más de 15 días hábiles, entre un nombramiento y otro.

Narra que las aseveraciones del despacho al señalar que «el término de duración de la (s) designación (es) de los supernumerarios no es lo que determina su permanencia, sino la finalidad de la actividad que desarrollan y, en tal medida, aunque el demandante ha sido designado como supernumerario por varios meses con prórrogas a interrupciones, no puede considerarse, en aplicación del principio de primacía de la realidad, que su vinculación se haya tornado permanente; pues si bien es cierto que su nombramiento como supernumerario se produjo por parte de la entidad demandada en diversas oportunidades y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la DIAN, no es menos, que su vínculo con la administración implicó funciones

de carácter transitorio.”, difiere a lo referido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 1998, quien **ya había advertido dicha práctica, estableciendo que que (sic) son nombramientos efectuados sucesivamente en el tiempo**, son una manifestación del uso inmoderado de la figura, pues aunque el nombramiento indique periodos inferiores a un año, no es temporal ni transitoria, la vinculación que se prorroga a lo largo de **SEIS AÑOS**, como es el caso de mi poderdante.

Por lo tanto, a pesar de que las Resoluciones de nombramientos indican que son “N” número de meses, contraviene directamente las condiciones previstas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 1998, adicionando y aclarando que las interrupciones no dan solución de continuidad a los nombramientos, puesto que las mismas, no fueron superiores a 15 días hábiles, de acuerdo con lo establecido jurisprudencialmente» (ff. 1271 a 1272).

No está de acuerdo tampoco con el *a quo* en lo concerniente a que las funciones fueron de carácter transitorio y de simple apoyo, toda vez que debió tener en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional como uno de los parámetros restrictivos para vincular supernumerarios, el de delimitar las funciones que va a desempeñar, reglamentación que se echa de menos en el expediente.

Afirma que con el manual de funciones se logra determinar que las funciones certificadas al señor Henry Galindo Pineda se ciñen a los perfiles de rol establecido para los empleados de planta de la entidad y que el mismo despacho dijo que desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto de la DIAN.

Reiteró que se desconoció lo establecido por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-401 de 1998, en donde se indicó que la figura del supernumerario debe ser solo por el tiempo estrictamente necesario y que en ello radica su carácter excepcional y que por lo que el término de 6 años supera cualquier término razonable para sostener y justificar una necesidad del servicio perpetua.

Por todo lo anterior solicitó que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes hicieron uso del término para presentar sus alegatos de conclusión.

➤ **La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN** en su escrito de alegatos (ff. 1314 a 1318) señala que a los supernumerarios de esa entidad siempre se les ha reconocido el pago de sus prestaciones sociales de conformidad con el Decreto 1072 de 1999 al igual que sus pares de planta de conformidad con los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, y amparados por la seguridad social establecida en la Ley 100 de 1993 con sus respectivos decretos reglamentarios.

Narra que el demandante ha sido contratado como supernumerario en la DIAN mediante autorización legal, figura que se asimilará para efectos salariales a un cargo de los de planta de personal sin que se desdibuje esa forma de vinculación.

Dice que de conformidad con la Constitución Política y los decretos anteriormente aludidos puede realizar este tipo de vinculaciones, exponiendo por otro lado, que ese tipo de trabajo del demandante con la entidad se extendió por un término superior al inicialmente fijado, habida cuenta de las necesidades de la DIAN, y que es por ello, por razones de conveniencia tanto para la entidad como para el demandante debido a las funciones de carácter técnico que realiza la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que haría inoperante contratar personal supernumerario distinto cada seis meses para no prolongar la vinculación de aquellos que ya conocen el funcionamiento de la entidad y el cumplimiento de las funciones dentro del plan de lucha contra la evasión y el contrabando, tal como se desprende de los actos administrativos de vinculación. Sin que se configurara un contrato realidad.

