

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARTHA JEANNETH LEÓN PUERTO
DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES (en adelante **DIAN**)
RADICACIÓN: 150013333002201400025-01

=====

La Sala decide en **SEGUNDA INSTANCIA** lo que en derecho corresponda en relación con el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia de 4 marzo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda. Al respecto, se ratificará la decisión de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

I.1.- LA DEMANDA. (fls. 503-542)

1.1. Martha Jeanneth León Puerto, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del CPACA, incoó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la DIAN, a fin de que se declare la nulidad del Oficio No. 100000202-00559 del 17 de abril de 2013, emitido por el Director General que negó la solicitud de nivelación salarial elevada por la demandante. Así mismo, pidió anular la Resolución No. 005971 del

18 de julio de 2013, que resolvió el recurso de reposición contra la anterior decisión.

Como restablecimiento del derecho, solicitó que se declare la existencia del contrato realidad con la entidad demandada y se le tenga como funcionaria de planta, de conformidad con los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 714 de 2009; además que se le reconozca y pague la diferencia prestacional fijada para el cargo que ha venido ocupando como supernumeraria y la verdadera asignación salarial, y sus prestaciones sociales; así como las designadas a los funcionarios de planta (incentivos por desempeño grupal, fiscalización, nacional de conformidad con el Decreto 1268 de 1999), sumas que deberán ser indexadas, y que no se tenga en cuenta la prescripción trienal.

1.2. Como fundamentos fácticos, relató la demandante los siguientes HECHOS:

Señaló que prestó sus servicios a la DIAN desde el 7 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2011, como supernumeraria, en varios cargos sin solución de continuidad. Indicó que el último empleo que ocupó fue el de Gestor 1 Código 301 Grado 01 asignado a la División de Gestión de Fiscalización. Y agregó que desde el 3 de enero de 2012 está vinculada como empleada temporal.

Precisó que, según el sistema de nomenclatura y remuneración de los empleos de planta, se fijó una equivalencia entre el cargo de Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 con el de Gestor I Código 301 Grado 01 con el ejercicio de las funciones certificadas por la DIAN. Anotó que durante el tiempo que fungió como supernumeraria fue evaluada en su rendimiento con el mismo instrumento que se calificaban a los demás empleados de la planta, bajo la supervisión de un jefe inmediato. Por ende, tuvo el mismo trato regular determinado en la planta de personal.

Subrayó que en la DIAN se aplican dos escalas salariales, a saber: la primera contenida en los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007 y 650 de 2008 sobre el incentivo grupal, y la segunda, consagrada en los Decretos 378 de 2006, 606 de 2007 y 649 de 2008 con una asignación menor con la posibilidad de devengar el incentivo grupal en cuantía del 50%. Al no encontrarse vinculada en la planta de personal de la entidad, no tuvo opción de elegir alguna de las escalas, de modo que su salario fue diferente a su par de la DIAN hasta la entrada en vigor del Decreto 714 de 2009, a partir de la unificación de los salarios UAE-DIAN.

Arguyó que, pese a no tratarse de una funcionaria de planta, se le exigía el cumplimiento de metas, que son tenidas en cuenta por la entidad accionada para pagar a los empleados el incentivo grupal, en el área de fiscalización y cobranza. Sin embargo, dijo que por desempeñarse como supernumeraria no le fue cancelado tales incentivos.

Adujo que presentó petición ante la DIAN para que en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades se le nivelara su salario y reliquidara los factores salariales no percibidos, junto con los incentivos que son reconocidos a los funcionarios de la planta debidamente indexados. No obstante, resaltó que con los actos administrativos demandados fue negada su petición.

I.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 623-635)

El Juzgado Segundo Administrativo de Tunja mediante sentencia de 4 de marzo de 2016, resolvió:

PRIMERO.-Niéguense las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO.- Se condena en costas a la demandante. Por Secretaría liquídense una vez en firme esta sentencia, para lo cual se fija como agencias en derecho a favor de la entidad demandada.

(...)”.

El a quo llegó a la anterior decisión, bajo las siguientes consideraciones:

Explicó que conforme las funciones desempeñadas por la demandante al interior de la DIAN, según lo certificado por la Subdirectora de Gestión de Personal no reposan fichas acerca de los manuales y funciones asignados para los cargos de supernumerarios Profesional en Ingresos Públicos Nivel 30 Grado 18. Además, agregó que en cuanto a los cargos de Profesional en Ingresos Públicos Nivel 3 Grado 18 y Gestor I Código 301 Grado 01 no tienen manuales de funciones en la planta de personal de la entidad, máxime si los supernumerarios ejercen las funciones de los empleados de la planta y la referencia que se realiza a los empleos de carrera solo es para efectos salariales.

Advirtió que, conforme las pruebas arrimadas al proceso, se constató que la demandante estuvo vinculada al servicio de la DIAN conforme

los parámetros del artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, ya que tuvo como finalidad desarrollar funciones transitorias contempladas en el Plan Anual de Antievasión y Contrabando.

Agregó que los actos administrativos de designación de la demandante dentro de la entidad accionada contienen las funciones que debía cumplir junto con el lapso de tiempo para su desarrollo. Por lo tanto, enfatizó que a pesar de que no se arrió prueba que demostrara que la accionante hubiese cumplido las mismas funciones que su par de planta, sin embargo, de haberlo acreditado no podía catalogarse su cargo como de carrera administrativa, ya que aun cuando las funciones sean similares no hacen parte de la planta de personal de la DIAN. Lo anterior, incluso cuando presentó apoyo en temas relacionados con la evasión y el contrabando, bien sea en fiscalización, gestión y atención al cliente.

Finalmente, concluyó que los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado deben ser acatados, en el sentido de señalar que para los supernumerarios de la DIAN es improcedente la figura de la primacía de la realidad, habida cuenta que su vinculación en estos casos es de tipo legal y reglamentaria que se ajusta a los parámetros del Decreto 1042 de 1978. Así mismo, recalcó que esa clase de vinculación se encuentra autorizada por la Ley 223 de 1995, artículo 154 del Plan de Antievasión.

I.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN. (Fl. 641-648).

La parte accionante, inconforme con la anterior decisión, la apeló bajo los siguientes argumentos:

Indicó que no es aceptable que exista un trato diferenciado entre un funcionario supernumerario y un empleado de la Planta de Personal de la DIAN, solo por la forma de vinculación o ingreso de uno y otro a la entidad, y por el contrario, se desconozca el desarrollo de funciones y cargas laborales impuestas, como la gestión y ejercicio de funciones que hacen parte del rol ordinario de la entidad.

Explicó que el plan de lucha para la evasión y el contrabando, en el que se justifica la entidad demandada para contratar, y el que lleva más de 12 años, permite demostrar que no es de carácter temporal ni transitorio, por el contrario, tiene una vocación de permanencia en la entidad y, por lo tanto, debía crear los cargos necesarios en la planta global respetando los derechos laborales del empleado, y no desconocer los postulados de la sentencia C-401 de 1998 de la Corte Constitucional, que declaró la constitucionalidad condicionada del

artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, donde se dijo "*que la vinculación a través de la figura del supernumerario debe ser SOLO POR EL TIEMPO ESTRICTAMENTE NECESARIO*".

Añadió que las escalas salariales de la entidad demandada no estaban definidas por el tipo de vinculación, -de planta o supernumerario-, por lo que no implicaba las funciones que desempeñara unos u otros, sin considerar que se trataba de dos escalas salariales existentes entre el 2006 y el 2008; la compensación del incentivo había disminuido del 50% al 26%, reconocido solamente para los funcionarios de planta, quienes podían escoger el régimen al cual pertenecer; entre tanto, los supernumerarios debían acogerse a la escala salarial más baja, pese a tener la misma nomenclatura y clasificación del empleo de planta.

No obstante, resaltó que aquella restricción impone al supernumerario la renuncia a la categoría de beneficios mínimos que a la luz de la Constitución Política transgrede los derechos al trabajo, a la remuneración vital y móvil y a la igualdad salarial. Además, precisó que se desconoce el principio de *a igual trabajo igual salario* conforme a la regulación previstas por varias normas de derecho internacional. Por lo tanto, anotó que su asignación salarial debía corresponder a la misma que su par de planta, la cual resultaba más beneficiosa.

Aseguró que el A quo incurrió en la omisión de exigencia de la carga probatoria en los casos en que se alega el desconocimiento del principio "a trabajo igual salario igual", ya que la carga probatoria se traslada al empleador y no al trabajador. En ese sentido, acusó que el deber procesal de probar las necesidades del servicio para requerir personal supernumerario y, la justificación del Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando, era de la entidad empleadora. Lo anterior, a fin de colegir la razón por la cual anualmente se necesitaban prorrogar los nombramientos de los supernumerarios, pruebas que en el presente proceso brillan por su ausencia.

Adicional a ello, afirmó que no hay evidencia sobre la reglamentación interna de la entidad accionada que establezca la delimitación de los cargos que requería para llevar a cabo la prestación de los servicios orientados a ejecutar el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando, ni el tiempo y las funciones expresas y excepcionales que no podían ser cumplidas por los funcionarios de planta y debían ser ejercidas por una planta adicional. Agregó que las funciones que le fueron encomendadas tienen correspondencia con los manuales de funciones de los cargos de la planta de la entidad.

