



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 21 de junio de 2018

Radicación: 660012333000201500196-01
Número interno: 3821-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Juan David Giraldo Rodríguez
Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

Ley 1437 de 2011

Sentencia O- 082-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Juan David Giraldo Rodríguez , en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.

Pretensiones¹

1. Declarar la inaplicación por inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto 1268 de 1999 y la correspondiente nulidad del Oficio 100000202-00418 del 26 de marzo de 2013, a través del cual la DIAN negó el reconocimiento y pago de la nivelación, así como los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización, recaudo, desempeño nacional, bonificación, nivelación salarial, prima técnica y demás emolumentos previstos en el Decreto 1268 de 1999.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

2. Se declare la existencia del contrato realidad y como consecuencia se tenga que el demandante es funcionario de la planta de la entidad demandada, desde su ingreso y hasta el día de la terminación del vínculo laboral, es decir, entre el 2 de febrero de 2004 y el 31 de diciembre de 2011.

3. Ordenar que entre el 2 de febrero de 2004 y el 31 de diciembre de 2011, el demandante tiene derecho al reconocimiento, nivelación, reliquidación y pago del régimen salarial, prestacional e incentivos regulados para los servidores públicos de la planta de la DIAN, a título de indemnización o su equivalente, por haber desarrollado funciones y roles misionales, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad y primacía de la realidad.

4. Declarar que tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos o bonificación por desempeño grupal, por desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, de conformidad con los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999.

5. Reconocer, reliquidar y pagar de forma indexada los incentivos económicos a que tienen derecho los funcionarios de la DIAN, en los

¹ Folios 66 a 68 del cuaderno 1.

términos de los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 y demás emolumentos prestacionales, a título de indemnización o su equivalente, por haber sido desnaturalizada su vinculación como supernumerario, desde el 2 de febrero de 2004 y hasta el 31 de diciembre de 2011.

6. Reajustar, reliquidar y pagar la diferencia salarial entre el salario devengado como supernumerario con el salario equivalente del servidor público de la planta del mismo cargo que realizaba iguales funciones, siguiendo el principio trabajo igual salario igual.

7. Cancelar la suma que resulte de los conceptos antes anotados, debidamente indexados y, a título de lucro cesante, los intereses moratorios y demás aspectos que puedan recaer en su favor.

8. Ordenar la reliquidación y pago indexado de todas las prestaciones sociales que como funcionario de planta o de hecho, tiene derecho acorde con los valores que para el efecto debieron ser cancelados, dado el carácter de la relación.

9. No declarar la prescripción trienal. Condenar en costas.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

² Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta de saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.³

A folio 127 vuelto y CD a folio 130 del cuaderno principal, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«10. Dentro del término, la demandada no propuso excepciones previas, ni se encuentra probada de oficio ningún medio exceptivo con este carácter. [...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

Fijación del litigio art. 180-7 CPACA

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En el *sub lite* a folios 127 vuelto a 128 y cd que obra a folio 130 del cuaderno principal, se fijó el litigio respecto a los hechos en los que existe ACUERDO y el problema jurídico, así:

Hechos en los que existe acuerdo según la fijación del litigio

« 16. [...] JUAN DAVID GIRALDO RODRÍGUEZ ha sido nombrado mediante resolución (sic) No. 0540 de 02/02/2004 como supernumerario en la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS

³ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

⁴ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

NACIONALES–DIAN, desde 02/02/2004 hasta 13/12/2004 y resolución (sic) No. 0001 de 03/01/2005 a 30/11/2005; resolución No. 1346 de 01/12/2005 a 31/12/2006; resolución (sic) No. 0001 de 02/01/2007 a 31/12/2007; resolución (sic) No. 0001 de 02/01/2008 a 31/12/2008; mediante resolución (sic) No. 0001 de 02/01/2009 a 31/12/2009, mediante resolución (sic) 0002 de 04/01/2010 a 31/12/2011; mediante resolución (sic) No. 002 de 03/01/2011 a 31/12/2011 y como empleado de planta temporal, mediante resoluciones No. 003 y No. 10432 de 03/01/2012 hasta 31/12/2014, conforme consta en certificaciones expedidas por la Subdirección de Gestión de Personal.