En lo relacionado con el pago de la nivelación salarial del Decreto 618 de 2006 (por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial para los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones), no puede ser reconocida al demandante por tratarse de decretos salariales expedidos para el personal de planta de personal de la DIAN de carácter permanente y los supernumerarios no tienen ese carácter.

Sostiene que el vínculo que surge entre la DIAN y el personal supernumerario es legal y reglamentario, esto es, que las condiciones de vinculación, permanencia, retiro y régimen salarial y prestacional son definidos por la ley sin que sea posible que las partes tengan facultad discrecional para pactar condiciones distintas. Destacando que los incentivos, incluido el de desempeño nacional, se encuentra estipulados en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 13 de julio de 1999 para los servidores de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad.

Especifica que los supernumerarios tienen derecho a percibir las prestaciones sociales efectivas para los servidores de la contribución, con lo cual se cumple lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, aclarando que los incentivos contemplados en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 son exclusivos para los servidores de la DIAN que ocupen cargos en la planta de personal.

Para finalizar, solicita que se confirme la sentencia recurrida.

➤ **La parte demandante** en sus alegatos de conclusión (ff. 1285 a 1294) expuso que en la sentencia recurrida se desvirtuó la temporalidad del nombramiento del señor Henry Galindo Pineda como supernumerario, por cuanto se efectuó en periodos consecutivos por más de 6 años, omitiendo el carácter excepcional y temporal de ese tipo de vinculación.

Igualmente, que dichos nombramientos fueron prorrogados sin solución de continuidad, cuyas interrupciones fueron de días y no meses lo que rompe ese carácter de temporal como característica esencial de los contratos como supernumerarios.

Narró que el plan de la entidad para demostrar la lucha contra la evasión y el contrabando en el cual se justificó la entidad para efectuar este tipo de contrataciones demostró que no resultó ser temporal ni transitorio, ya que se evidenció la permanencia de vocación en la entidad y que por ello la DIAN debería crear los cargos necesarios para la planta global.

Frente a los incentivos negados por ser considerados reglados solo para los funcionarios de planta de la DIAN, el demandante no está de acuerdo, por cuanto, para efectos de medición de metas, sí se tiene en cuenta la gestión realizada por el supernumerario, pero que al momento de recompensar la labor solo se tiene en consideración la calidad de la vinculación del funcionario para desconocer tales estímulos.

Igualmente expuso de la sentencia C-401 de 1998 que la figura del supernumerario es Constitucional, mas no su uso inmoderado, por cuanto debe existir una previa delimitación del tiempo de aplicación de esta, al igual que la indicación de las actividades que se deben realizar. Estimó que ella no está prevista para reemplazar la planta de personal, creando una paralela, y de esa manera la evasión de los pagos prestacionales, vulnerándose la primacía de la realidad sobre la forma.

Afirmó que según la entidad demandada el Decreto 618 de 2006 en lo referente al artículo 4, era solo una opción para los funcionarios de planta, lo cual no se podía aplicar a los supernumerarios, circunstancia con la que no está de acuerdo, por cuanto, con esto se vislumbra como la DIAN sí aplicaba una doble escala salarial, según la cual a los funcionarios supernumerarios no les correspondían las mismas escalas fijadas para los funcionarios de planta, considerándoles empleados de carácter transitorio. Debiéndose aplicar escalas salariales más favorables de conformidad con los principios de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Por todo lo anterior solicitó que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, plasmados en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 siendo él supernumerario.

CUESTIONES PREVIAS

Naturaleza jurídica de la DIAN

Se tiene que el Decreto 1071 de 1999 en su artículo 1 establece lo siguiente:

«La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, estará organizada como una unidad administrativa especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, tendrá un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura y clasificación de planta, un sistema específico de carrera administrativa, y un régimen disciplinario especial aplicable a sus servidores públicos, de conformidad con los decretos que se expidan sobre dichas materias. El régimen presupuestal y de contratación de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN– es el previsto para los establecimientos públicos del orden nacional. El carácter de adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conlleva que el objeto de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- deba cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal que indique el Ministro de Hacienda y Crédito Público y enmarcarse dentro del programa macroeconómico que se adopte por las autoridades competentes».

El sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los empleados públicos de la DIAN, se encuentran definidos en el Decreto 1072 de 1999, que estableció en su artículo 17 que los empleos de planta de personal de la entidad, tendrán el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no implica la subsistencia de empleos de personal supernumerario.

El decreto aludido fue derogado mediante el Decreto 765 de 17 de marzo de 2005, dejando efectivo el artículo 22 que establece que el personal supernumerario es el que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personal a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando se realicen bajo la modalidad de concurso curso.

Régimen jurídico de los supernumerarios

La Constitución Política en su artículo 125 establece la posibilidad con la que cuenta la administración para vincular el personal supernumerario, señalando lo siguiente:

«Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y **los demás que determine la ley.**» (Negrilla fuera del texto).

Se tiene entonces, de acuerdo con lo resaltado en el artículo anterior, que de los empleos que no son de carrera, están los temporales con las restricciones que imponen las leyes de carrera administrativa, dentro de los cuales se hallan los supernumerarios.

A su turno, el Decreto 1042 de 1978 estableció el sistema de nomenclatura y clasificación, y fijó las correspondientes escalas de remuneración de los empleados, entre otros, de las Unidades Administrativas Especiales, indicando en su artículo 83 esto:

«De los supernumerarios. Para suplir las vacantes temporales de los empleados públicos en caso de licencia o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin

embargo, las entidades deberán suministrar el personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse»²

El Decreto 1647 de 1991 por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la DIAN estableció en su artículo 14 la forma de vinculación de los supernumerarios, señalando lo siguiente:

«Para suplir las necesidades del servicio podrá vincularse personal supernumerario que desarrolle actividades de carácter transitorio. En ningún caso, la vinculación excederá de los seis (6) meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales; sin embargo, la Dirección de Impuestos Nacionales deberá suministrar la atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Su vinculación se hará mediante resolución y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual»

De la norma citada se extrae que la vinculación del personal supernumerario de la DIAN se consuma para el desarrollo de actividades transitorias que no excedan de 6 meses, excepto cuando la administración requiera de un término superior, caso en el cual tiene que contar con autorización especial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ahora, el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 «por el cual se establece el régimen de personal, la carrera aduanera, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, se crea el fondo de gestión aduanera y se dictan otras disposiciones» permite la vinculación de supernumerarios así:

«SUPERNUMERARIOS. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes, podrá vincularse personal supernumerario para suplir las vacantes temporales de los funcionarios aduaneros o para desarrollar actividades de carácter transitorio.

La vinculación de este personal no dará lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, sin embargo, se deberá suministrar la atención médica requerida en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

² Las subrayas en el texto fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-401 de 1998.

Su vinculación se hará mediante resolución proferida por la autoridad competente y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual, la cual se fijará de acuerdo con la escala de remuneración establecida para los funcionarios aduaneros, según las funciones que deban desarrollarse.

Los supernumerarios al tomar posesión del cargo, quedan investidos de las facultades, obligaciones, prohibiciones e inhabilidades que corresponden a los funcionarios aduaneros, para desempeñar las actividades para las cuales han sido nombrados y sujetos al régimen disciplinario establecido en la Dirección General de Aduanas».

El Decreto 2117 de 1992 fusionó la Unidad Administrativa Especial de Impuestos con la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, y creó a la DIAN. Estipulando en su artículo 112 que:

«El régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, será el establecido en el Decreto –ley 1647 de 1991, y el artículo 106 de la Ley 6 de 1992 con las siguientes precisiones:

Al factor plural de que trata el artículo 66 literal B del Decreto 1647 de 1991, tendrán derecho los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los funcionarios que sean vinculados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante nombramiento temporal o en cargos de libre nombramiento y remoción tendrán derecho a la prima de productividad contemplada en los artículos 65 y 66 del Decreto 1647 de 1991.