Por último, cuestionó que el A-quo la hubiese condenada en costas, como quiera que no se probó que se causaran, ni fueron solicitadas por la parte demandada y tampoco hubo temeridad ni mala fe o deslealtad en la actuación procesal.

I.4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Concedida la oportunidad para alegar de conclusión, los sujetos procesales se pronunciaron, así:

4.1. Parte demandante (Fis. 662-671): En estricto sentido reiteró los argumentos esgrimidos en la demanda y en el escrito contentivo del recurso de apelación propuesto contra la sentencia de primera instancia.

4.2. Parte demandada (Fis. 672-673): Manifestó que, conforme los elementos probatorios obrantes en el expediente, la vinculación de la señora León Puerto está amparada por la Constitución Política artículo 125, es decir, se trataba de una funcionaria supernumeraria de la DIAN a quien no le asistía el derecho a la nivelación salarial ni al incentivo por desempeño grupal propia de los empleados de planta.

En ese orden, refirió que el personal supernumerario se vincula a cargos con previa nomenclatura y rubro salarial reglado de los mismos cargos del personal de planta, pero cada una de las escalas salariales tanto para el personal de planta como para el personal supernumerario tiene reglamentación diferente dado el status jurídico que ampara cada grupo. Además, recordó que la finalidad de vinculación de los supernumerarios es para suplir necesidades del servicio, y/o atender campañas de control a la evasión o a la corrupción. Cuya estabilidad es meramente ocasional, transitoria o temporal mientras las necesidades persistan.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, *i.* lo que se debate en segunda instancia y formulación del problema jurídico, *ii.* la relación de los hechos probados, y, finalmente *iii.* el estudio y solución del caso concreto.

II.1. LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.

1.1. Tesis de la parte apelante (demandante).

En desacuerdo con la decisión de primera instancia, sostuvo que el a quo no tuvo en cuenta que se desvirtuó la transitoriedad del nombramiento, máxime si el plan de lucha para la evasión y el contrabando lleva más de 12 años, lo que demuestra que no es de carácter temporal ni transitorio, por lo que la esencia de su vinculación como supernumerario desapareció. Por lo anterior, consideró que, en virtud de los principios de igualdad y primacía de la realidad sobre las formalidades, la demandante tiene derecho a recibir los salarios, prestaciones, incentivos y todos los beneficios de los funcionarios de planta de la entidad accionada de conformidad con el Decreto 618 de 2008. Además, esgrimió que en garantía del principio de "*a igual trabajo igual salario*", desarrollado en normas de derecho internacional, se le debe reconocer y pagar sus salarios y demás acreencias acordes con las funciones ejercidas según la escala de sus pares de planta de la entidad, pues no se le puede dar un trato diferenciador solo por la forma de vinculación.

1.2. Tesis del A quo.

Negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la vinculación del personal supernumerario de la DIAN tiene un régimen especial, previsto en los Decretos 1647 y 1648 de 1991, cuyo carácter es transitorio; así como en la Ley 223 de 1995 artículo 154, que estableció la posibilidad de vincular personal supernumerario en el plan de choque contra la evasión fiscal; además el Decreto 1268 de 1999, que prevé el reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, solo para quienes ostenten nombramientos como servidor de la contribución en cargos de la planta de personal de la entidad. Indicó que tampoco reposa prueba en el expediente que acredite que la demandante cumplió las mismas funciones de los empleados de planta de la DIAN, y de haberlas ejercido, no se le podía considerar como funcionaria de carrera.

1.3. Planteamiento del problema jurídico y tesis general de la Sala.

Según las posturas antes aludidas, la Sala de Decisión propone los siguientes interrogantes:

- 1. ¿El personal supernumerario de la DIAN es regulado o no por un régimen especial?*
- 2. ¿Le asiste a la accionante el derecho o no a la nivelación salarial en relación con su par u homólogo de la planta?*
- 3. ¿Tiene derecho la demandante a que la entidad accionada le reconozca y pague las diferencias salariales e incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y desempeño nacional que goza el personal de planta permanente de dicha entidad?*
- 4. ¿En el presente asunto es posible establecer la existencia de un eventual contrato realidad?*

La Sala resuelve de manera general los cuestionamientos planteados, para indicar que en efecto los servidores supernumerarios de la DIAN ostentan un régimen no solo especial sino diferente al de los empleados de planta. Tampoco es posible ordenar su nivelación salarial acorde con los empleados de planta, puesto que la vinculación de la demandante con la Administración fue en calidad de supernumeraria e implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas, entre otras, con el apoyo al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, conforme se indicó en cada uno de los actos administrativos de su nombramiento. Con lo cual quedó desvirtuada la posibilidad del reconocimiento y pago de los incentivos reclamados, habida cuenta que estos son únicamente reconocidos en relación con el personal de la contribución que ocupe cargos de la planta de personal de la DIAN. Y se descarta que exista un contrato realidad entre la demandante y la DIAN, como quiera que la continuidad de su nombramiento en condición de supernumeraria no es suficiente para concluir que opera una relación laboral. Sumado a esto, la prórroga de dichos nombramientos se debe a necesidades del servicio. Además, la figura del supernumerario está regulado por el artículo 154 de la Ley 223 de 1995.

II.2. LOS HECHOS PROBADOS.

En el expediente se encuentran probadas las afirmaciones sobre los siguientes hechos:

_La demandante fue vinculada por la DIAN mediante la modalidad de supernumeraria en los siguientes tiempos:

Cargo	Fechas	Resoluciones
Profesional I.P.I Nivel 30, Grado 18 (Fl. 10-12 Anexo 1)	03 de febrero de 1997 y por el término de 6 meses. Posesionada el 7 de febrero de 1997.	0314 31 de enero de 1997.
Profesional I.P.I Nivel 30, Grado 18 (Fl. 21-23 Anexo 1)	11 de agosto de 1997 y por el término de 2 meses.	0132 de 8 de agosto de 1997, prorrogado con Resolución No. 1310 de 2 de octubre de 1997 (Fls. 27-28 Anexo 1).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 33-35 Anexo 1)	02 de febrero de 1998 y por el término de 6 meses.	0510 de 2 de febrero de 1998, prorrogado con la Resolución No. 5266 de 31 de julio de 1998 por 1 mes (Fl. 41-42 Anexo 1). Prorrogado con Resolución No. 6975 de 31 de agosto de 1998 hasta el 31 de diciembre de 1998 (Fl. 47-49)
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 54-56 Anexo 1).	20 de enero de 1999 y por el término de 6 meses.	0260 de 19 de enero de 1999, prorrogado con la Resolución No. 5635 de 13 de julio de 1999 (Fl. 63-65 Anexo 1).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 74-76 Anexo 1).	1° de febrero y hasta el 31 de agosto de 2000.	0578 de 1° de febrero de 2000, prorrogado con Resolución No. 6966 del 31 de agosto de 2000 y hasta el 9 de noviembre de 2000 (Fl. 80-82). Prorrogado mediante Resolución No. 8806 de 30 de octubre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2000 (Fl. 88-91 Anexo 1).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 94-96 Anexo 1).	17 de enero de y hasta el 30 de junio de 2001 según la aclaración introducida con Resolución 1276 de 15 de febrero de 2001 (Fl. 99 Anexo 1).	0291 de 16 de enero de 2001. Se prorrogó con Resolución No. 5218 de 11 de junio de 2001 hasta el 31 de octubre de 2001 (Fl. 105-106). Se prorrogó con Resolución No. 9521 de 31 de octubre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2001 (Fl. 112-114 Anexo 1).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 116-118 Anexo 1).	8 de enero hasta el 30 de junio de 2002.	0056 de 8 de enero de 2002, prorrogados con Resolución No. 6094 de 28 de junio de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2002 (Fl. 126-128 Anexo 1), Resolución No. 9606 de 1 de octubre de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2002 (Fl. 131-133 Anexo 1) y Resolución No. 11488 de 26 de noviembre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2002 (Fl. 136-138 Anexo 1).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 143-146 Anexo 1).	21 de enero de 2003 al 30 de junio de 2003	00293 del 21 de enero de 2003, prorrogados con Resolución No. 05287 de 27 de junio de 2003 Hasta el 30 de noviembre de 2003 (Fl. 151- 153 Anexo 1) y Resolución No. 09692 de 24 de noviembre de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2003 (Fl. 158-160 Anexo 1).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 163-166 Anexo 1).	16 de enero y hasta el 31 de agosto de 2004	00144 de 15 de enero de 2004, prorrogado con Resolución No. 07679 de 31 de agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2004 (Fl. 178-180 Anexo 1).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 191-193 Anexo 2).	3 de enero y hasta el 30 de junio de 2005.	00001 de 3 de enero de 2005, prorrogados con Resolución No. 05535 de 30 de junio de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2005 (Fl. 203-206 Anexo 2) y Resolución No. 08917 de 20 de septiembre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2005 (Fl. 208-210