17. Las funciones que debe desempeñar actualmente JUAN DAVID GIRALDO RODRÍGUEZ corresponden a Profesional en operación Aduanera I y recibe una asignación básica de \$3.074.949, como consta en certificación expedida por la Jefe del Grupo de Personal.

18. El 19/02/2013 JUAN DAVID GIRALDO RODRÍGUEZ solicita el reconocimiento, nivelación y pago de todos los emolumentos salariales dejados de pagar.

19. Y la DIAN, mediante oficio (sic) de 26/03/2013, notificado el 01/04/2013 manifiesta que la solicitud resulta improcedente (fls. 61-63).

20. El 12/04/2013 se intenta la conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, fallida porque la DIAN no presenta fórmula de conciliación. [...] » (Mayúsculas del texto).

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

Problema jurídico fijado en el litigio

« [...] De acuerdo a las pruebas aportadas y a las manifestaciones de las partes, se establece que JUAN DAVID GIRALDO RODRÍGUEZ vinculado como Supernumerario a la DIAN, actualmente empleado temporal. El debate se circunscribe a establecer si le asiste derecho al reconocimiento y pago de los incentivos y remuneración que se reconoce a los funcionarios de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN. [...] »

SENTENCIA APELADA⁵

⁵ Folios 271 a 284 del cuaderno 2.

Luego de que el Tribunal Administrativo de Risaralda, declarara la nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, por carecer de competencia en razón a la cuantía⁶, profirió sentencia de forma escrita el 16 de mayo de 2016, en la cual denegó las pretensiones del demandante.

En primer lugar, citó partes jurisprudenciales del Consejo de Estado en relación con el control por vía de excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad, para estudiar la naturaleza de los empleos que tiene la DIAN y considerar que de conformidad con lo previsto por el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, los supernumerarios son auxiliares de la administración que solamente pueden vincularse para suplir vacancias temporales de empleados públicos y en caso de licencia o vacaciones, para desarrollar actividades transitorias relacionadas con las funciones propias del organismo.

De igual forma, sostuvo que acorde con el artículo 14 del Decreto 1647 de 1991, la Ley 223 de 1995 y el artículo 22 del Decreto 1072 de 1992, la vinculación de los supernumerarios a la DIAN, tiene el propósito de servir de apoyo en el programa de lucha contra la evasión y el contrabando, en el ejercicio de actividades de índole transitorio y también para vincular personal a concurso abierto bajo la modalidad de concurso-curso, como una figura de carácter excepcional que le permite a la administración pública vincular personal de forma temporal a efectos de garantizar la consecución de sus fines. En tal virtud, el personal supernumerario deberá percibir prestaciones sociales por el tiempo en que se encuentre vinculado.

Acorde con lo anterior, señaló que resulta improcedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por cuanto no se observa *prima facie* una situación de exclusión o discriminatoria de los derechos del demandante en su condición de supernumerario en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, pues se observa que es una situación de carácter excepcional que no es discriminatoria o excluyente.

Posteriormente, analizó las pruebas allegadas al plenario para dilucidar que a pesar que el demandante fue vinculado como supernumerario, ello obedeció

⁶ Folios 236 y 237 vuelto del cuaderno 2, la cual fue confirmada a través de providencia del 14 de mayo de 2015 visible a folios 252 y 253 vuelto.

a las necesidades del servicio para el apoyo de programas especiales en el Grupo Interno de Trabajo de Gestión de Recaudación de la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera, sin que en sí mismo se desdibuje la temporalidad que caracteriza esta modalidad de vinculación.