La vinculación, permanencia y retiro del personal supernumerario se regulará por el artículo 14 del Decreto 1648.

Respecto del sistema de nomenclatura, clasificación, remuneración, requisitos mínimos para el ejercicio de los empleos, requisitos para ejercer funciones de jefatura por designación así como los porcentajes a reconocer como prima de dirección, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se regirá por las normas del Decreto 1865 de 1992, correlacionándolos con las denominaciones y dependencias que se establecen en el presente Decreto.»

Posteriormente el Decreto 1693 de 1997 «Por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales» en el que se fracciona funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante su artículo 29 dispuso que la vinculación, permanencia y retiro de los supernumerarios estarán condicionadas al artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 acorde con el artículo 154 de la Ley 222 de 1995.

El artículo 14 del precitado Decreto 1648 de 1991 indicó en lo referente a los supernumerarios esto:

«Sin perjuicio de las disposiciones vigentes, podrá vincularse personal supernumerario para suplir las vacantes temporales de los funcionarios aduaneros o para desarrollar actividades de carácter transitorio.

La vinculación de este personal no dará al reconocimiento de prestaciones sociales, sin embargo, se deberá suministrar la atención médica requerida en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Su vinculación se hará mediante resolución, proferida por la autoridad competente y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual, la cual se fijará de acuerdo con la escala de remuneración establecida para los funcionarios aduaneros, según las funciones que deban desarrollarse.

Los supernumerarios al tomar posesión del cargo, quedarán investidos de las facultades, obligaciones, prohibiciones e inhabilidades que corresponden a los funcionarios aduaneros, para desempeñar las actividades para las cuales han sido nombrados y sujetos al régimen disciplinario establecido en la Dirección General de Aduanas»

Así mismo, el artículo 154 de la Ley 222 de 1995 estableció que:

«Financiación del plan. El Gobierno pondrá al Congreso de la República en el proyecto de ley de presupuesto, una apropiación específica denominada "Financiación Plan Anual Antievasión" por una cuantía equivalente a no menos del 10% del monto del recaudo esperado por dicho plan. Estos recursos adicionales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán clasificados como inversión.

Con estos recursos, la administración tributaria podrá contratar supernumerarios, ampliar la planta y reclasificar internamente sus funcionarios. Igualmente se podrán destinar los recursos adicionales a la capacitación, compra de equipo, sistematización, programas de cómputo y en general todos los gastos necesarios para poder cumplir cabalmente con lo estatuido en el presente capítulo.

Para 1996 el gobierno propondrá la modificación presupuestal, según fuera del caso, para dar cumplimiento a lo establecido en la presente ley.».

Se vislumbra que el Decreto 1072 de 1999, por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, manifestó en el artículo 22 que:

«**Vinculación de personal supernumerario.** El personal supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso-curso.

La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad. Durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución.

...

No obstante la existencia del término de vinculación, el nominador por necesidad del servicio, podrá desvincularse en cualquier momento el personal supernumerario a que se refiere el presente artículo».

Para concluir, se puede decir sobre la figura de los supernumerarios que la administración puede acudir a ella para vincular personal de manera temporal en funciones específicas, con el fin de remplazar vacantes cuando se presenten licencias o vacaciones de los funcionarios titulares en la planta, para resolver necesidades del servicio de la administración que no pueden ser ejercidas por los funcionarios de la entidad por estar ausentes o que nadie desempeña, ya que no hacen parte del ejercicio regular de la organización como soporte a esa carencia.