		Anexo 2).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 212-215 Anexo 2).	25 de noviembre de 2005 y hasta el 31 de julio de 2006.	11346 de 25 de noviembre de 2005, prorrogado con Resolución No. 08351 de 31 de junio de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006 (Fl. 224-227 Anexo 2)
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 239-241 Anexo 2).	2 de enero de 2007 y hasta el 30 de junio de 2007.	00001 de 2 de enero de 2007, prorrogado con Resolución No. 07508 del 26 de junio de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007 (Fl. 249-251 Anexo 2).
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 254-256 Anexo 2).	2 de enero de 2008 y hasta el 29 de febrero de 2008.	00001 de 2 de enero de 2008, prorrogados con Resolución No. 02058 de 19 de febrero de 2008 y hasta el 30 de abril de la misma anualidad (Fl. 263-265 Anexo 2), Resolución No. 03866 de 30 de abril de 2008 y hasta el 30 de junio de 2008 (Fl. 269-271 Anexo 2), Resolución No. 05727 de 1° de julio de 2008 y hasta el 31 de julio de 2008 (Fl. 272-274 Anexo 2), Resolución No. 06988 de 1 de agosto de 2008 y hasta el 31 de octubre de 2008 (Fl. 275-277 Anexo 2) y Resolución No. 10576 de 31 de octubre de 2008 y hasta el 13 de noviembre de 2008 (Fl. 279-281 Anexo 2)
Técnico en Ingresos Públicos IV 2818 (Fl. 282-285 Anexo 2).	14 de noviembre de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2008.	00207 de 14 de noviembre de 2008.
Analista IV Código 204 Grado 04 División de Gestión de Asistencia al Cliente (Fl. 303-305 Anexo 2).	2 de enero de 2009 y hasta el 30 de junio de 2009.	0001 de 2 de enero de 2009.
Gestor I Código 301, Grado 01 División de Gestión de Asistencia al Cliente (Fl. 321-323 Anexo 2)	1° de julio de 2009 y hasta el 30 de noviembre de 2009.	006850 de 1° de julio de 2009, prorrogado con Resolución No. 012909 de 27 de noviembre de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2009 (Fl. 335-337 Anexo 2).
Gestor I Código 301, Grado 01 División de Gestión de Asistencia al Cliente (Fl. 341-343 Anexo 2)	4 de enero de 2010 y hasta el 30 de junio de 2010.	00002 de 4 de enero de 2010, ubicada a partir del 4 de marzo de 2010 mediante Resolución No. 0069 en la División de Gestión de Fiscalización Tributaria de la DIAN (Fol. 353 Anexo 2). Prorrogados con Resolución No. 006295 de 29 de junio de 2010 y hasta el 31 de julio de 2010 (Fl. 357-359 Anexo 2), Resolución No. 007383 de 30 de julio de 2010 y hasta el 31 de agosto de 2010 (Fl. 362-364 Anexo 2), Resolución No. 08705 de 31 de agosto de 2010 y hasta el 30 de septiembre de 2010 (Fl. 367-368 Anexo 2), Resolución No. 0010098 de 30 de septiembre de 2010 y hasta el 5 de octubre de 2010 asignada al Grupo Interno de Trabajo de Auditoría Tributaria I (Fl. 372-374 Anexo 2) Y Resolución No. 0010293 de 5 de octubre de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2010 (Fls. 375-377 Anexo 2).
Gestor I Código 301, Grado 01 Grupo Interno de Trabajo de Auditoría Tributaria I (Fl. 384-	3 de enero de 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2011.	00002 de 3 de enero de 2011.

386 Anexo 3)		
Gestor I Código 301, Grado 01 Grupo Interno de Trabajo de Auditoria Tributaria I (Fl. 417-420 Anexo 3) Nombramiento en empleos temporales	3 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2014.	00002 de 3 de enero de 2012 y RP No. 10432.

_Por medio de apoderado judicial, la demandante elevó petición mediante escrito No. 10314 de 20 de marzo de 2013 ante la DIAN, a través del cual solicitó se declare la existencia del contrato realidad, en consecuencia, se le nivelara salarialmente desde el momento de su ingreso a la entidad y hasta la terminación del vínculo laboral junto con el pago de los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización, desempeño nacional y demás prestaciones de conformidad con lo previsto en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 (Se extrae del fol 15 C1).

_Con Oficio 100000202-00559 de 17 de abril de 2013, suscrito por el Director General de la entidad demandada, se dio respuesta negativa al pedimento de la demandante por considerar, entre otros, que lo reclamado obedecía solamente para los empleados públicos que ocupaban la planta personal de la DIAN, y que los empleos de supernumerarios se regían por lo dispuesto en el Decreto 1072 de 1999, según el artículo 3º del Decreto Ley 765 de 2005, y por el artículo 154 de la Ley 223 de 1995 (fls. 25-33 C1). Decisión que fue confirmada por la Resolución No. 005971 de 18 de julio de 2013 (fls. 15-24 C1).

_Según la certificación de fecha 3 de agosto de 2015, expedida por la Subdirectora de Gestión de Personal de la DIAN (fls. 610-614 C2), da cuenta de lo siguiente:

Vinculación como supernumeraria:

Cargo	Área	Tiempo
Supernumerario Profesional I.P.I Nivel 30, Grado 18	División de Cobranzas de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales Tunja.	7 de febrero de 1997 al 3 febrero de 1998.
_ Profesional I.P.I Nivel 30, Grado 18. _ Técnico en Ingresos Públicos IV 2818	División Control y Penalización Tributaria de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Tunja.	4 de febrero de 1998 al 22 de enero de 2007.

_ Técnico en Ingresos Públicos IV 2818	Grupo Interno de Trabajo Gestión Control Extensivo y Asistencia al Cliente de la División de Cobranzas de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Tunja.	23 de enero de 2007 al 13 de noviembre de 2008.
_ Técnico en Ingresos Públicos IV 2818. _ Analista IV Código 204 Grado 04. _ Gestor I Código 301, Grado 01.	División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja.	14 de noviembre de 2008 al 2 de marzo de 2010.
_ Gestor I Código 301, Grado 01.	Grupo Interno de Trabajo de Auditoria Tributaria I de la División de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja.	3 de marzo de 2010 al 31 de diciembre de 2011

Vinculación como empleada temporal

Cargo	Área	Tiempo
_ Gestor I Código 301, Grado 01.	Grupo Interno de Trabajo de Auditoria Tributaria I de la División de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja.	3 de enero de 2012 en adelante.

Así mismo, certificó las siguientes actividades y responsabilidades asignadas a la demandante conforme los periodos de vinculación, a saber:

-Del 10 de agosto de 1999 al 13 de noviembre de 2008

1. Recuperar cartera.
2. Controlar la recuperación de cartera: 95% recaudo correspondientes a impuesto + sanción.
3. Depurar expedientes de acuerdo a la Ley 716/01
4. Controlar los títulos de depósito judicial."

-Del 14 de noviembre de 2008 al 2 de marzo de 2010

1. Adelantar los procedimientos relacionados con las solicitudes especiales del Registro Único Tributario para garantizar la calidad y confiabilidad de la información a partir de la correcta y oportuna identificación, ubicación y clasificación de los clientes.
2. Adelantar las verificaciones de campo con base en los programas de fiscalización emitidos por la Subdirección de Gestión de Asistencia al Cliente conforme a los procedimientos establecidos.

3. Proyectar y notificar los actos administrativos de su competencia conforme a la normatividad vigente para formalizar el trámite correspondiente.
4. Realizar acciones que garanticen el control interno, la calidad y gestión de cada uno de los productos asociados con el procedimiento.”

Además, desempeñaba las siguientes actividades y responsabilidades:

- “1. Atender la emisión o renovación del mecanismo digital, previo análisis y verificación del cumplimiento de los requisitos legales.
2. Asistir de manera clara y oportuna a los clientes en el adecuado uso de los servicios informáticos electrónicos de competencia del área, para facilitarse el cumplimiento de las obligaciones formales.
3. Ejecutar y atender las instrucciones y estrategias que se definan en desarrollo de las campañas de incorporación de nuevos clientes obligados a presentar declaraciones y/o información haciendo uso de los servicios informáticos electrónicos”.

Entre otras actividades y responsabilidades certificadas, las siguientes:

- “1. Atender la presentación de información por envío de archivos a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, previo análisis y verificación del cumplimiento de los requisitos legales.
2. Asistir de manera clara y oportuna a los clientes en el adecuado uso de los servicios informáticos electrónicos de competencia del área, para facilitarles el cumplimiento de las obligaciones formales.
3. Ejecutar y atender las instrucciones y estrategias que se definan en desarrollo de las campañas de presentación de información por envío de archivos a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

Algunas otras:

- “1. Recepcionar, controlar y tramitar los procedimientos de inscripción, actualización, cancelación y demás solicitudes especiales del Registro Único Tributario a través de los canales de atención definidos para asistir al cliente.
2. Suministrar información, clasificar, direccionar, verificar requisitos y asistir a los clientes asignando correcta y oportunamente los turnos para la efectiva atención y formalización de los trámites y servicios solicitados.
3. Asistir de manera clara y oportuna a los clientes en el adecuado uso de los servicios de informática electrónicos de competencia del área, para facilitarles el cumplimiento de las obligaciones formales”.

