



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015)

Número de referencia: 680012331000200900707 01
Número interno: 3154-2014
Actor: LUZ ÁNGELA COGUA CERVERA
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN
DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
Instancia: SEGUNDA –DECRETO 01 DE 1984-
Autoridades Nacionales

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 5 de junio de 2015, después de surtidas a cabalidad la demás etapas procesales para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió a las pretensiones de la demanda.

1.1. ANTECEDENTES

LUZ ÁNGELA COGUA CERVERA por conducto de apoderado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹, demandó del Tribunal Administrativo de Santander declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio 01770 de 10 de febrero de 2009 y de las Resoluciones 0003634 del 7 de abril de 2009 y 005407 de 21 de mayo de 2009, que negaron el reconocimiento y pago de la diferencia

¹ Previsto el en artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

salarial, prestacional e incentivos dejados de percibir y su homologación con su par de la planta de personal.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales nivelar salarialmente al actor de acuerdo con lo establecido en los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 650 de 2008, 714 de 2009 y la normativa vigente.

Así mismo, pretende la reliquidación y pago de las diferencias salariales entre el valor devengado como supernumerario en el cargo de Gestor I, Código 301 Grado 01 y el que realmente debió recibir determinada por las funciones desarrolladas por el funcionario par de planta de la entidad, desde el momento en que fue vinculada laboralmente a la entidad demandada hasta el día de la terminación de la relación laboral.

Igualmente solicita el pago de las prestaciones sociales designadas para los funcionarios de la planta de cargos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como son: incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización, desempeño nacional y demás emolumentos dejados de devengar de conformidad con el Decreto 1268 de 1999.

1.2. Fundamentos Fácticos²:

Señaló la demandante que se encuentra prestando sus servicios a la DIAN, como supernumerario sin solución de continuidad desde el 1 de marzo de 2004 y que actualmente ocupa el cargo de Gestor I, Código 301 Grado 01.

² Folios 3 a 6 del expediente.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

Agregó que cumple jornada diaria laboral de tiempo completo comprendida entre las 8:00 a.m. y 5:00 p.m., que es el horario de los funcionarios de la DIAN y, además, desempeñó funciones permanentes acorde con los empleados de esa entidad; y que fue evaluada con el mismo instrumento aplicado a los funcionarios de planta y que cumplía órdenes del jefe inmediato, administrador y director general.

Aseveró que el salario básico era diferente al de personal de planta, según lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 618 de 2006 y, que la discriminación se dio hasta el año 2009 cuando se expidió el Decreto 714 con el cual se fijó la escala de asignaciones básicas de la U.A.E. DIAN, lo cual, en su sentir desmejoró, ya que los supernumerarios no tenían más opción que acogerse a la escala salarial más baja, no obstante que desempeñaban las mismas funciones de sus pares de planta.

Manifestó que la DIAN alcanzó las metas propuestas conforme lo indican las estadísticas, lo cual ocurrió gracias al trabajo desarrollado por los supernumerarios y solo se les garantizó los incentivos previstos en el Decreto 1268 de 1999 al personal de planta excluyéndose al personal supernumerarios.

Agregó que conforme al artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 y al artículo 22 del Decreto 1072, se estableció la naturaleza jurídica del personal supernumerario, esto es, un empleo excepcional que atiende necesidades extraordinarias, revestido de temporalidad en el servicio. Por tanto, dice, desconoció la igualdad laboral con el empleo consecutivo de supernumerarios, sin interrupciones, con las mismas funciones y se les impidió gozar de los beneficios y estabilidad laboral del personal de planta.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

1.3. Normas Vulneradas y Concepto de Vulneración.

- Artículos 1,13, 25, 53, 122 de la Carta Política.
- Artículo 22 del Decreto 1072 de 1999
- Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978
- Artículo 27 de la Ley 909 de 2004

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa:

Manifestó que la remuneración de los supernumerarios se fija dependiendo la calidad del trabajo que se desarrolla y la temporalidad del cargo, por tanto, la resolución de nombramiento debe ser clara en indicar el término de duración y asignación mensual. Que si bien es cierto, la temporalidad y necesidad del servicio pudo incidir en la contratación de la demandante, lo cierto es que la excepción se convirtió en regla general ya que la contratación se continuó sin interrupciones, sin las prestaciones y beneficios que perciben los homólogos de planta. Que la figura del supernumerario se creó para reducir la carga prestacional de la entidad demandada, lo que desconoce el principio constitucional de primacía y se oculta la verdadera relación laboral con la aparente existencia de un contrato de servicios.

Enfatizó que en la prestación efectiva del trabajo era necesario aplicar la realidad del contrato sobre las formas de las cuales está revestido el empleo de supernumerario, pues, además de desconocer los elementos



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

característicos del contrato laboral se desconoce también derechos y principios laborales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN a través de su apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y manifestó³ que el artículo 17 del Decreto 1072 de 1999 dispone que los empleados de planta de personal de la DIAN son de carrera, pero que también existen empleos de libre nombramiento y remoción sin que se puedan asimilar a los supernumerarios, los que se vinculan según lo dispone el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y tienen derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución como la bonificación por servicios, primas de servicios, vacaciones y navidad. Agregó que tales emolumentos son percibidos tanto por el personal de planta como por los supernumerarios, y que la demandante no ingresó a un cargo de carrera a través de concurso público sino como supernumeraria y que conocía las condiciones del cargo.

Dijo que los incentivos contemplados en el artículo 5º, 6º y 7º del Decreto 1268 de 1999, es decir por desempeño grupal, fiscalización, cobranzas y nacional, están dirigidos al personal de planta y que no se extienden a los supernumerarios, pues, su vinculación es precaria y específica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

³ Folios 228 a 241 del expediente



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

El Tribunal Administrativo de Santander mediante Sentencia de 13 de marzo de 2014⁴, encontró probado que la demandante prestó servicios a la DIAN como supernumerario, de acuerdo con las certificaciones que se consultan a folios 20 a 32 del expediente de donde se extrae que se vinculó desde el año 2004 hasta el 2009, es decir, por más de 5 años, con lo cual se desnaturalizó el objeto de la figura, ya que se distancia del carácter temporal y se desatiende la sentencia de la Corte Constitucional C- 401 de 1998.

Observó el a quo que las funciones y actividades asignadas a la demandante no eran necesidades extraordinarias, pues estaban estrechamente relacionadas con el objeto de la entidad.

Advirtió que en la planta de personal de la entidad existen empleos con la misma denominación, nivel y grado al de supernumerario que ocupó la demandante, de donde extrajo que entre unos y otros existe similitud en cuanto a las funciones y actividades por desarrollar, por tanto, no debe existir diferencia en la remuneración ni en prestaciones sociales.

Argumentó que conforme a los principios y postulados constitucionales y legales que prevalecen en el Estado Social de Derecho, con base en un criterio de justicia, igualdad y protección de los derechos laborales, se impone dar preponderancia a la naturaleza de la labor realizada sobre el vínculo laboral por lo que accedió a las pretensiones de la demandante. Así mismo reconoció los incentivos de los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, pues, el criterio para determinar su procedencia no es ajeno al análisis anterior. En consecuencia i) declaró la nulidad de los actos acusados; ii) ordenó nivelar el salario de la demandante teniendo en cuenta

⁴ Folios 317 a 329 vuelto del expediente.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

las diferencias que surjan del salario y prestaciones sociales devengado en calidad de supernumerario y del que corresponda al cargo equivalente en la planta de personal; iii) pagar los Incentivos por Desempeño Grupal, Fiscalización y Cobranzas, Nacional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la – DIAN interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión⁵, reiterando los argumentos de la contestación de la demanda, expresó que la demandante fue vinculada como supernumerario y no en un cargo de planta de personal de la entidad, por expresa autorización legal y que para los efectos salariales se asimila a un cargo análogo de la planta de personal. Que el Presidente de la República a través del Decreto 1072 de 1999 dispuso la vinculación de personal supernumerario y que la Corte Constitucional lo declaró exequible.

Señaló que la Ley 223 de 1995, por la que se dictan normas sobre la racionalización tributaria, en el artículo 154, estableció que dentro del plan anual anti evasión se puede contratar personal supernumerario y que si la demandante se vinculó como tal, por períodos de tiempo sucesivos, no se hizo a través de concurso público para acceder a un cargo de carrera. Que la vinculación se extendió por un término superior al fijado inicialmente debido a las necesidades de la DIAN y que por razones de conveniencia tanto para la entidad como para la actora debido a las funciones de carácter técnico, era inoperante contratar personal supernumerario distinto

⁵ Folios 332 a 337 del expediente.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

cada seis meses y no prolongar la vinculación de aquellos que ya conocen su funcionamiento.

Indicó que si la entidad no podía realizar directamente concurso para vincular en carrera especial de la DIAN al personal suficiente para cubrir sus necesidades, tenía que acudir a la figura del supernumerario, lo cual está autorizado por la Constitución y la Ley. Agregó que las funciones desarrolladas por la actora fueron transitorias y se realizaron por necesidades del servicio dentro del plan de lucha contra la evasión y el contrabando y que la primacía de la realidad es la forma de vinculación, lo cual de acuerdo con lo dicho por el Consejo de Estado, se ajusta a las normas superiores, por ende, la entidad no ha desconocido los derechos de la demandante.

Enfatizó que el nombramiento de la demandante no fue en período de prueba, ni ascenso, ni por concurso, ni provisional, como lo exige la ley para proveer y ocupar los cargos de la DIAN, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, sino como supernumerario; que este cargo no corresponde al de servidor de la contribución, en tanto, tampoco tiene derecho a los incentivos previstos en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999.

Afirmó que no comparte la decisión del a quo, en cuanto a que las sucesivas prórrogas y la continuidad en la labor llevarán a una relación permanente que goce de protección prestacional porque los supernumerarios nunca han estado desprotegidos del pago de las prestaciones sociales, conforme lo dispone el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y se les ha pagado las mismas prestaciones previstas en los Decretos 1045 de 1978 y 1848 de 1969, están amparados por la Ley 100



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

de 1993 y sus decretos reglamentarios. Que jamás la normatividad que rige la vinculación de personal a la administración pública prevé que por el paso del tiempo una modalidad de vinculación se convierta en otra.

Que el pago de la nivelación salarial por aplicación de los Decretos 618 de 2006 y siguientes, no puede ser reconocida por tratarse de decretos salariales expedidos para el personal de planta permanente de la entidad y que los supernumerarios no lo son.

Respecto de la prescripción trienal manifestó que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, se tenga en cuenta la prescripción toda vez que se trataría de prestaciones periódicas que están sujetas a los derechos laborales.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado⁶, solicitó confirmar el Fallo de Primera Instancia por considerar que debe ser la entidad demandada la llamada a demostrar que las situaciones extraordinarias que dieron lugar al nombramiento de la señora Luz Ángela Cogua Cervera persisten en el tiempo, de forma tal que luego de más de ocho años no se han podido superar y que por lo mismo, se ha visto en la obligación de seguir vinculando personal en esas condiciones.

Lo anterior, por cuanto es claro que tanto el Decreto 1042 de 1978 que contempló la figura y la restante normatividad que ha regulado dicha vinculación, concretamente en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se ha ocupado de señalar y reiterar, que se trata de actividades de carácter transitorio, tanto es así, que en caso de requerirse

⁶ Folios 651 a 655 del expediente.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

la vinculación por tiempo superior al allí autorizado, contempla la necesidad de contar con una autorización especial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual se echa de menos en el presente caso.

Por otro lado, examinada en su conjunto la Ley 223 de 1995, se observa que el plan de choque contra la evasión no se encontraba centrada en la vinculación de supernumerarios, y que, entre otras medidas, le señalaba a la entidad la posibilidad de ampliar la planta de personal, en el entendido que la vinculación de los supernumerarios no se podía prolongar más allá de lo señalado en las disposiciones especiales que regulaban la administración de personal en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Finalmente, señaló que las razones que han llevado al Consejo de Estado a denegar la nivelación salarial, consistente en que los interesados no se acogieron al régimen salarial fijado en el Decreto 618 de 2006, en el presente asunto no se encuentran demostradas. En relación con los incentivos, es innegable que la actora desempeñó a cabalidad su labor y que contribuyó al logro de las metas propuestas para hacerla acreedora a los incentivos solicitados.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. El problema jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora LUZ ÁNGELA COGUA CERVERA en su condición de empleada supernumeraria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, es beneficiaria de la nivelación salarial con fundamento en el Decreto 618 de 2006 y



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

subsiguientes, pese a que por expresa disposición legal sólo es aplicable a empleos permanentes y de tiempo completo y de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización, cobranzas y nacional aunque de conformidad con lo estipulado en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, sólo se conceden a personal de planta.

6.2. Análisis del Asunto.

Teniendo en cuenta las cuestiones jurídicas objeto de discusión en esta oportunidad, la Sala abordará los siguientes aspectos: (i) Régimen Jurídico de los Supernumerarios de la DIAN, (ii) De los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional; (iii) Del caso concreto.

i. Régimen Jurídico de los Supernumerarios de la DIAN

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999⁷, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, y patrimonio propio y, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que indica que su objeto debe cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal delineados por el Ministro del ramo. Igualmente, tiene **sistemas especiales** de administración de personal, nomenclatura y clasificación de planta, y carrera administrativa.

⁷ Decreto 1071 de 1999 “Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería Jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones”.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

Ahora bien, la posibilidad con la que cuenta la Administración para vincular personal Supernumerario deviene directamente de la Constitución Política, cuando estableció en su artículo 125 que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley; categoría última dentro de la cual pueden ubicarse los supernumerarios.

Esta clase fue prevista ya por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación, y fijó las correspondientes escalas de remuneración de los empleos, entre otros⁸, de las Unidades Administrativas Especiales. Al respecto, en su artículo 83 previó que:

“(..)

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.

(...)”.

La citada disposición fue objeto de análisis de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 1998, ocasión en la que consideró que no se ajustaba a la Carta de 1991 la posibilidad de que los supernumerarios vinculados por un término inferior a 3 meses no devengaran prestaciones sociales. Aunado a lo anterior, precisó que no se analizaría el enunciado relacionado con el deber de prestar servicios de

⁸ Además de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

salud en caso de enfermedad o accidente de trabajo, al estimar que ese aparte quedó derogado como consecuencia de la entrada en vigencia del artículo 161 de la Ley 100 de 1993 y con ello la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Bajo el referido marco, aplicable en general para la Rama Ejecutiva del orden nacional, se concluye que se puede acudir a la figura del Supernumerario en dos eventos: el primero, para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, y el segundo, para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio⁹.

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, estipuló 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

⁹ En este sentido el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 11 de septiembre de 1980, Radicado 1441, C.P. Dr. Osvaldo Abello Noguera, manifestó lo siguiente: *“(..)* 2º. *Como se vio en el punto primero de estas conclusiones, los supernumerarios se vinculan para suplir dos clases de necesidades, como son llenar vacancias temporales de empleados públicos en licencia o vacaciones o desarrollar actividades de carácter netamente transitorio. (...)*”.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

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

(...)

Por su parte, el Decreto 1648 de 1991¹⁰, en relación con los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, también se refirió a la figura del Supernumerario, en su artículo 14, así:

(...)

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

¹⁰ 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".



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

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

(...)"

Ahora bien, mediante el Decreto 2117 de 1992 se fusionó en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a la *Unidad Administrativa Especial de Impuestos* y a la *Unidad Administrativa Especial de Aduanas*. En su artículo 112 dispuso que el régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de sus funcionarios sería el establecido en el Decreto Ley 1647 de 1991 y el artículo 106 de la Ley 6ª de 1992. Asimismo, se precisó que la vinculación, permanencia y retiro de los supernumerarios se regiría por los mandatos del artículo 14 del Decreto 1648 de 1991.

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, estableció en su artículo 154 la posibilidad de vincular personal Supernumerario en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, en los siguientes términos:

"(...)



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

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."(Negrilla fuera de texto).

(...)

De otro lado, 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, estableció:

"(...)

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



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

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”

De acuerdo con el precitado artículo, 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 adscribir personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso. Dicho personal ostenta el derecho a percibir prestaciones sociales por el tiempo de labores y puede ser desvinculado en cualquier momento por el nominador. Este tipo de relación, además, permite hacer prácticos los principios de eficacia y celeridad administrativa, impidiendo la paralización del servicio.

Este enunciado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, bajo el entendido de que cuando se trate de personal supernumerario, su vinculación requiere “(...) *una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales (...)*”.

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



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

Los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto 1268 de 1999 establecieron los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas, desempeño grupal y desempeño Nacional en los siguientes términos:

“(..)

*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 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 4° 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 6°. 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



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

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:

- (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 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; (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.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

iii. Del caso Concreto

Atendiendo a los parámetros normativos y supuestos fácticos antes expuestos, la Sala estudiará si le asiste el derecho reclamado a la señora Luz Ángela Cogua Cervera.

En esa dirección lo primero que debe advertirse es que el ingreso, permanencia y retiro de la accionante a la DIAN se reguló por una normativa especial, cuya sujeción al marco normativo superior ha sido avalada por la Corte Constitucional en providencias con efectos erga omnes y fuerza vinculante, dado que se han proferido en sede de control abstracto.

La existencia de las condiciones necesarias y suficientes para el ejercicio de su profesión en el marco de una relación legal y reglamentaria, pero ajena a la de la carrera, determina que el mero transcurso del tiempo no permite la mutación de la naturaleza de la relación laboral de la interesada, dado que mientras persistieron las necesidades del servicio y bajo la regulación legal hasta ese momento vigente fue imperioso para la Entidad contar con personal de apoyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

Ahora, del marco jurídico plasmado en el acápite anterior queda establecido 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 con el propósito de suplir o atender las necesidades del servicio, apoyar la lucha contra la evasión y el



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

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

Del material probatorio se tiene que i) la señora Luz Ángela Cogua Cervera fue nombrada como supernumeraria a partir del 2 de febrero de 2004, como Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 19 en el Despacho de la Administración de Aduanas Nacionales de Bucaramanga¹¹, y que aún para el 2009 se encontraba bajo esa modalidad de vinculación como Gestor I Nivel 301, Grado 01; ii) su vinculación se hizo desde el inicio al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y en el artículo 154 de la Ley 223 de 1995¹², para **atender necesidades del servicio en las diferentes dependencias y apoyo para el plan de lucha contra la evasión y el contrabando**; iii) su asignación mensual ha sido de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad y ha percibido las prestaciones sociales existentes para los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional, con lo cual se cumple lo dispuesto en el artículo 22 *ibídem*, además que le han liquidado cada año sus cesantías¹³, así como el disfrute de vacaciones o su pago en dinero cuando no las ha tomado, y todos los beneficios del régimen de seguridad en salud y pensiones; y, iv) 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.

¹¹ Información tomada de los folios 20 a 32 .

¹² Información tomada de las diversas Resoluciones por las cuales el Director General del ente demandado prorrogaba la vinculación de los supernumerarios (cuaderno 1)

¹³ En el Cuaderno 1 del expediente obran los diferentes reportes de cesantías efectuados por la Subsecretaria General del ente demandado y las Resoluciones por las cuales se le autorizó al actor el disfrute de vacaciones.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

Para esta Sala no existe duda que el hecho de estar vinculada como supernumerario, no para ejercer actividades transitorias, sino por necesidades del servicio y para el apoyo de la lucha contra la evasión y el contrabando, implica que es ajustado a derecho que su vinculación pueda extenderse en tanto exista la necesidad y el motivo, sin que ello -en sí mismo- desdibuje la temporalidad que caracteriza esta modalidad de vinculación, de ahí que el simple paso del tiempo no tenga la virtud de mutar su forma de vinculación, como lo busca en su demanda la actora, ni mucho menos estimar que su condición debe ser la de un funcionaria de planta.

Por lo expuesto no es de recibo, en el escenario construido por las partes en conflicto, acudir a principios tales como la “*prevalencia de la realidad sobre las formas*” y “*a trabajo igual, salario igual*”, pues aunque esta Subsección no ha dudado de su aplicación inmediata en asuntos en los 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 a esa figura se ha acudido cumpliendo con los parámetros normativos.

En similares términos a los expuestos anteriormente, el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, en providencia de 15 de agosto de 2013¹⁴, se estimó lo siguiente:

“(…)

¹⁴ Radicado interno No. 1693-2012, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

En este orden de ideas, no resulta procedente 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 U.A.E. 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 resultaba suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del actor al servicio de la DIAN.

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, pues de ello da cuenta la certificación allegada a folio 141. De otra parte, no advierte la Sala que dichas actividades sean incompatibles con lo establecido en la normatividad 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 idéntico sentido, en la Sentencia de esta Corporación - Sección Segunda - Subsección A, de 12 de mayo de 2014¹⁵, se precisó lo siguiente:

“(...)Para esta Sala no existe duda que el hecho de estar vinculado como supernumerario, no para ejercer actividades transitorias, sino por necesidades del servicio y para el

¹⁵ Radicado interno No. 1940-2013, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

apoyo de la lucha contra la evasión y el contrabando, implica que es ajustado a derecho que su vinculación pueda extenderse en tanto exista la necesidad y el motivo, sin que ello -en sí mismo- desdibuje la temporalidad que caracteriza esta modalidad de vinculación, de ahí que el simple paso del tiempo no tenga la virtud de mutar su forma de vinculación, como lo busca en su demanda el actor, ni mucho menos -amparado en el artículo 53 Superior como lo hace el a quo-, estimar que su condición debe ser la de un funcionario de planta. (...)".

Así, bajo el régimen propio de los supernumerarios, no se demostró que la DIAN haya lesionado los derechos salariales y prestacionales a los que tiene derecho la demandante, dado que su asignación salarial fue determinada por las estipulaciones expedidas por la autoridad competente, y existe prueba del reconocimiento, entre otros conceptos, de cesantías anuales y vacaciones.

En los años 2006 a 2008, mientras su asignación se equiparó a la de un Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 19 se observa que no se le aplicó la escala de remuneración prevista por el Decreto 618 de 2006 y siguientes, sin embargo, no hay lugar a acceder a las pretensiones por este aspecto dado que: en ese mismo cuerpo normativo se estableció que su campo de aplicación estaba restringido a los empleos de carácter permanente y tiempo completo, situación que no se configuraba en el caso de la demandante; y de otro lado, no se definió en este proceso que materialmente la relación de la señora Luz Ángela Cogua Cervera se hubiese desnaturalizado, por lo que las distinciones previstas por las autoridades competentes, en este caso el Ejecutivo, no tienen la virtualidad de afectar el derecho a la igualdad, pues los supuestos en comparación no son equiparables.

Sobre este tópico advierte la Sala que en otras oportunidades, de manera



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
 Número Interno: 3154-2014
 Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

aislada, se concedió la nivelación reclamada en providencias que se profirieron por la Subsección B - Sección Segunda de esta Corporación. Concretamente en decisión de 31 de mayo de 2012, con ponencia del Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila¹⁶, se consideró lo siguiente:

“(...)Ahora bien, de conformidad con el artículo 6° del aludido Decreto, el mismo comenzó a regir a partir de su publicación, esto es, el 28 de febrero de 2006, por lo cual se concluye que como la vinculación de la demandante era objeto de múltiples prórrogas y nuevas vinculaciones, se le debió aplicar la normatividad vigente para ese momento. Además, en el expediente no oba prueba que demuestre que a la interesada se le diera la oportunidad de acogerse a la nueva normativa, por el contrario la entidad en el trámite procesal ha afirmado que la accionante debía seguirse rigiendo por las normas anteriores a la expedición del Decreto 618 de 2006, pues éste último sólo era aplicable a los funcionarios de planta; sin embargo, esta afirmación resulta desacertada, pues en realidad tanto la anterior como la nueva normatividad regulan las asignaciones de los cargos de planta, cosa distinta es que para efectos de determinar la asignación básica del personal vinculado como supernumerario se deba acudir a la escala vigente para el homólogo de planta.(...)”¹⁷.

En esta oportunidad, empero, tal como se ha considerado en otras ocasiones¹⁸, debe insistirse en el hecho de que fue la autoridad competente para la fijación de la remuneración anual quien estableció que ese régimen

¹⁶ Radicado Interno No. 2609-2011, accionante: Ángela Milena Villalobos Caita.

¹⁷ En similar sentido ver la providencia de 21 de noviembre de 2013, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 1401-2013.

¹⁸ Ver providencias del Consejo de Estado: (i) Sección Segunda - Subsección A, de 12 de mayo de 2014, radicado interno No. 1940-2013, actor: Wilfrido Martínez Terán, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (ii) Sección Segunda – Subsección B, de 15 de agosto de 2013, radicado interno No. 1693-2012, actor: Jesús Alberto Herrera Prieto, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; (iii) Sección Segunda – Subsección A, de 17 de abril de 2013, radicado interno No. 2155-2012, actora: María Lida Bustos Basabe, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; y, (iv) Sección Segunda- Subsección B, de 7 de febrero de 2013, radicado interno No. 1692-2012, actor: Mauricio Alexander Parada Contreras, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

solo era aplicable a los empleados de planta, por lo que mientras estuvo vigente una norma en tal sentido no es dable a la Sala sustituir la voluntad del Ejecutivo, en un caso en el que, se insiste, las situaciones en comparación no son similares y por tanto no se encuentra la lesión de derecho laboral alguno.

Respecto del reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización, cobranzas y nacional se concluye que como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución, por tanto no es procedente otorgarlos al personal supernumerario como es el caso de la demandante.

Por lo expuesto, se revocará la Providencia de 13 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió al reconocimiento de la nivelación salarial y de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización, cobranzas y nacional a la DIAN. En su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la Sentencia de 13 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió al reconocimiento de la nivelación salarial, del incentivo por desempeño grupal, de fiscalización, de cobranzas



Actor: Luz Ángela Cogua Cervera
Número Interno: 3154-2014
Decreto 01 de 1984
Autoridades Nacionales

y por desempeño nacional y de la consecuente reliquidación solicitada por la señora Luz Ángela Cogua Cervera, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar, se dispone:

NEGAR las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E) JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

SLIV/JCJG