Así mismo, esta Corporación mediante sentencia de 9 de marzo de 2017³ M.P. William Hernández Gómez, expresó que:

«... por regla general, los empleados de planta de personal de la DIAN, tienen el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no obsta para que existan empleos de libre nombramiento y remoción, al igual que personal supernumerario y, éstos, conforme el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, pueden ser vinculados: i) con el propósito de suplir o atender las necesidades del servicio; ii) apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando; iii) atender actividades transitorias y iv) para vincular personal a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso-curso».

En lo referente a los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional.

El Decreto 1268 de 1999 estableció en sus artículos 5, 6 y 7 lo siguiente:

Decreto 1268 de 1999. Artículo 5. Incentivo por desempeño grupal:

«Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión haya logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional,

³ Consejo de Estado – Sección Segunda. Subsección «A». M.P. William Hernández Gómez. Sentencia de 9 de marzo de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01522-01(29-14). Actor: Javier Andrés Herrera Barrera. Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

Parágrafo. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifique».

A su turno, el artículo 6 trata sobre el Incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, el cual estipula que:

«Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de su gestión de control y cobra hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

Parágrafo. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, las labores ejecutoras de fiscalización comprende, igualmente, las labores ejecutoras de liquidación».

Y el artículo 7, trata sobre el incentivo por desempeño nacional, el cual indica que:

«Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, referida al desempeño colectivo de los servidores de la contribución y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.»

Se tiene, que esta Corporación frente a la anterior normatividad trascrita mediante sentencia de 3 de agosto de 2017⁴ M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas dedujo lo siguiente:

«... se puede concluir lo siguiente: i) como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución; ii) su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración; iii) en el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias; iv) para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad; v) el incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país; y, iv) finalmente, se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial.».

CASO EN CONCRETO.

Se aprecia de los documentos obrantes en el expediente que el señor Henry Galindo Pineda fue nombrado como supernumerario mediante las siguientes resoluciones aludidas por él en la DIAN:

- Resolución 7818 de 2005 de 31 de agosto 2005 (ff. 23 a 24).
- Resolución 83551 de 2006 de 31 de julio de 2006 (ff. 34 - 37).
- Resolución 0001 de 2007 de 2 de enero de 2007 (ff. 38 a 41).
- Resolución 10576 de 2008 de 31 de octubre de 2008 (ff. 918 - 921).
- Resolución 12909 de 2009 de 27 de noviembre de 2009 (ff. 962 a 964).
- Resolución 10293 de 2010 de 5 de octubre de 2010 (ff. 1005 - 1008)
- Resolución 0002 de 2011 de 3 de enero de 2011 (ff. 1009 a 1012).

Del material acreditativo en el expediente se evidencia que no se le vulneraron los derechos salariales y prestacionales al demandante⁵, además, la vinculación del mismo en la entidad demandada, está fundamentada en los artículos 22 y 75 del Decreto 1072 de 26 de junio de 1999 y 25 del Decreto

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda –Subsección «A» M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia de 3 de agosto de 2017. Radicación Número: 23001-23-000-2010-00158-01(3900-14). Actor: John Ernesto Toro Villota. Demandado: Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales.

⁵ Certificación expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la cual está el registro en nómina de los pagos por salarios efectuados a la parte demandante. Folios 20 a 22. Desde el 6 de septiembre de 2005 hasta el 3 de enero de 2010.

765 de 17 de marzo de 2005, con el propósito de atender las necesidades del servicio en las diferentes dependencias de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando⁶.

También se encuentra certificación suscrita por la Directora de Gestión de Personal de la UAE Dirección de Impuestos Nacionales (ff. 20 a 22 segundo cuaderno) en donde se especificaron los cargos desempeñados como supernumerario, al igual que las funciones realizadas por el señor Henry Galindo Pineda⁷.

Se tiene, que el demandante pidió que se reconozca la diferencia salarial entre el cargo desempeñado con su par en la planta de personal de conformidad con los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007 y 714 de 2009 y la reliquidación y pago de las prestaciones sociales designadas para los funcionarios de la planta de cargos de la DIAN como incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, establecidos en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 (ff. 1254 y 1254 vuelto cuaderno).