Señaló que no es posible aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en la medida que no fue nombrado mediante la figura contractual sino a través de una relación legal y reglamentaria de carácter netamente transitorio. En las anteriores condiciones, no hay lugar a señalar que se concretan los elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación, la prestación personal del servicio y remuneración.

Finalmente, adujo que de conformidad con las regulaciones del Decreto 1268 de 1999, el incentivo por desempeño laboral, se circunscribe únicamente a los servidores que se encuentran vinculados a la planta de personal de la entidad como empleados públicos y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranza únicamente a los cargos de la planta de personal que desempeñen directamente tal función.

RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acoger las pretensiones de la demanda, conforme los argumentos que a continuación se exponen:

Expuso que lamentablemente el Tribunal entendió que la demanda se encontraba dirigida a la vinculación del demandante como funcionario de planta, lo cual no es cierto, sin realizar el análisis de la solicitud del reconocimiento de la realidad sobre las formas, pues se logró probar que el contrato de supernumerario se desnaturalizó y de esta forma, se desconoce el control de convencionalidad integral y el precedente del Consejo de Estado⁸.

⁷ Folios 292 a 297 del cuaderno 2.

⁸ Para tal fin citó entre otras, apartes de las sentencias del 31 de mayo de 2012, radicado: 26-09. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila y del 25 de julio de 2013, radicado 0271-13. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez Páez.

Señaló que no se tuvo en cuenta que los múltiples contratos suscritos por el demandante, no son sinónimo de temporalidad, excepcionalidad o transitoriedad, porque entre dichos contratos no existió una ruptura superior como lo exige el inciso 3 del artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, pues su vinculación permaneció al cancelársele las vacaciones, las cesantías, las primas y la filiación a la seguridad social y demás prestaciones sociales, hecho que es aceptado por la demandada.

Aunado a lo anterior, no se analizó que el demandante realizaba funciones propias del objeto misional de la DIAN iguales a las realizadas por los funcionarios de planta, por lo que surge un contrato de trabajo, advirtiéndose una ausencia de la valoración integral de las pruebas y debe darse aplicación al postulado de trabajo igual salario igual. Agregó que los incentivos además de ser salario son grupales y por división, sin que exista posibilidad que sean personales o individualizados para determinados funcionarios, es por ello que las calificaciones se realizaban en cumplimiento de metas.

Manifestó que el Tribunal, realizó una interpretación errónea de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ dado que no tuvo en cuenta que, su nombramiento se realizó de forma continua, lo que desnaturaliza el carácter excepcional y transitorio de estos cargos, y da lugar a que surja la figura del contrato realidad, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas. Igualmente, con esta clase de vinculaciones la entidad demandada vulneró los requisitos y finalidades que exige la Sentencia C-725/00 y C-422/12, pues no existe en la DIAN funciones extraordinarias o de temporalidad.

Finalmente sostuvo que el juzgador se abstuvo de pronunciarse respecto a la primera pretensión formulada en la demanda, esto es, la inaplicación del acto por inconstitucionalidad o ilegalidad y se omitió realizar un control de convencionalidad integral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

⁹ El actor hace referencia, en particular, a la Sentencia del 23 de octubre de 2008, Radicación: 730012331000200201248 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Parte demandante¹⁰: Reiteró los argumentos presentados en la demanda e hizo énfasis en que sus pretensiones tienen como fundamento el inciso 2 del artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado relativas al control de convencionalidad, conforme a las cuales prima la aplicación de las convenciones de la OIT suscritas por Colombia, por resultar más favorables ante un exceso del legislador.

Parte demandada¹¹: Se opuso a las pretensiones de la demanda, al estimar que no existe fundamento jurídico para declarar la nulidad del acto acusado y reconocer las sumas solicitadas, pues los Decretos 1268 y 1072 de 1999 señalan que los incentivos son únicamente para los funcionarios que ocupen cargos de planta de la entidad, esto es, empleados del sistema específico de carrera administrativa, prevista en el artículo 12 del Decreto 1072 de 1999.

Explicó que al demandante se le vinculó para el desempeño de actividades transitorias relacionadas a la lucha contra la evasión y el contrabando, tal cual como se observa en la parte motiva de las diferentes resoluciones de nombramiento, sin que ello implique que pierda el carácter de supernumerario, dado que esa naturaleza fue prevista para tales funciones en el artículo 154 de la Ley 223 de 1995.

Manifestó que es competencia del Gobierno Nacional, y no de la entidad, establecer las escalas salariales para los empleados de la misma. Los Decretos a través de los cuales se reguló la materia, configuraron diferencia salarial entre los empleados de planta y el personal supernumerario, pero dicha situación no implica el desconocimiento del derecho a la igualdad.

El Ministerio Público guardó silencio en el desarrollo de esta etapa procesal¹².

CONSIDERACIONES

Competencia

¹⁰ Folios 320 a 324 y 352 a 360 del cuaderno 2.

¹¹ Folios 345 a 351 del cuaderno 2.

¹² Ver constancia secretarial visible a folio 361 del cuaderno 2.

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁴, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolverse en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

Problemas jurídicos

1. ¿El señor Juan David Giraldo Rodríguez, en su calidad de supernumerario de la DIAN y, con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, tiene derecho a que se le reconozca y pague la nivelación salarial tomando como base las prestaciones que devenga su cargo homólogo en la planta de personal de la entidad demandada?
2. ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional, de que tratan los artículos 5.º, 6.º y 7.º del Decreto 1268 de 1999?

¹³ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹⁴ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante no tiene derecho a la nivelación salarial deprecada, con base en los argumentos que proceden a explicarse:

Naturaleza Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1071 de 1999, la DIAN se encuentra 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, lo que hace que su objeto deba cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal que indique el Ministro del ramo.

Igualmente cuenta con 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 empleados públicos.

El sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los empleados públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se encuentra contenido en el Decreto 1072 de 1999, que en su artículo 17, señala que los empleos de la planta de personal de la entidad tendrán 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.

El sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los servidores públicos de la DIAN estaba previsto en el Decreto 1072 de 1999. Dicha norma fue derogada en su mayoría por el artículo 62 del Decreto 765 del 17 de marzo de 2005¹⁵, sin embargo, quedó vigente el artículo 22 según el cual 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

¹⁵ «Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.».

transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso curso.

Régimen jurídico de los supernumerarios

La posibilidad con la que cuenta la administración para vincular personal supernumerario deviene directamente de la Constitución Política cuando señala en su artículo 125 que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto, los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, pudiendo ésta última precisar, qué empleos no son de carrera, entre los que se encuentran los nombramientos temporales con las restricciones que imponen las leyes de carrera administrativa, dentro de los cuales pueden ubicarse los supernumerarios.

Esta clase de nombramiento fue prevista por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, que señaló el sistema de nomenclatura y clasificación, y fijó las correspondientes escalas de remuneración de los empleos, entre otros¹⁶, de las Unidades Administrativas Especiales. Al respecto, el artículo 83 previó que:

«[...] De los supernumerarios. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias 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 superiores¹⁷.

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.

¹⁶ Además de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos.

¹⁷ La Corte Constitucional mediante sentencia C-401 de 1998 declaró inexecutable el aparte subrayado.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales¹⁸. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo¹⁹.

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 [...]».

Ahora bien, en lo que respecta a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, el Decreto 1647 de 1991, «Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones»; en su artículo 14, indicó la posibilidad de vincular personal supernumerario, de la siguiente manera:

«[...] Para suplir las necesidades del servicio podrá vincularse personal supernumerario que desarrolle actividades de carácter transitorio. En ningún caso, la vinculación excederá de seis (6) meses, salvo autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando se trate de actividades a ejecutarse en un período superior a dicho término.

Cuando la vinculación de este personal no exceda de 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. [...]»

Conforme a la normativa precitada, la vinculación de personal supernumerario por parte de la DIAN puede realizarse para el desarrollo de actividades de carácter transitorio que no deben exceder de seis meses, excepto cuando la administración requiriera de un término superior, caso en el cual, debe contar con autorización especial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

¹⁸ El aparte subrayado se declaró inexecutable en sentencia C-401 de 1998.

¹⁹ El artículo 161 de la Ley 100 de 1993 derogó el aparte en negrillas.

A su turno, 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», consagró la posibilidad de vincular personal supernumerario, en los siguientes términos:

«[...] 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.

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 [...]»

Mediante el Decreto 2117 de 1992 se fusionó la Unidad Administrativa Especial de Impuestos con la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, creándose la DIAN. Respecto de la administración de personal, el artículo 112 señaló lo siguiente:

«[...] 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 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», advirtió en su artículo 29 que la vinculación, permanencia y retiro del personal Supernumerario se sujetaría a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 (ya transcrito), en concordancia con la Ley 223 de 1995.

Esta última normativa, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, señaló en su artículo 154, la posibilidad de vincular personal supernumerario en el plan de choque contra la evasión fiscal, en los siguientes términos:

«[...] Artículo 154. Financiación del plan. El Gobierno propondrá 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. [...]»

Por su parte, 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», en su artículo 22, en relación con la vinculación del personal supernumerario, indicó:

«[...] **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 necesidades del servicio, podrá desvincular en cualquier momento el personal supernumerario a que se refiere el presente artículo [...]

La Corte Constitucional declaró exequible la norma anterior, mediante sentencia C-725 de 21 de junio de 2000²⁰, bajo el entendido de que la vinculación del personal supernumerario requiere una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicará, las cuales deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales. Al respecto, expresó la Corte Constitucional lo siguiente:

«[...] no resulta contrario a la Carta que la vinculación de personal supernumerario a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se lleve a cabo sin sujeción a las normas propias de la carrera administrativa, pues, como en la propia norma acusada se indica, ello sólo es posible cuando las actividades a desarrollar sean transitorias, o cuando con ese carácter temporal se vincule al servicio a quienes, posteriormente podrían llegar a ser funcionarios de carrera previa su participación en un "concurso-curso".

²⁰ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Se observa al efecto que el artículo 125 de la Constitución permite que no sean "de carrera", entre otros, los empleos "que determine la ley", que es, precisamente, lo que sucede en este caso, determinación que no resulta razonable, desproporcionada o ilegítima, supuesta como está por la propia disposición acusada que lo sea de manera coyuntural, efímera, transitoria, para atender necesidades del servicio, o para reclutar de esta manera personal que participe en un "concurso-curso", de entre quienes se seleccionará luego a empleados que ingresarán de esa manera a la carrera administrativa especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. [...]»

De lo anterior se colige que por regla general, los empleos de la 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 personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad del concurso-curso²¹.

En el presente caso no está en discusión que el señor Juan David Giraldo Rodríguez fue nombrado en el cargo de supernumerario en la DIAN desde el 2 de febrero de 2004, en los siguientes cargos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (cuaderno de pruebas 2, 2-1 y 2-2):

Cargo	Fecha	Resolución	Folios
Profesional, nivel 30, grado 19.	Del 2 de febrero de 2004	00540 del 29 de enero de 2004	12 a 15 y 39 del cuaderno 2 de pruebas
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se ubicó al demandante en la sede de Pereira.	01416 del 25 de febrero de 2004	41 a 43 del cuaderno 2 de pruebas
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se trasladó al demandante a la División del Servicio de Aduanas de la DIAN.	0368 del 1 de marzo de 2004	45 a 47 del cuaderno 2 de pruebas
Profesional, nivel	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de	06594 del 30 de julio de 2004.	54 y 55 del cuaderno 2 de

²¹ A esta misma conclusión se llegó en las sentencias de 23 de octubre de 2008, radicación 08001-23-31-000-2003-01429-01 (1393-2007), actor: Jhon Enrique Barragán Quintero, Magistrado Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y 7 de febrero de 2013, radicación 25000-23-25-000-2009-00605-01(1700-2012), actor: Angélica Sánchez Cortés, Magistrado Ponente doctor Alfonso Vargas Rincón, entre otras.

30, grado 19.	2004.		pruebas
Profesional, nivel 30, grado 19.	Desde el 3 de enero al 30 de junio de 2005.	00001 del 03 de enero de 2005.	58 a 59 y 61 del cuaderno 2 de pruebas
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de septiembre de 2005.	05535 del 30 de junio de 2005.	87 a 89 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2005.	08917 del 20 de septiembre de 2005.	98 a 100 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Desde el 25 de noviembre de 2005 al 31 de julio de 2006.	11346 del 25 de noviembre de 2005.	103 a 106 del cuaderno 2 de pruebas
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2006.	08351 del 31 de julio de 2006.	122 a 124 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Desde el 02 de enero al 30 de junio de 2007.	00001 del 2 de enero de 2007.	134 a 136 y 139 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2007.	07508 del 26 de junio de 2007.	153 a 156 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Desde el 2 de enero al 29 de febrero de 2008.	00001 del 2 de enero de 2008.	136 a 172 y 177 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de abril de 2008.	02058 del 29 de febrero de 2008	179 a 182 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de junio de 2008.	03866 del 30 de abril de 2008	187 a 189 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de julio de 2008.	05727 del 1 de julio de 2008	194 a 1196 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de octubre de 2008.	06988 del 1 de agosto de 2008.	198 a 200 del cuaderno 2 de pruebas.
Profesional, nivel 30, grado 19.	Se prorroga el nombramiento hasta el 13 de noviembre de 2008.	10576 del 31 de octubre de 2008.	208 a 210 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Entre el 14 de noviembre y el 31 de diciembre de 2008.	00207 del 13 de noviembre de 2008.	212 a 215 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Desde el 2 de enero al 30 de junio de 2009.	00001 del 2 de enero de 2009.	233 a 236 Y 245 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2009.	06849 del 1 de julio de 2009	270 a 273 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel	Se prorroga el nombramiento	012909 del 27 de	277 a 279 del

301, grado 01.	hasta el 30 de diciembre de 2009.	noviembre de 2009.	cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Desde el 4 de enero al 30 de junio de 2010.	00002 del 4 de enero de 2010.	291 a 294 y 302 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de julio de 2010.	06295 del 29 de junio de 2010.	314 a 317 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de agosto de 2010.	007383 del 30 de julio de 2010	321 a 324 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de septiembre de 2010.	08705 del 31 de agosto de 2010.	327 a 329 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Se prorroga el nombramiento hasta el 5 de octubre de 2010.	10098 del 30 de septiembre de 2010.	332 a 335 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2010.	010293 del 5 d octubre de 2010.	336 a 338 del cuaderno 2-1 de pruebas.
Gestor I, nivel 301, grado 01.	Desde el 3 de enero al 31 de diciembre de 2011.	00002 del 3 de enero de 2011.	352 a 355 del cuaderno 2-1 de pruebas.

De igual forma, a través de la Resolución 003 del 2 de enero de 2012, se nombró al demandante en empleo temporal desde el 3 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad en el cargo de gestor I, nivel 301, grado 01 y a través de Resolución 10432 del 28 de diciembre de 2012, se prorrogó el empleo temporal hasta el 31 de diciembre de 2014 (Folios 427 a 432 y 486 a 489 del cuaderno de pruebas 2-2).

De las resoluciones de nombramiento y prórroga del demandante como supernumerario, se colige lo siguiente:

1.- Su vinculación desde el inicio se realizó en virtud del artículo 154 de la Ley 223 de 1995, según consta en las diversas resoluciones de nombramiento y prórroga, para atender necesidades del servicio en las diferentes dependencias y apoyo para el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, las cuales desarrolló de forma temporal o excepcional, bajo diferentes vinculaciones por periodos de tiempo previamente señalados por la entidad demandada.

2.- La asignación mensual se le canceló de acuerdo con la escala salarial vigente para la entidad y percibió las prestaciones sociales existentes para los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional, con lo cual se cumplió con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999.

3.- Se le liquidó y canceló como supernumerario las siguientes prestaciones: i) prima de vacaciones; ii) vacaciones; iii) prima de servicios; iv) prima de navidad; v) bonificación por servicios; vi) cesantías; vii) horas extras; viii) bonificación por recreación (folios 254, 255 y 304 del cuaderno pruebas 2-1), así como todos los beneficios del régimen de seguridad en salud y pensiones.

En consecuencia, se le ha tratado en igualdad de condiciones que al resto del personal supernumerario, de ahí que no aparezca que se le haya puesto en condición de desigualdad con sus iguales.

4.- Tal como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia²², no es posible dar aplicación al principio de 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, que obedecían a las necesidades del servicio, y al plan de lucha contra la 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.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3904-2013; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, número interno 3132-2013.

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 las mismas sean incompatibles con lo señalado en la normativa que autoriza la vinculación de supernumerarios, de modo que el desempeño de dichas actividades no es suficiente para desvirtuar el tipo de vinculación con el servicio público.

En conclusión: Conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el demandante en calidad de supernumerario no tiene derecho a la nivelación salarial respecto a su par de la planta de personal, toda vez que no se demostró en este proceso que materialmente la vinculación del señor Juan David Giraldo Rodríguez se haya desnaturalizado.

Ello, porque: i) de conformidad con el 22 del 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 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 normativa que autoriza la vinculación de supernumerarios.

Segundo problema jurídico

¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional, de que tratan los artículos 5.º, 6.º y 7.º del Decreto 1268 de 1999?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante en su calidad de supernumerario de la DIAN, no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos, con base en los siguientes argumentos:

De los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional.

Los artículos 5.º, 6.º y 7.º del Decreto 1268 de 1999 señalaron los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas, desempeño grupal y desempeño nacional en los siguientes términos:

«[...] 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.

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 modifiquen.

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 cobro 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.

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 períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho período, 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.[...]»

De la lectura de los referidos enunciados normativos se puede concluir que:

- 1.- Como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la 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 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.

Aunado a lo anterior, debe anotarse que la Sección Segunda de esta Corporación, mediante sentencia del 15 de mayo de 2014²³, denegó la nulidad de los artículos 5.º, 6.º y 7.º del Decreto 1268 de 1999, que

²³ Radicado interno 0676-12, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Demandante: Luís Alfonso Pedraza. Demandado: Gobierno Nacional.

consagran sólo para los empleados de planta o de la contribución de la DIAN, el incentivo por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional.

En dicha acción el demandante esgrimía que con las palabras «de planta» contenidas en los artículos 5.º y 6.º, y «de la planta» contenida en el artículo 7.º del Decreto 1268 de 1999, se vulneraban los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política. La Corporación, para despachar desfavorablemente lo pretendido, entre otras cosas expresó:

«[...] Lo cual significa que quien se encuentre vinculado a la entidad bajo la modalidad de supernumerario no tiene derecho a acceder al incentivo por desempeño grupal, o al de desempeño en fiscalización y cobranzas y menos al incentivo por desempeño nacional, dado que legalmente está autorizada la distinción entre los servidores de la contribución y los supernumerarios de la DIAN, como se ha anotado, y por tanto no existe quebranto por los apartes normativos acusados dado que el análisis en este caso se efectúa sobre diferencia de trato cuyo punto de comparación es un trato jurídico diferente por razones potencialmente prohibidas por el artículo 13 de la Constitución, lo que no se presenta en este caso, lo que lleva a mantener los apartes de las normas acusadas por el actor. [...]»

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C-725 de 2000²⁴ declaró inexecutable el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999 que señalaba el programa de promoción e incentivos de carácter económico para los servidores de la contribución de la DIAN que los estímulos económicos resultan contrarios a los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Carta Política. En efecto, consideró:

«[...] El desempeño de las funciones propias del cargo se remunera por el Estado con el salario fijado conforme a la ley a quien lo desempeña, por lo que tales "estímulos económicos" resultan extraños al ordenamiento constitucional y, abiertamente contrarios al artículo 209 de la Carta en el cual se dispone que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y ha de cumplirse, entre otros, con sujeción a los principios de igualdad, moralidad y eficacia, por lo que no resulta acompasado con la Constitución que a quien ajusta su conducta a tales prescripciones, se le haga beneficiario de sumas de dinero que ingresan de

²⁴ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

manera extraordinaria a su patrimonio, simplemente por adecuar su conducta a lo que de él se espera como funcionario público. [...]»

En las anteriores condiciones y como los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y desempeño nacional están destinados a los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, no es procedente otorgarlos al personal supernumerario como es el caso del demandante.

En este orden de ideas, ante la falta de prueba en relación con una presunta mutación del vínculo laboral, tampoco es procedente reconocer los incentivos reclamados, pues las normas son claras al preceptuar que solo se reconocen a una determinada categoría de empleados.

Finalmente, en cuanto al argumento expuesto por la parte demandante en el sentido de que el *a quo* omitió pronunciarse respecto a la inaplicación por inconstitucionalidad o ilegalidad y se omitió realizar un control de convencionalidad integral, se observa que en la sentencia recurrida sí se efectuó el estudio de tales efectos endilgados por la parte demandante en el libelo introductor en contra del Decreto 1268 de 1999, argumentos que comparte la Subsección, toda vez que, como se estudió en precedencia, la vinculación como supernumerarios fue creada con el fin de suplir las necesidades del servicio y desarrollar actividades de carácter transitorio.

Por tal motivo, en eventos en los cuales las reglas previstas en el ordenamiento jurídico resultan inequívocas y no hay motivos para cuestionar su aplicación en el caso, se verifica una razón de acción para el juez, que debe guiar su decisión. Y ese es el caso que se presenta ante el reconocimiento de los incentivos por desempeño que se reclaman, pues el primero de los requisitos que se exige para su otorgamiento, es desempeñar un cargo de la planta y ello no se acreditó por parte del señor Giraldo Rodríguez. En consecuencia, las distinciones previstas por las autoridades competentes, en este caso el Ejecutivo respecto de los regímenes salariales y prestacionales, no tienen la virtualidad de afectar el derecho a la igualdad, pues los supuestos en comparación no son equiparables.

En conclusión: Según el Decreto 1268 de 1999, es claro que la entidad demandada reglamentó los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y

cobranzas, y nacional, sólo para los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad que como resultado de su gestión, cumplan las metas y los objetivos trazados en cada una de las áreas allí descritas, por lo que el demandante en calidad de supernumerario no tiene derecho al reconocimiento de los mismos.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez²⁵ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la

²⁵ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas al demandante en segunda instancia y a favor de la DIAN, toda vez que resulta vencido en el proceso de la referencia y la entidad demandada intervino en el trámite de la segunda instancia tal como lo señala el ordinal 1.º artículo 365 del Código General del Proceso. Las costas serán liquidadas por el *a quo* en atención a lo señalado por el citado código.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Juan David Giraldo Rodríguez contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.

Segundo: Condenar en costas de la segunda instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

²⁶ “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Tercero: Reconocer personería al abogado Juan Carlos Becerra Ruiz identificado con cédula de ciudadanía 79.625.143 y portador de la tarjeta profesional 87.834 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, en los términos y para los efectos del poder a él conferido, visible a folio 325 del cuaderno 4.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