Y las siguientes actividades y responsabilidades:

1. Coordinar y controlar el proceso de atención y asistencia al cliente en los puntos establecidos en cada Dirección Seccional para facilitar y promover el cumplimiento voluntario de las obligaciones.
2. Brindar asistencia oportuna sobre los trámites administrativos por la Entidad y actividades para garantizar un servicio amable, confiable, personalizado, seguro, moderno y efectivo al cliente.
3. Ejecutar y atender las instrucciones y estrategias que se definan en desarrollo de las campañas para mejorar el servicio, facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales y fortalecer la cultura de la contribución.
4. Aplicar los instrumentos de medición de calidad del servicio que se definan de acuerdo a los procesos establecidos para generar propuestas de mejoramiento del servicio.
5. Realizar acciones que garanticen el control interno, la calidad y gestión de cada uno de los productos asociados al procedimiento.
6. Desempeñar las demás actividades que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del empleo."

- Desde el 3 de marzo de 2010 al 31 de diciembre de 2011, tuvo las siguientes actividades y responsabilidades:

- "1. Analizar la información sustanciada en el expediente con el fin de continuar con la labor de auditoria, relacionada con las investigaciones y proponer sanciones dentro de programas de Gestión y Control.
2. Elaborar el plan de auditoria, para su aprobación, donde se establezcan los aspectos a verificar o investigar en un determinado expediente teniendo en cuenta la naturaleza del programa de Gestión y control.
3. Proyectar las actuaciones administrativas pertinentes para el desarrollo de la investigación teniendo en cuenta el plan de auditoria, la normatividad vigente y aplicable al caso, conservando el debido proceso.
4. Adelantar las investigaciones asignadas, conforme a los programas de Fiscalización Tributaria de Gestión y Control para establecer la correcta determinación del tributo y si fuera del caso constatar hechos sancionables susceptibles para proponer sanción.
5. Practicar las pruebas pertinentes que soportan la decisión para proferir la respectiva actuación administrativa.
6. Analizar los documentos y pruebas que reposan en el expediente con el fin de tomar una decisión frente a la investigación.
7. Elaborar el informe final de investigación para dejar la evidencia de la decisión adoptada.
8. Entrega el expediente final de ser remitido a la instancia pertinente teniendo en cuenta el acto administrativo proyectado.
9. Tramitar las peticiones solicitadas por los interesados y entes de control con el fin de dar respuesta de manera oportuna.
10. Participar en los programas masivos que formule la Subdirección de Gestión de Fiscalización Tributaria para el control de la evasión.
11. Rendir informes sobre los expedientes y cargas de trabajo para conocer de la gestión obtenido en su trámite.

12. Promover en los contribuyentes el cumplimiento voluntario de las obligaciones en relación con las investigaciones a su cargo para evitar sanciones más gravosas a los contribuyentes.
13. Desempeñar las demás actividades que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo a la naturaleza del empleo.”

- Y finalmente, desde el 3 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014, las actividades y responsabilidad certificadas fueron:

- “1. Apoyar la ejecución de las investigaciones y/o pruebas piloto a los seleccionados de prueba, obtenidos en el diseño de los programas de fiscalización, conforme a las normas vigentes y a las políticas institucionales para el control del cumplimiento de las obligaciones o regímenes.
2. Colaborar con la elaboración del plan y/o lineamiento de auditoria para establecer los aspectos a verificar en una determinada investigación, teniendo en cuenta la naturaleza del programa o investigación a realizar.
3. Apoyar la práctica de pruebas pertinentes y conducentes y proyectar la respectiva actuación administrativa.
4. Participar en la elaboración del informe final de investigación para dejar la evidencia de la decisión adoptada y entrega de los resultados de la investigación de manera oportuna con el fin de ser remitidos a la dependencia competente teniendo en cuenta el acto administrativo proyectado.
5. Proyectar, tramitar y direccionar, de acuerdo al grado de complejidad, las solicitudes de información de competencia de la entidad desde y hacia el exterior del país, con el fin de allegar información y pruebas.
6. Proyectar de acuerdo al grado de complejidad respuestas a informes, peticiones y demás requerimientos propios del proceso solicitados por clientes internos y externos, con el fin de garantizar la consistencia y pertinencia de la información suministrada.
7. Administrar documentos y bases de datos y generar informes relacionados con el proceso de Fiscalización y Liquidación, para soportar la gestión.
8. Ejecutar las visitas de autoevaluación, suscribir planes de mejoramiento, elaborar informes y realizar seguimiento, en cumplimiento del Programa Anual de Autoevaluación, de acuerdo con los lineamientos establecidos para ello.
9. Apoyar el cumplimiento de los Planes de Mejoramiento suscritos con la Contraloría General de la República-CGR, Control Interno y Auditorias de Calidad, en lo que compete al proceso.
10. Colaborar en las actividades relacionadas con la elaboración de propuestas de planes contra la evasión, elusión, contrabando, u otros, que conlleven a la realización de acciones de control que aseguren el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias, internacional, derechos de explotación y gastos de administración.
11. Apoyar la formulación y ajuste de los planes anuales, programa anual de autoevaluación y supervisión, metas de gestión, indicadores y riesgos propios del proceso, con el fin de aportar conocimiento y aplicar la metodología e instrumentos de planeación y evaluación institucional diseñados.
12. Proyectar respuestas a denuncias, informes, peticiones y demás requerimientos propios del proceso de Fiscalización y Liquidación,

solicitados por clientes internos y externos, con el fin de garantizar la consistencia y pertinencia de la información suministrada.

13. Participar y apoyar la implementación, mantenimiento y mejora del Sistema de Gestión de Calidad y Control Interno, de acuerdo con su nivel de responsabilidad, con el fin de dar cumplimiento a los fines, planes y programas de la Entidad.

14. Participar en la elaboración de los documentos con las especificaciones de los requerimientos, manuales y demás instructivos, para el diseño o mejoramiento de los procesos, subprocesos y procedimientos que se relacionen con el desarrollo de sus funciones.

15. Apoyar y participar en la formulación, ejecución y seguimiento de los planes de la dependencia en donde esté ubicado, con el fin de lograr el cumplimiento de las metas institucionales.

16. Participar en los procesos de capacitación y/o docencia que apoyen la ejecución del Plan Institucional de Capacitación de la Entidad, de acuerdo con su área de conocimiento, con el fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos de la DIAN.

17. Presentar los informes de las actividades desarrolladas por la dependencia en donde éste ubicado.

18. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por su superior Inmediato de acuerdo a la naturaleza del empleo.”

De los formularios de evaluación del desempeño del personal de libre nombramiento y remoción, así como del personal supernumerario, dan cuenta que la demandante fue evaluada en los siguientes tiempos:

- Del 7 de febrero de 1997 al 30 de junio de 1997, obtuvo un puntaje de 1188,35 puntos (fl. 61).
- Del 1º de abril al 30 septiembre de 1998, obtuvo un puntaje de 1.092 puntos (fl. 62).
- Del 1º de octubre de 1998 al 28 de febrero de 1999, obtuvo un puntaje de 1.092 (fl. 63).
- Del 1º de agosto de 2000 al 31 de enero de 2001, obtuvo un puntaje de 940 puntos (fl. 64).
- Del 9 de enero de 2002 al 30 de junio de 2002, obtuvo un puntaje de 925 puntos (fl. 70).
- Del 1º de febrero al 31 de agosto de 2004 al 23 de julio de 2004, obtuvo un puntaje de 483 puntos (fl. 71-72).
- Del 1º de septiembre al 31 de diciembre de 2004, obtuvo un puntaje de 482 puntos (fl. 73-74).
- Del 1º de julio al 30 de septiembre de 2005, obtuvo un puntaje de 487 puntos (fl. 75-76).

_De acuerdo con los archivos aportados en CD (Fol 615), reposan sinnúmero de formularios que relacionan funciones de varios cargos según el área a la cual se encuentran asignados. De suerte que se puede observar las funciones y perfil del rol para el cargo de Gestor I Código 301 Grado 01 desde el año 2013 a 2015. En consecuencia,

se advierte de dichos tiempos algunas de las funciones desempeñadas por la demandante que coinciden con las allí enlistadas, y en relación con los periodos anteriores al año 2013 no hay constancia de cuales funciones fueron atribuidas para dicho empleo de planta.

II.3. ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

3.1. Régimen jurídico del Personal Supernumerario.

El artículo 125 de la Constitución Política consagra de manera implícita la posibilidad de que la administración vincule personal supernumerario, para lo cual estableció lo siguiente: "*Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley*" (Negrilla fuera del texto). De lo resaltado de la norma transcrita se infiere que no son de carrera, aquellos empleados temporales como lo son los supernumerarios que ejercen actividades de manera transitoria.

Así pues, conforme lo previsto en el artículo 1º 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.

También 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 servidores públicos, regido por el Decreto 1072 de 1999¹, que en su artículo 17, señalaba que los empleos de la planta de personal tendrían el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no obstaba para que existieran empleos de libre nombramiento y remoción; artículo derogado expresamente por el artículo 62 del Decreto Ley No. 765 del 17 de marzo de 2005, "*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-*", en cuyo artículo 3º se dispuso:

¹ "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."

“Artículo 3. *Empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-*. Son empleados públicos quienes prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, vinculados a ella por una relación legal y reglamentaria.

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

3.1, Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.

3.2, Empleos públicos de carrera.

3.3. Empleos de supernumerarios.

Parágrafo. Los empleos de supernumerarios se rigen por las disposiciones contempladas en el Decreto 1072 de 1999”.
(Resaltado fuera de texto)

El Decreto Extraordinario 1042 del 7 de junio de 1978², en el artículo 83, refirió lo siguiente:

“Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

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

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.

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

La vinculación 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”.

En este orden de ideas, se advierte que este sistema de vinculación deviene directamente de la Carta Política, cuando establece en el artículo 125 que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando, los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los

² “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”.

demás que determine la Ley, *"pudiendo en 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, pudiéndose ubicar dentro de ellos a los Supernumerarios³".*

Así entonces, se colige que la Administración tiene de manera reglada la facultad de 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 transitorio; cuyo término de vinculación, en principio y por regla general, no excedía de tres meses exceptuándose el caso en que se requiriera personal transitorio por lapsos mayores, para lo cual se necesitaba autorización especial del Gobierno.

Está reglado también, que la remuneración de los supernumerarios se fijaba de acuerdo con las actividades que desarrollara, teniendo en cuenta las escalas establecidas en el mismo Decreto Extraordinario. Así, en relación con el pago de prestaciones sociales, tenía derecho a percibir las establecidas para los empleados públicos, cuando el término de vinculación excediera los tres meses.

Ahora bien, específicamente en relación con los funcionarios de la DIAN, el Decreto 1647 de 1991⁴, en el artículo 14, previó:

"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".

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Siete (7) de febrero dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00605-01(1700-12).

⁴. "Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la dirección de impuestos nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones".

De esta norma se infiere que la vinculación del personal Supernumerario a la DIAN se efectuaba con el fin de desarrollar actividades de carácter transitorio que no debía exceder de seis meses, a excepción de que la Administración requiriera de un término superior, caso en el cual, se necesitaba autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, teniendo dicho personal, en este caso, derecho al reconocimiento de prestaciones sociales.

Posteriormente, con el Decreto 2117 de 1992⁵, que fusionó en una sola Entidad de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, surgiendo la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se dispuso en el artículo 112 lo siguiente:

“ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL. 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. (Resalta la Sala).

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.

Para todos los efectos legales el cargo de secretario general se asimila al de subdirector y el cargo de subsecretario se asimila al de jefe de oficina”.

⁵.”POR EL CUAL SE FUSIONA LA DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES Y LA DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES EN LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Y SE DICTAN DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS”.

Pero luego el Decreto 1693 del 27 de junio 1997⁶, en el artículo 29, señaló lo siguiente:

“ARTÍCULO 29. ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL. La Administración de Personal de los servidores públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se regirá por lo establecido en Decreto-ley 1647 de 1991, con las precisiones que se indican en el presente artículo y en los Artículos siguientes.

La prima de productividad se seguirá rigiendo por los artículos 65 y 66 del Decreto 1647 de 1991, con las siguientes precisiones:

Al factor plural tendrán derecho los funcionarios públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por el cumplimiento de metas de recaudación y gestión nacionales, regionales o locales según corresponda.

Los funcionarios públicos que sean vinculados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con nombramiento provisional o en cargos de libre nombramiento y remoción tendrán derecho a la prima de productividad contemplada en las normas descritas.

El sistema de carrera especial, el sistema de planta y el régimen prestacional, seguirá rigiéndose por las normas que en la actualidad se aplican a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En cuanto hace referencia a la vinculación, permanencia y retiro del personal supernumerario se aplicará lo establecido en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 en concordancia con la Ley 223 de 1995. (Resaltado de la Sala).

Respecto del sistema de nomenclatura, clasificación y requisitos mínimos para el ejercicio de los empleos, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se regirá por las normas del Decreto 1865 de 1992 y las normas que lo adicionan o complementan correlacionándolos con las denominaciones y dependencias que se establecen en el presente decreto.”

De los dos preceptos que anteceden, se deduce que el régimen de personal, carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la DIAN, era el establecido por el Decreto Ley 1647 de 1991 y el artículo 106 de la Ley 6ª de 1992; y en lo que a los Supernumerarios se refiere, su vinculación, permanencia y retiro, se regía por lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 en concordancia con la Ley 223 de 1995.

A su turno, el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991, enseña:

“Sin perjuicio de las disposiciones vigentes, podrá vincularse personal supernumerario para suplir las vacantes temporales de los

⁶.”Por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”

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”.

Así mismo, la Ley 223 de 1995⁷, en el artículo 154, estableció 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 Anti evasión" 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”. (resaltado de la Sala)

De otro lado, el Decreto 1072 de 1999⁸, en el artículo 22, prescribió en relación con la vinculación del personal Supernumerario, lo siguiente:

⁷.“Por la cual se expiden normas sobre Racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones”

⁸.“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”.

"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". (Resaltado fuera de texto).

De lo anterior, se concluye que la vinculación del personal Supernumerario se puede efectuar para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias y para vincular personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso; también, que tal personal tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales por el tiempo de vinculación y puede ser desvinculado en cualquier momento por el nominador.

3.2. Nivelación salarial de los supernumerarios conforme al Decreto 618 de 2006.

La demandante solicita que su salario se nivele de conformidad con la escala establecida por el Decreto 618 de 2006, pues, a su juicio, las disposiciones de dicha norma generaron una situación de desigualdad frente a los cargos de planta de la DIAN.

El Decreto 378 de 2006⁹, "por el cual se fija la escala de asignación básica para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial", en su artículo primero dispuso: "A partir del 1º de enero de 2006, **fijase la siguiente escala de asignación básica mensual para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales... (...)**". (resaltado fuera de texto)

⁹ El Decreto 378 de 2006 se aplicaba de manera general a los empleados de la contribución, sin embargo, posteriormente se expidió el Decreto 618 de 2006 modificando las escalas salariales establecidas por aquel.

El Decreto 618 de 26 de febrero de 2006, "*Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial*", dispuso lo siguiente:

“ART. 1º—El régimen salarial establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con posterioridad a la vigencia del mismo.

ART. 2º—Los empleados vinculados actualmente a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán optar por una sola vez antes del 15 de marzo de 2006 por el régimen salarial que se establece en el presente decreto. Los empleados que no opten por el régimen aquí establecido, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes sobre la materia.” (Resaltado fuera de texto)

Sobre los beneficiarios del nuevo régimen salarial, el artículo 4º del Decreto dispuso: "*Las asignaciones básicas establecidas en el artículo 3º del presente decreto, **corresponden exclusivamente a empleos de carácter permanente y de tiempo completo.***" (resaltado de la Sala)

Igualmente, bajo el precepto del artículo 5 ibídem, se ha interpretado que el Decreto 618 de 2006 disminuyó el porcentaje del incentivo por desempeño grupal de los empleados de planta, con el fin de aumentar el salario de los mismos: "*El incentivo por desempeño grupal, de quienes opten por este nuevo régimen, a que se refiere el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, no podrá exceder del veintiséis (26%) por ciento de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.*"

De la citada norma se deduce que, a partir de 26 de febrero de 2006, en la DIAN existía una doble escala salarial: i) la de los funcionarios vinculados antes de la expedición de la norma en comento, para quienes se les aplicaría el Decreto 378 de 2006 y que no se acogieron a la nueva escala; y ii) la establecida en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vinculen a partir de su expedición -26 de febrero- y para quienes estaban laborando en la entidad y se acogieron al mismo.

Al respecto, es necesario aclarar que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha emitido sendas decisiones a favor y en contra de la nivelación salarial para quienes han laborado como supernumerarios en la DIAN. En este sentido, la Sala se detendrá a analizar dichas providencias a fin de encontrar la postura general que ha

representado al Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para luego, concluir frente al caso concreto.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, en sentencias emitidas en los años 2012 y 2013, optó por reconocer el derecho a la nivelación salarial de los supernumerarios, indicando 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 obra 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.

Entonces, con el objetivo de dilucidar el aspecto planteado, se relacionará el salario efectivamente devengado por la actora y el establecido por la respectiva normatividad, teniendo en cuenta que año a año se fue expidiendo un nuevo decreto tanto para los funcionarios a quienes se les venía aplicando el Decreto 378 de 2006, que era la normatividad anterior a la expedición del Decreto 618, como para los que se regían por este último.

.....

En este orden de ideas, ***se comparte la decisión del A quo en cuanto ordenó la nivelación salarial de la accionante de conformidad con los Decretos 618 de 2006 y siguientes, pero teniendo en cuenta que para el año 2008 ya la entidad motu proprio comenzó a aplicar la nueva escala salarial y, por lo tanto, a partir de dicha anualidad no habría lugar a realizar la aludida nivelación.***¹⁰ (Resaltado fuera de texto)

En el mismo sentido, la sentencia del año 2013 emitida por la Sección Segunda (Subsección B) del Consejo de Estado reiteró la postura anterior así:

“Según da cuenta el precitado Decreto a partir de 26 de febrero de 2006 en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, existía una doble escala salarial: la de los funcionarios vinculados antes de la expedición de la norma en comento, para quienes se les

10. Consejo de Estado - Sección Segunda (Subsección B) C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila del 31 de mayo de 2012. Rad: 25000-23-25-000-2009-00556-01(2609-11).

aplicaba el Decreto 378 de 2006 y que no se acogieron a la nueva escala; y la establecida en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vinculen a partir de su expedición y para quienes laboraban en la entidad y se acogieron al mismo.

.....

En este orden de ideas, *le asiste razón a la demandante, toda vez que según dan cuenta los reportes de cesantías de los años 2006 y 2007, así como las certificaciones salariales allegadas al proceso, devengó una suma inferior a la prevista en los Decretos que regularon los salarios para los respectivos años, por lo que le asiste el derecho a la nivelación por dichos periodos, sin embargo, como a partir de 2008 la DIAN comenzó a dar aplicación a la nueva escala salarial, no hay lugar a realizar la nivelación reclamada para el año 2008 en adelante.*

En estas condiciones, se modificará la Sentencia impugnada, pues se reconocerá a la demandante la nivelación de los salarios y prestaciones correspondiente a los años 2006 y 2007, de conformidad con la escala salarial prevista en los Decretos 618 de 2006 y 607 de 2007; y se revocará parcialmente la condena impuesta en primera instancia, pues, como ya se dijo, no hay lugar a reconocer las sumas generadas del año 2008 en adelante.”¹¹
(Resaltado fuera de texto)

Según la tesis anterior, es procedente la nivelación salarial de quienes se desempeñaban como supernumerarios en la DIAN, toda vez que, *i*). dicha vinculación se realiza mediante prórrogas independientes, por tanto, el empleado queda automáticamente cobijado por la nueva normatividad; *ii*) no tiene relevancia el hecho que el empleado no se encuentre en la planta personal, pues, así como el Decreto 618/2006 contempló que este era aplicable únicamente a quienes fueran empleados de planta, la norma anterior también lo estableció (Decreto 378 de 2006) y, finalmente, *iii*). se indicó que si se demostraba que el empleado devengó una suma inferior a la prevista en el Decreto 618 de 2006 y sub siguientes, tendría derecho a la respectiva nivelación.

Ahora bien, contrario a la tesis anteriormente expuesta, la Sala indicará las razones por la que, en reiterados pronunciamientos, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha optado por negar la nivelación salarial a los empleados vinculados como supernumerarios en la DIAN. En sentencia del 7 de febrero de 2013, la Subsección B de la Sección Segunda resolvió un caso similar negando las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

¹¹ C. P.: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E). 25 de Julio de 2013. Radicación Número: 25000-23-25-000-2009-00549-01(0271-13).

“El demandante solicita que su salario se nivele de conformidad con la escala establecida por el Decreto 618 de 2006, por considerar que, a partir de su expedición se dio una desigualdad respecto de su homólogo de planta.

.....

En el presente caso, tal y como lo afirma el A-Quo el accionante no probó que hubiera optado por el régimen salarial previsto en el Decreto 618 de 2006, como lo exige el artículo 2º ibídem al personal vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN antes de 15 de marzo de 2006, en consecuencia se negará tal reconocimiento.”¹²

En fallo del 17 de abril de 2013, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó:

“En igual sentido, tampoco se desconoció el principio de igualdad, cuya vulneración alega la actora, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal. Lo anterior por cuanto a pesar que obra copia del manual de funciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no se encuentra demostrado las funciones desarrolladas por el funcionario de planta de la entidad, motivo por el cual no es posible determinar cuales eran las funciones similares desarrolladas, lo cual sólo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación.”¹³

En sentencia del 12 de mayo de 2014, la Sección Segunda de la misma Corporación señaló:

“De la lectura de los artículos 1, 2 y 4 de este decreto, se infiere que:
i) La aplicación del mismo era únicamente para aquellos que se vincularan con posterioridad a su vigencia, es decir, con posterioridad al 28 de febrero de 2006, y el Sr. Wilfrido Martínez Terán estaba vinculado desde antes, desde el año 2001, como supernumerario; **ii)** igualmente aplicaba para los que estando vinculados a la fecha en que entró a regir, optaran por acogerse a él -por una sola vez- antes del 15 de marzo de 2006, de lo contrario continuaban rigiéndose por lo dispuesto en las normas existentes sobre la materia, y dentro del cúmulo probatorio no obra prueba de la cual se derive que el actor haya hecho manifestación expresa por escrito, a más tardar el 15 de marzo de 2006, informando que se acogía a lo dispuesto en el Decreto 618, y **iii) las asignaciones establecidas en el decreto eran, privativamente, para empleos de carácter permanente y de tiempo completo, y el demandante -en virtud de la modalidad de su vinculación**

¹² C.P.: Bertha Lucia Ramírez De Páez.

¹³ C.P.: Alfonso Vargas Rincón. Rad.: 25000-23-25-000-2010-00324-01(2155-12).

como supernumerario- no tenía vocación de permanencia, tal y como se lo dijo la entidad en los actos objeto de demanda.

Es más, debe anotar esta Sala que, adicionalmente, con el Decreto 618 de 2006 no se estaba disponiendo un aumento del salario, sino que -y ello se desprende de la lectura de su artículo 5º-, se hacía una recomposición del mismo, al trasladar parte del incentivo de desempeño grupal, incentivo al que sólo tienen derecho los empleados de planta, a salario básico, para aquellos funcionarios de planta que -dentro del plazo señalado en su artículo 2º ídem- voluntariamente se hubieran adherido a él.

De lo precedente se sigue, que tampoco podía derivar beneficio del Decreto 607 de 2007, en la medida que el artículo 1º de éste dispuso que era aplicable a quienes hubieran optado por el régimen previsto en el 618, lo que no hizo el Sr. Martínez Terán, aunado los otros aspectos anotados.

Así las cosas, resulta ajustada a derecho la respuesta de la DIAN de no conceder nivelación salarial conforme al Decreto 618 de 2006, de suerte que esta pretensión no tiene vocación de prosperar."¹⁴ (Resaltado fuera de texto)

En sentencia del año 2015, el Consejo de Estado se reiteró la posición anterior afirmando que:

"Tampoco es dable acceder a la nivelación salarial con fundamento en el Decreto 618 de 2006 y siguientes, dado que: (i) 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 accionante; y, (ii) de otro lado, no se definió en este proceso que materialmente la relación de la señora Ramírez Ramírez se haya 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 preciso tópico advierte la Sala que en otras oportunidades, **de manera 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 Ardila, se consideró lo siguiente:

"(...)

Ahora bien, de conformidad con el artículo 6º 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 obra prueba que demuestre que a la interesada se le diera la oportunidad de

¹⁴ SUBSECCION A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Radicación número: 13001-23-31-000-2010-00448-01(1940-13).

*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.
(...)”.*

En esta oportunidad, empero, ***tal como se ha considerado en otras ocasiones, debe insistirse en el hecho de que fue la autoridad competente para la fijación de la remuneración anual quien estableció que ese régimen 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.”¹⁵ (Resaltado fuera de texto)

Finalmente, en sentencia de la Sección Segunda – Subsección B del Consejo Estado se estableció:

“Con relación a que el accionante en su calidad de Supernumerario de la DIAN, tenía el derecho de percibir el mismo salario y las mismas prestaciones sociales (primas, vacaciones, bonificaciones, etc) que devengaba cualquier empleado de la Planta de Personal que ostentara el mismo cargo y las mismas funciones, en el expediente no se encuentra demostrado las funciones desarrolladas por el funcionario de planta de la entidad...”¹⁶.

En este orden de ideas, el H. Consejo de Estado encuentra improcedente la nivelación salarial para empleados supernumerarios de la DIAN, con fundamento en que, *i*). las asignaciones establecidas en el Decreto 618 del año 2006 eran exclusivamente para empleos de carácter permanente y de tiempo completo, y no, para vinculaciones como supernumerarios; *ii*). que con dicho decreto, no se estaba disponiendo un aumento en los salarios, sino que, se hacía una recomposición del mismo, al trasladar parte del incentivo de desempeño grupal, incentivo al que sólo tienen derecho los empleados de planta, a salario básico, para los funcionarios que optaran por el nuevo régimen; *iii*). las diferencias entre los empleados de planta personal y los supernumerarios fueron previstas por las autoridades competentes, que para el caso es el Ejecutivo,

¹⁵ Sección Segunda (subsección B) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015). Rad.: 68001-23-31-000-2009-00712-01(3048-13).

¹⁶ Consejo de Estado - Sección Segunda (Subsección B) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Del 19 de febrero de 2015 Rad. 54001-23-31-000-2010-00080-01(2982-13)

por lo tanto, no le es dable al operador judicial sustituir la voluntad de dicha autoridad en casos en los cuales no existe vulneración al derecho a la igualdad: *iv*). para determinar la procedencia o no de la nivelación salarial se debe demostrar en el expediente que el empleado optó voluntariamente por el régimen establecido en el Decreto 618/2006 y, *v*). se debe determinar si las funciones del supernumerario eran similares a las de su homólogo de la planta personal de la entidad.

En virtud de lo anterior, ésta Sala concluye que la tesis que encuentra improcedente la nivelación salarial tiene mayor preeminencia que la contraria, toda vez que, en principio no existe concordancia entre el Decreto 378 de 2006 y el Decreto 618 del mismo año, como para establecer que ambos se aplicaban a empleados vinculados como supernumerarios.

Como se observó anteriormente, el Decreto 378/2006 estableció claramente que la escala salarial se aplicaba a los empleados de la Unidad Administrativa, sin establecer distinción alguna. Contrario a ello, el Decreto 618/2006 determinó claramente que la nueva escala salarial se aplicaría *exclusivamente a los empleos de carácter permanente y de tiempo completo*, es decir, esta norma si estableció una distinción frente a los empleados en general. En este sentido, es claro que la voluntad del Ejecutivo iba encaminada a generar una distinción entre los empleados de carácter transitorio como los supernumerarios, y los de la planta permanente. No es posible concluir que, por existir prórrogas independientes, el empleado supernumerario quedó cobijado por el Decreto 618 de 2006, pues, precisamente la voluntad del Ejecutivo iba encaminada a excluirlos de tales beneficios ya que ostentaban la calidad de empleados transitorios. Es tal la exclusión que, en dicho decreto estableció estrictamente a quienes iba dirigida la nueva escala salarial.

Del mismo modo, para la Sala resulta relevante determinar cuáles fueron exactamente las funciones del supernumerario en relación con su homólogo de planta y, así mismo, establecer si el empleado optó expresamente por acogerse al nuevo régimen previsto por el Decreto 618/2006, pues, en este sentido, dichas pruebas permitirían al operador judicial entrar a estudiar estrictamente la correlación ente el cargo de supernumerario y el homólogo, una circunstancia que permita acceder al derecho invocado por la actora.

3.3. De los inventivos creados a favor de los empleados de la DIAN.

En relación con los incentivos solicitados por la demandante, la norma estableció las condiciones imperantes para hacerse acreedor a dicho beneficio, esto es, la calidad de empleado de la planta personal. El Decreto No. 1268 de 1999¹⁷, determinó el Incentivo por Desempeño Grupal así:

"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 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 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." (Resaltado fuera de texto)

En cuanto al incentivo de desempeño en fiscalización y cobranzas, la norma dispuso:

"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." (Resaltado fuera de texto)

¹⁷ "por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales".

Así mismo, se incluyó el Incentivo por Desempeño Nacional dirigido únicamente a los empleados que se encontraran en la planta de personal, así:

“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.”
(resaltado fuera de texto)

Al respecto, han existido reiterados pronunciamientos por parte del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En sentencia del 31 de mayo de 2012 estableció:

“De las normas anteriormente transcritas, se concluye que **la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos reclamados, porque estos solamente se encuentran establecidos para quienes ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, mientras que la interesada se desempeñó como supernumeraria.**”¹⁸ (resaltado fuera de texto)

Posteriormente, en el año 2013 la misma Corporación indicó:

“De la normativa transcrita se infiere que para tener derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, **es necesario acreditar que se ostenta nombramiento como servidor de la contribución en los cargos de la planta de personal de la entidad.**

.....

De lo que se deduce que la demandante durante su ejercicio en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ha tenido vinculación como supernumerario y no como funcionaria de la contribución de la planta de personal de la entidad, por tanto, no es posible acceder al reconocimiento de los referidos incentivos.”¹⁹ (resaltado fuera de texto)

¹⁸ Sección Segunda (Subsección B) C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 25000-23-25-000-2009-00556-01 (2609-01).

¹⁹ Sección Segunda (Subsección B) C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez (E) del 25 de julio de 2013 Rad. 25000-23-25-000-2009-00549-01 (0271-13).

Finalmente, respecto de la interpretación de las normas indicadas anteriormente, en sentencia del 29 enero de 2015, se concluyó lo siguiente:

“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 de 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.”²⁰ (resaltado fuera de texto)

Posteriormente, la Sección especializada en temas laborales del Consejo de Estado, en sentencia de 3 de agosto de 2017²¹, precisó lo siguiente:

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

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra agotada la discusión sobre la procedencia de los incentivos a favor de quienes laboran en el cargo de Supernumerario de forma transitoria y que no pertenecen a la planta de personal de la entidad. En este sentido, es claro que dichos incentivos no tienen la connotación de factor salarial,

²⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 68001-23-31-000-2009-00712-01 (3048-13).

²¹ Sección Segunda –Subsección «A». Radicación número: 23001-23-000-2010-00158-01(3900-14). Actor: John Ernesto Toro Villota. Demandado: Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales.

tal como la misma norma lo dispuso, y atienden a beneficios a favor de empleados de carrera que, por sus méritos y metas cumplidas, se hacen beneficiarios de los mismos.

Así las cosas, queda claro que los incentivos aludidos se dirigen exclusivamente a los empleados de la planta de personal de la entidad, por tanto, no es dable concluir que quienes ostentaban el cargo de supernumerario tienen derecho a dichos beneficios, pues, los empleados excluidos de la planta de personal no tienen derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, pues no acreditan el cumplimiento de los requisitos.

3.4. Análisis del caso concreto.

La demandante, no conforme con la decisión adoptada por el Juez de primer grado, la apeló, y para ello señaló que no se tuvo en cuenta que se desvirtuó la transitoriedad de su nombramiento, toda vez que el plan de lucha para la evasión y el contrabando lleva más de 12 años, lo que demuestra que no es de carácter temporal ni transitorio, por lo que la esencia de su vinculación como supernumerario desapareció. En ese sentido, resaltó que en virtud de los principios de igualdad y primacía de la realidad sobre las formalidades, es destinataria a percibir los salarios, prestaciones, incentivos y todos los beneficios de los funcionarios de planta de la entidad accionada de conformidad con el Decreto 618 de 2008. Además, manifestó que en garantía del principio de "*a igual trabajo igual salario*" debe reconocérsele y pagársele sus salarios y demás acreencias acorde con sus pares de planta, pues no puede ser objeto de un trato discriminatorio solo por la forma en que se produjo su vinculación a la entidad accionada.

La Sala encuentra, conforme el material probatorio aportado al proceso, que la accionante fue vinculada por la entidad demandada en la modalidad de **supernumeraria** desde el 7 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2011, como apoyo al plan de lucha contra la evasión y el contrabando. También, reposa constancia de que fue nombrada empleada de planta temporal desde el 3 de enero de 2012 en adelante (Fls. 610-614 C-2).

Así pues, es evidente que la señora León Puerto laboró como supernumeraria desde el 7 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2011, por períodos limitados en el tiempo y prorrogados, con el fin de apoyar al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, vinculación que no revistió el carácter de permanencia.

Ahora bien, en cuanto al desacuerdo expuesto por la apelante, en el sentido que se desvirtuó la transitoriedad de su nombramiento, dado que laboró para la entidad demandada por aproximadamente 14 años sin solución de continuidad, dando paso a la primacía de la realidad sobre las formalidades, la Sala precisa que los empleados vinculados a las entidades públicas en la modalidad de supernumerarios, legalmente tienen el carácter de transitorios, como igualmente lo acepta la recurrente, dicha transitoriedad puede extenderse en el tiempo mientras subsistan las necesidades del servicio. En otras palabras, la transitoriedad que exige la modalidad de vinculación no se determina por un lapso determinado sino que se puede extender en el tiempo hasta tanto las necesidades del servicio lo exijan como claramente lo explicó el Consejo de Estado²², así: *"... el término de duración de la designación de la actora, por varios años con interrupciones, como auxiliar de la Administración, no fue el que determinó su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba"*.

Así entonces, la Sala considera que no es posible dar aplicación al principio de la primacía de la realidad que reclama la accionante, pues se repite, la misma estuvo vinculada con la entidad demandada desde el 7 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2011 como supernumeraria en apoyo al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, situación que impide ir más allá de la filosofía que orienta las normas que regulan esta clase de vinculación en tratándose de personal supernumerario de la DIAN.

Lo anterior, porque en tratándose del Régimen salarial, éste se fija de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad, entendiéndose por nomenclatura de los empleos públicos²³, lo siguiente:

"...es un catálogo o relación clasificada de las plazas en que los servidores del Estado prestan a éste sus servicios, o como lo dijo la Corte Suprema de Justicia "... una distribución jerarquizada y escalonada de los empleos del sector oficial, al cual corresponde una tasa diferencial de salarios, de desarrollo vertical, de manera tal que cargos del mismo nivel y categoría se retribuyan con la misma remuneración, las escalas de remuneración no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios, la ley es la que agrupa los diferentes empleos en categorías y define la remuneración correspondiente a cada una de las categorías; el gobierno dentro de esas escalas, determina el sitio que corresponde

²² Sección Segunda. Subsección "A". CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Siete (7) de febrero dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00605-01(1700-12).

²³ Villegas Arbeláez Jairo, Derecho Administrativo Laboral. Tomo 1. Octava Edición. Pág.651.

a cada uno de los empleos, lo cual equivale a determinar el sueldo concreto asignado a cada uno de ellos”.

Aunado a ello, en sentencia de 21 de junio de 2018²⁴, el Consejo de Estado, al estudiar y decidir un asunto que comparte iguales contornos al que aquí ocupa la atención de la Sala, compiló varios pronunciamientos emitidos por esa misma Corporación en los que se examinó el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y a igual trabajo igual salario en relación con el asunto de marras, y frente a los que enfatizó lo siguiente:

“... esta Corporación manifestó en sentencia de 9 de marzo de 2017. Sección Segunda – Subsección «A»²⁵ en relación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades que:

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

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

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

En conclusión

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

²⁴ C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández; Rad. 68001-23-33-000-2012-00300-01(4485-13).

²⁵ Sentencia de 9 de marzo de 2017 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A». Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01522-01(2950-14). Actor: Javier Andrés Herrera Barrera. Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

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

También se tiene que la Subsección «B» de la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo en sentencia de 1 de junio de 2017²⁶ que:

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

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

En tal sentido, la Sala no encuentra que se haya desconocido el principio de igualdad, primacía de lo sustancial sobre lo formal y a

²⁶ Sentencia de 1 de junio de 2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Proceso número: 68001-23-21-000-2009-00747-01(1573-15). Actor: Nancy Amparo Sanabria Peñaloza. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

igual trabajo igual salario cuya vulneración alega la demandante, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal, pues como ya se explicó, el modo excepcional de vinculación de la demandante a la Administración, no es el mismo que el del personal de planta de la DIAN.

La Sala precisa que la modalidad de vinculación como supernumerario, solo genera el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, como bien lo dijo la entidad demandada en la contestación, de cuyos factores no hay reparo alguno por la accionante, solamente, insiste en que le sea nivelada su remuneración al estándar de los empleados de planta. Sin embargo, como ya se dijo, no es posible equiparar tal situación particular con la situación también reglada de la escala de asignación básica para los empleos de la DIAN. En otras palabras, para la Sala no es jurídicamente viable aceptar la pretensión de la demandante en equiparar su vinculación como supernumeraria con los efectos jurídicos que implican la relación con el personal de planta que se vincula a la entidad.

Así entonces, igualmente, se hace menester explicar el por qué no es factible acceder a la nivelación salarial que pretende la accionante de conformidad con el Decreto 618 de 2006, *"Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial"*, que dispuso lo siguiente:

"ART. 1º—El régimen salarial establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con posterioridad a la vigencia del mismo.

ART. 2º—Los empleados vinculados actualmente a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán optar por una sola vez antes del 15 de marzo de 2006 por el régimen salarial que se establece en el presente decreto. Los empleados que no opten por el régimen aquí establecido, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes sobre la materia."

De la citada norma se deduce que, a partir de 26 de febrero de 2006, en la DIAN existía una doble escala salarial: i) la de los funcionarios vinculados antes de la expedición de la norma en comento, para quienes se les aplicaría el Decreto 378 de 2006 y que no se acogieron a la nueva escala; y ii) la establecida en el Decreto 618 de 2006,

para quienes se vinculen a partir de su expedición -26 de febrero- y para quienes laboraban en la entidad y se acogieron al mismo.

En el presente caso, tal y como lo afirma la misma accionante en el escrito de apelación, "*La elección del Decreto Nro. 618 de 2006, era una opción solo para los funcionarios de planta, la cual no se podía aplicar a los funcionarios supernumerarios considerando que según lo dispuesto en el artículo 4 de la misma norma, **las asignaciones básicas allí fijadas correspondían solo a los empleados de carácter permanente y de templo completo***" (resaltado fuera de texto); entonces, se evidencia claramente que reconoce los efectos de su vinculación excepcional para acceder a la pretensión de nivelación. En ese sentido, tal prerrogativa únicamente era viable para los funcionarios de planta, condición que no ostentaba la demandante, así que no es posible acceder a tal reconocimiento.

De otro lado, de acuerdo con la constancia laboral, se tiene que la demandante fue nombrada como Empleada de Planta temporal desde el 3 de enero de 2012 en adelante (sin conocer si actualmente se encuentra vinculada o no con la entidad). La Sala no se pronunciará respecto de este lapso debido a que la solicitud administrativa se orientó básicamente a reclamar lo correspondiente a la vinculación de supernumeraria, sin que hiciera especificación sobre el tiempo en el que ingresó como Empleada Temporal, pese a que se señala hasta la terminación laboral. Sin embargo, dentro de los hechos relatados en la demanda solo se refiere concretamente al lapso en que fungió como funcionaria supernumeraria (Hecho Sexto fol. 505).

Finalmente, en cuanto a los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y desempeño nacional que la accionante aduce se le desconoció por parte de la entidad demandada, la Sala expone lo siguiente:

El Decreto 1268 de 1999, en el artículo 5º, determinó que el Incentivo por Desempeño Grupal es reconocido mensualmente a los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal, así:

"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 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 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". (Resalta la Sala).

El artículo 6°, ibídem, determinó que el Incentivo al Desempeño de Fiscalización y Cobranzas es reconocido mensualmente a los servidores que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranza. El precepto legal dispone lo siguiente:

"Artículo 6°. 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. (Resaltado fuera del original).

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.

Por último, el artículo 7° de la norma en cita, contempló el Incentivo por Desempeño Nacional para los servidores de la contribución que se encuentren en la planta de personal de la entidad de la siguiente manera:

"Artículo 7°. 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.”
(Resalta la Sala).

Así entonces, los incentivos enunciados y reclamados por la demandante no son prestaciones sociales como se pretende, porque estas se entienden como *“los pagos que el empleador hace al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, con el fin de **cubrir los riesgos o necesidades de éste** que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma”* y *“Se diferencian de los salarios en que no retribuyen directamente los servicios prestados²⁷”*. En efecto, está demostrado que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los incentivos reclamados, en atención a que los mismos solamente pueden ser reconocidos al personal de la contribución que ocupe cargos de la planta de personal de la entidad, y el personal supernumerario no está incluido en la planta.

Por último, se hace imperioso precisar que, si bien es cierto los supernumerarios se vinculan a cargos con previa nomenclatura y rubro salarial reglado de los mismos ocupados por el personal de carrera y de planta, pero cada una de las escalas salariales, tanto para el personal de planta como para el personal supernumerario, tienen reglamentación diferente dado el status jurídico que ampara a cada grupo.

Bajo ese entendido la Sala infiere que la supuesta similitud o equiparación de las funciones o actividades ejercidas por la demandante en calidad de supernumeraria y algunos de sus pares de planta no puede ser un aspecto determinante para catalogársele como una empleada de planta y menos de carrera. Pues basta con analizar su tipo de vinculación reglada para concluir que no es posible ser destinataria de las normas legales de un régimen distinto y cuya aplicación solicita.

En conclusión, la demandante fue vinculada a la entidad demandada en la modalidad de Supernumeraria con el fin de apoyar el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, a pesar que desarrolló funciones que implican el ejercicio directo de labores tendientes en fiscalización y cobranza, no es posible el reconocimiento de los incentivos reclamados. Lo anterior, en razón a que aquellas prerrogativas salariales y prestacionales solamente pueden ser reconocidas para el personal de la contribución que ocupe cargos de la planta de personal de la entidad, status al que la demandante no logró probar pertenecer. Por ende, se confirmará la decisión impugnada.

²⁷ Villegas Arbeláez Jairo, Derecho Administrativo Laboral. Tomo 1. Octava Edición. Pág.665.

3.5. De las costas y agencias en derecho.

El artículo 188 del CPACA dispone que "*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*". Canon normativo que fue adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, así: "*En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*".

Como quiera que en el presente caso no se avizora la manifiesta carencia de fundamento legal, la Sala se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia en contra de la parte demandante por ser la vencida.

Para concluir y como quiera que la parte demandante también apela la condena en costas en primera instancia, la Sala no revocará dicha decisión dado que antes de la vigencia de la Ley 2080 de 2021, fecha para la cual se dictó fallo de primer grado, el criterio imperante para la condena en costas era objetivo. No obstante, el *A quo*, valiéndose del mismo juicio objetivo, indicó que el Consejo de Estado desde el año 2010 ha fijado que la vinculación sucesiva de supernumerarios de la DIAN se encuentra ajustado a derecho y que este tipo de servidores no tienen derecho al reconocimiento y pago de los estimulados fijados a favor del personal de planta. La Sala encuentra que tal apreciación resulta acertada para condenar a la parte demandante quien sin fundamento legal ha promovido el presente medio de control y además ha insistido en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia bajo los mismos argumentos.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 4 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- SIN condena en costas en esta instancia.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al juzgado de origen y de ello déjese registro en el Sistema SAMAI.

Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente en SAMAI)
FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

(firmado electrónicamente en SAMAI)
LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

(firmado electrónicamente en SAMAI)
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Constancia: "La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA".

MDM