Ahora bien, esta Corporación manifestó en sentencia de 9 de marzo de 2017. Sección Segunda – Subsección «A»⁸ en relación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades que:

«... no es posible dar aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por el demandante, pues si bien es cierto, su nombramiento como supernumerario, se produjo por parte de la entidad demandada en diversas oportunidades, mediante sucesivos actos administrativos de nombramiento y prórroga del mismo, y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la DIAN, lo cierto es que su vínculo con la administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio,

⁶ Según las resoluciones mediante las cuales fue contratada como supernumeraria para la entidad accionada.

⁷ 1. Adelantamiento del reparto y análisis de expediente. Adelantamiento de investigaciones de bienes a contribuyentes y socios. 3. Proferir mandamiento de pago. 4. Resolver excepciones al mandamiento de pago. 5. Resolver recurso contra el fallo de excepciones. 6. Decretar medias cautelares. 7. Ordenar seguir adelante la ejecución. 8. Decretar levantamiento de medidas cautelares. 9. Analizar solicitudes de facilidades de pago y solicitar el lleno de los requisitos. 10. Realizar visita al contribuyente o usuario y atenderlo en las instalaciones de la DIAN. 11. Realizar mediante auto comisorio investigación al deudor con las facultades de fiscalización de conformidad al Art. 825-1 ET. 12. Aplicar fraccionar, controvertir y/o endosar títulos de depósito judicial según corresponde. 13. Proferir actuaciones terminales y archivar el expediente. 14. Liquidar el total de la obligación. 15. Trasladar el expediente a facilidades de pago, con informe de las actuaciones y estado del proceso. 16. Ubicar y comunicarse con los deudores morosos para la obtención del pago, vía telefónica y/o oficina y/o lugar de residencia. 17. Enviar oficio de cobro persuasivo penalizable. 18. Desempeñar las actividades que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo a la naturaleza del cargo. ... (f. 21 segundo cuaderno).

⁸ Sentencia de 9 de marzo de 2017 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A». M.P. William Hernández Gómez. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01522-01(2950-14). Actor: Javier Andrés Herrera Barrera. Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

que obedecen a las necesidades del servicio, y al plan de lucha contra evasión y el contrabando.

De manera que, **el término de duración de la vinculación, por periodos sucesivos, no resulta suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del demandante al servicio de la DIAN, autorizada por el artículo 22 del Decreto 1072 de 1996.**

Adicionalmente, resulta útil precisar que, el reglamento especial adoptado por la entidad, permite que dicha vinculación se dé no sólo para desarrollar actividades transitorias, sino también de apoyo a la lucha contra la evasión y el contrabando, actividades que fueron desarrolladas por el demandante, durante el tiempo de vinculación con la DIAN y sin que dichas actividades sean incompatibles con lo señalado en la norma que autoriza la vinculación de supernumerarios, de modo que el desempeño de las mismas no es suficiente para desvirtuar el tipo de vinculación con el servicio público.

En conclusión

Conforme al principio de primacía de la realidad sobre la formalidad, el demandante en calidad de supernumerario no tiene derecho a la nivelación salarial respecto de su par de la planta de personal.

Elo, porque: i) de conformidad con el Decreto 1072 de 1999 fue vinculado con el propósito de suplir o atender las necesidades del servicio de forma temporal y excepcional; ii) Su asignación mensual se le canceló de acuerdo con lo (sic) la escala salarial vigente para la entidad y percibió las prestaciones sociales existentes para los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional; iii) el término de duración de la vinculación por periodos sucesivos, no resulta suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del demandante y iv) las actividades desarrolladas por el demandante no son incompatibles con lo señalado en la norma que autoriza la vinculación de supernumerarios.» (Negrilla fuera del texto).

También se tiene que la Subsección «B» de la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo en sentencia de 1 de junio de 2017⁹ que:

«... no es de recibo el criterio manifestado por la representante del ministerio público y el planteado por la demandante, respecto de la prosperidad de las súplicas de la demanda con aplicación de los principios constitucionales tales como la prevalencia de la realidad sobre las formas y a trabajo igual, salario igual, pues, si bien esta Subsección no ha dudado en dar aplicación a los mismos asuntos en que se encuentran cumplidos los supuestos para ello, en este caso debe darse prevalencia a aquella relación que formalmente se estableció con la Administración, cuya constitucionalidad y legalidad ha sido avalada tanto por la Corte Constitucional como por esta Corporación y en condiciones en las que se verifica que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ha acudido a la aplicación de esta

⁹ Sentencia de 1 de junio de 2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Proceso número: 68001-23-21-000-2009-00747-01(1573-15). Actor: Nancy Amparo Sanabria Peñaloza. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

modalidad de vinculación con los parámetros normativos» (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se estableció por esta Corporación, que no se pueden aplicar los principios «de la primacía de la realidad sobre las formalidades» lo mismo «que a trabajo igual salario igual» que solicita el señor Henry Galindo Pineda, para que se surta la nivelación salarial con su presunto par en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, por cuanto las prórrogas de los contratos sucesivos no es suficiente argumento para cambiar el tipo de vinculación como supernumerario con la entidad accionada, además, que existe una normatividad que permite ese tipo de vinculación, la cual obedece a las necesidades del servicio de la DIAN y «al plan de lucha contra la evasión y el contrabando», demostrándose además que se cancelaron los salarios y prestaciones sociales correspondientes.

Por otro lado, en cuanto a los incentivos reclamados, en la providencia anteriormente aludida¹⁰ se concluyó de los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999¹¹ que:

- «1.- Como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de planta de personal de la entidad, servidores de la contribución.
- 2.- Su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración.
- 3.- En el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias.
- 4.- Para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con una cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad.
- 5.- El incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país.
- 6.- Se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial.»

En el mismo sentido en providencia de 3 de agosto de 2017¹² de esta Subsección (anteriormente referenciada) se dijo sobre los mismos artículos lo siguiente:

¹⁰ Sentencia de 9 de marzo de 2017 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A». M.P. William Hernández Gómez. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01522-01(2950-14). Actor: Javier Andrés Herrera Barrera. Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

¹¹ Los cuales ya fueron transcritos en esta providencia cuando se trató el tema de: «En lo referente a los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional».

«De la lectura de lo anterior, se puede concluir lo siguiente: i) como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución; ii) su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración; iii) en el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias; iv) para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad; v) el incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país; y, vi) finalmente, se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial.»

Por lo tanto, la naturaleza propia de la vinculación sin concurso de méritos, sin ingresar ni pertenecer a la carrera administrativa, desempeñando funciones específicas y transitorias acordes con su índole, hace necesariamente que la categoría de los empleados supernumerarios sea diferente a la de los empleados de carrera administrativa y, en consecuencia, no tienen derecho a reclamar salarios, prestaciones o incentivos iguales a los percibidos por éstos últimos, **porque el principio de igualdad, como lo ha advertido la jurisprudencia, se predica entre iguales y, tal como se ha demostrado y analizado *ut supra* los empleados supernumerarios no son iguales a los empleados de carrera administrativa y el demandante no aportó en el proceso los elementos probatorios que desvirtuaran esa consideración.**

En consecuencia, al demandante no le asiste el derecho en lo reclamado.

DECISIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala de Subsección procederá a declarar fallido el recurso de apelación y como consecuencia de ello se procederá a **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar de 16 de diciembre de 2014, que negó las pretensiones de demanda.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda –Subsección «A» M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia de 3 de agosto de 2017. Radicación Número: 23001-23-000-2010-00158-01(3900-14). Actor: John Ernesto Toro Villota. Demandado: Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 16 diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS