




REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

PROCESO	CLASE DE ESCRITO	COMIENZA CORRER TRASLADO	A EL	TERMINA TERMINO TRASLADO	EL DE
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RAD:13001-33-33-012-2013-00011-00 ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR contra UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN	TRASLADO DE EXCEPCIONES	JUEVES TRECE (13) DE JUNIO DE 2013 A LAS 8:00 A.M.		LUNES DIECISIETE (17) DE JUNIO DE 2013 A LAS 5:00 P.M.	

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2° del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos de Cartagena, y en la página web de la rama judicial: www.ramajudicial.gov.co, hoy doce (12) de junio de dos mil trece (2013) siendo las 8:00 de la mañana.


DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

Se desfija esta lista siendo las 5:00 de la tarde del día doce (12) de junio de dos mil trece (2013).


DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA

DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

SEÑOR

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E. S. D.

Ref.: EXPEDIENTE: No. 13 001 33 33 012-2013-00011-00
DEMANDANTE: ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR
C.C.No. 73.184.485
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTUACIÓN: CONTESTACIÓN DEMANDA



EDERLINDA DE JESÚS VIANA CASTELLAR, mayor y vecina de esta ciudad, identificada con C.C. 33.106.889 de San Jacinto Bol. con Tarjeta Profesional No. 79177 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de la entidad demandada, según poder conferido por el Doctor SAMUEL MACIA CARRASQUILLA en su condición de Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena de la UAE. DIAN, por medio del presente escrito, acudo ante este Juzgado con el fin de contestar la demanda instaurada a través de apoderado judicial, por el Señor ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR con C.C.No.73.184.485 contra el Oficio No.100000202-000403 de fecha 8 de marzo de 2012, Resolución No.003928 del 31 de mayo de 2012, proferidas por la Entidad que represento.

I.- EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

LO QUE SE DEMANDA:

PRIMERA: Que se declare la Nulidad de los siguientes actos Administrativos:

- Oficio de radicación 100000202-000403 del 8 de Marzo de 2012, por medio del cual la UAE-DIAN, negó el reconocimiento y pago de la nivelación y homologación salarial a mi poderdante ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR; y
- Resolución Nro.003928 del 31 de Mayo de 2012, por medio del cual la UAE-DIAN, se resolvió un recurso de reposición, confirmando en su integridad lo resuelto en el oficio anterior.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del Derecho, se declare la existencia del contrato realidad, y como consecuencia de ello, se tenga a mi poderdante ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR, identificado con

Sue

DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

la cédula de ciudadanía Nro.73.184.485, como **FUNCIONARIO DE PLANTA**, desde el mismo instante de su ingreso a la entidad.

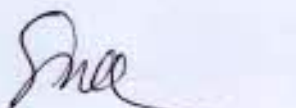
TERCERA: Que se nivele salarialmente de conformidad con las disposiciones de los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 650 de 2008, 714 de 2009 y la normatividad vigente al momento del fallos de la presente demanda, a mi poderdante **ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro.73.184.485, y se le reconozca y pague la diferencia prestacional básica fijada para el cargo que ha venido ocupando **ANALISTA IV CODIGO 204 GRADO 04**, esto según los Decretos citados en relación a la asignación que efectivamente le han venido cancelando, valores estos debidamente indexados.

CUARTA: Que, como consecuencia de la anterior revocatoria, se reliquide y pague la diferencia salarial entre el valor inferior recibido en el cargo desempeñado como supernumerario, y su verdadera asignación salarial, determinada por las funciones efectivamente desarrolladas comparadas con su par de la planta de cargos de la **DIAN – ANALISTA IV CODIGO 204 GRADO 04**, que legalmente le corresponde en aplicación de los conceptos y normas antes mencionados, desde la fecha en que fue vinculado laboralmente con la entidad demandada hasta el día de la terminación laboral, sumas que deberán ser debidamente indexadas de acuerdo al **I.P.C.**

QUINTA: Que como consecuencia de lo anterior, se reliquide y pague, la diferencia en las prestaciones sociales, como son Prima de Navidad, Prima de Servicios, Vacaciones, Prima de Vacaciones, Bonificación por servicios prestados, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Trasmportes, Horas Extras, Dominicales y festivos laborados, Compensatorios Prima de Antigüedad, de conformidad con el nuevo grado nivelado, durante todo el tiempo que prestó sus servicios personales en dicha entidad.

SEXTA: Que se reconozca y pague las prestaciones sociales designadas para los funcionarios de la planta de cargos de la **DIAN**, como lo son Incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización, desempeño nacional, y demás emolumentos y prestaciones dejadas de cancelar, de conformidad con el Decreto 1268 de 1999, artículos 5, 6 y 7, y demás normas que regulen la materia, sumas que deberán ser debidamente indexadas de acuerdo al **I.P.C.**

SEPTIMA: Que las anteriores sumas de dinero sean Indexadas, a favor de Nuestro poderdante, hasta el día en que se verifique su pago, de conformidad a lo establecido en el último inciso del artículo 187 del **C.C.A.C.A.**



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

OCTAVA: Que se ordene pagar a la entidad demandada DIAN, los intereses de mora causados desde el momento en que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia, hasta que dicho pago se haga efectivo.

NOVENA: Que no se tenga en cuenta para el presente caso, la PRESCRIPCIÓN TRIENAL, tal y como lo ha establecido el H. CONSEJO DE ESTADO, y el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SANTANDER.

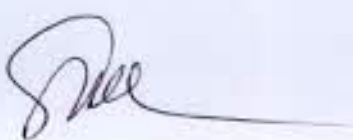
DECIMA: Se condene en Costas a la parte demandada.

Es preciso manifestar a su Despacho que me **opongo** a todas y cada una de las peticiones impetradas por el demandante por no asistirle derecho, de conformidad con las razones que se expondrán en el ejercicio de la defensa y en consecuencia, solicito al Señor Juez, desestimar las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

II:- A LOS HECHOS NARRADOS EN LA DEMANDA

En relación con los Hechos de la Demanda, procedo a dar contestación en el mismo orden en que fueron propuestos por el demandante:

1. Al primero: Mediante Resolución No.13571 se hicieron vinculaciones con el carácter de SUPERNUMERARIOS con el propósito de atender necesidades del servicio y acorde con el art.154 de la Ley 223 de 1995, entre ellos a Alejandro Javier Sotomayor Solar, por el período señalado en la misma la cual reposa en la Historia Laboral a la cual nos remitimos.
2. Al Segundo: Es cierto que fue vinculado como supernumerario. En cuanto a los periodos de vinculación nos remitimos a lo que reposa en la historia laboral.
3. Al Tercero: No le consta a la defensa. Nos atenemos a lo que reposa en la historia laboral.
- 4.- Al Cuarto. No le consta a la defensa. Nos atenemos a lo que reposa en la historia laboral.
- 5.- Al Quinto. No le consta a la defensa. Nos atenemos a lo que reposa en la historia laboral.
- 6.- Al sexto. No es Cierto: El propio demandante señala las fechas de sus diferentes vinculaciones así como los periodos de tiempo en los cuales fueron interrumpidos sus servicios.



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

Las vinculaciones realizadas a la parte demandante se hicieron con el carácter de Supernumerario, en cada acto administrativo se indica el período por el cual estaría vinculado, el motivo y la partida presupuestal de donde serían cancelados dichos servicios.

7.- Al Séptimo. No es cierto, conluye una apreciación subjetiva del actor. Es preciso señalar, que el empleo del demandante no corresponde a los empleos de planta de personal de la UAE-DIAN, al cual se accede mediante concurso público.

8.- Al octavo. No le consta a la defensa, que lo pruebe.

9.- Al noveno. No le consta a la defensa, que lo pruebe. Es de señalar que la jornada laboral, es independiente de la forma de vinculación de los empleados.

10.- No es cierto. El demandante siempre estuvo vinculado para con la UAE – DIAN, en un empleo de supernumerario, vinculado por una norma especial, que permite la vinculación de dichos funcionarios en virtud de atender el plan anual de la lucha contra la evasión y el contrabando, tal como se dispone Ley 223 de 1995.

Por tanto de acuerdo con el marco normativo especial para la UAE-DIAN, las funciones de LUCHA CONTRA LA EVASIÓN Y EL CONTRABANDO, permiten la vinculación de personal SUPERNUMERARIO a fin de atender tales necesidades, por lo que resulta válida dicha vinculación.

11.- Al décimo primero. No le consta a la defensa, que lo pruebe. Es de indicar en gracia de discusión y que solo para efectos de enriquecer el debate que nos ocupa señalamos, el hecho de aplicar instrumentos de evaluación a los supernumerarios no les otorga el derecho a ser considerados funcionarios con derecho de carrera, toda vez que para este efecto la ley ha señalado que debe adelantarse un proceso de convocatoria que implica al participante ser examinado y cumplir los requisitos y condiciones fijados en la Convocatoria y especialmente tener vacantes para los cargos sometidos a concurso de méritos. En este orden de ideas, no proceden los ingresos o ascensos automáticos, sin surtirse el respectivo proceso de selección a que hemos aludido.

12.- Al décimo segundo. En este hecho la parte actora parte de una premisa errada en consideración a que la forma de vinculación del personal de carrera de la DIAN es diferente al personal supernumerario, por manera que no puede hablarse de " su par en planta", por cuanto su par lo constituye otro supernumerario con el mismo cargo.



Por tanto no es Cierto lo expuesto por el demandante. Es preciso señalar, que el empleo del demandante no corresponde a los empleos de planta de personal de la UAE-DIAN, bajo la denominación de empleados de carrera administrativa, a la cual se accede mediante concurso público.

Del mismo modo ha de señalarse que ha sido prevista normativamente la reglamentación salarial para los supernumerarios en el art. 22 del Decreto 1072 así: "**ARTICULO 22 VINCULACIÓN DE PERSONAL SUPERNUMERARIO. (...)**

La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijara 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."

13.- Al decimo tercero: No constituye un hecho sino constituye una apreciación subjetiva del actor. Es preciso señalar, que el empleo del demandante no corresponde a los empleos de planta de personal de la UAE-DIAN, bajo la denominación de empleados de la tributación, carrera administrativa especial, a la cual se accede mediante concurso público.

14.- Al décimo cuarto: No le consta a la defensa, consideramos que esta es una apreciación subjetiva de la parte actora. Que lo pruebe.

Es de señalar que las retribuciones económicas recibidas por los servidores que ocupen cargos de la planta de personal de la DIAN correspondientes al incentivo por desempeño grupal, por desempeño de fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional por disposición del Decreto 1268 de 1999, Decreto 4050 de 2008 y demás normas concordantes, no se extiende al personal supernumerario. Y así lo expresó la Resolución demandada¹, en la cual se señala: "*De lo anterior se colige que el ordenamiento jurídico no establece, ni ha establecido los incentivos anteriormente mencionados para el personal supernumerario, toda vez que estos han sido reservados para los empleados públicos que ocupan cargos de la planta de personal de la Entidad, presupuesto legal que no se configura frente a quien se vincula bajo la modalidad de supernumerario."*

¹ Resolución No.003928 del 31 de mayo de 2012.



PARTE SEGUNDA

-En relación al Decimo Primero: No es cierto. No constituye un hecho sino una apreciación subjetiva del actor. Es preciso señalar, que el empleo del demandante no corresponde a los empleos de planta de personal de la UAE-DIAN, al cual se accede mediante concurso público.

-En relación al Décimo Segundo: Parcialmente cierto. Es cierto que presento escrito radicado con No.2012ER5883 de enero 23 de 2012 tal como se extrae de la referencia del oficio demandado², las demás manifestaciones no le constan a la defensa que lo pruebe.

Es preciso señalar, que el empleo del demandante no corresponde a los empleos de planta de personal de la UAE-DIAN, bajo la denominación de empleados de carrera administrativa, a la cual se accede mediante concurso público.

Igualmente ha de tenerse en cuenta que las retribuciones económicas recibidas por los servidores que ocupen cargos de la planta de personal de la DIAN correspondientes al incentivo por desempeño grupal, por desempeño de fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional por disposición del Decreto 1268 de 1999, Decreto 4050 de 2008 y demás normas concordantes, no se extiende al personal supernumerario. Y así lo expresó la Resolución demandada³, en la cual se señala: *"De lo anterior se colige que el ordenamiento jurídico no establece, ni ha establecido los incentivos anteriormente mencionados para el personal supernumerario, toda vez que estos han sido reservados para los empleados públicos que ocupan cargos de la planta de personal de la Entidad, presupuesto legal que no se configura frente a quien se vincula bajo la modalidad de supernumerario."*

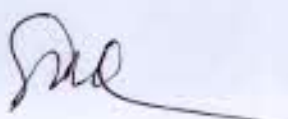
-En relación al Décimo Tercero: A través de Oficio No.100000202-000403 del 8 de marzo de 2012, se desata la petición formulada por la parte actora, a la cual nos remitimos.

-En relación al Décimo Cuarto: El recurso interpuesto es desatado a través de Resolución No.003928 del 31 de mayo de 2012, a la cual nos remitimos, en la que se resuelve: *"Confirmar en su integridad lo decidido en el oficio No.100000202-000403 del 8 de marzo de 2012..."*.

-En relación al Décimo Quinto: No nos consta que se Pruebe. Lo manifestado en este punto no pasa del plano de las meras apreciaciones subjetivas.

² Oficio No.100000202-000403 del 8 de marzo de 2012

³ Resolución No.003928 del 31 de mayo de 2012.



III.- CONSIDERACIONES DE LA DEFENSA

En éste capítulo me referiré a los cargos de la demanda, procediendo a desvirtuarlos y planteando simultáneamente las razones de la defensa, sin perjuicio de que las mismas sean ampliadas en la oportunidad procesal pertinente y sin que se puedan considerar como las únicas.

IV.- SOBRE LA VINCULACION DE LA DEMANDANTE CON LA DIAN

El demandante no ingresó a la Entidad a un cargo de carrera de la planta de personal de la Entidad, su vinculación se realizó como supernumerario, para el caso concreto, su ingreso a la AUE-DIAN, se efectuó por autorización constitucional y legal.

Existe deferencia constitucional y legal en cuanto la vinculación de empleados al sector público y privado, sin que la misma riña con lo principios constitucionales que rigen las relaciones de uno y otro sector.

La Constitución Política de Colombia en su Artículo 125, indica que los empleos en órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la Ley. Además prevé que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se logra previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

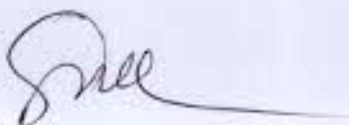
Establece la Constitución Nacional, en su art.125, que:

"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. (...)". (subrayado fuera del texto)
(...)

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes". (...).⁴

La Ley 223 de 1995, mediante la cual se dictan normas sobre la racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones, en su artículo 154 estableció dentro del plan anual antievasión, la posibilidad de que la Entidad pueda contratar personal supernumerario.

⁴ Constitución Nacional, artículo 125



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

"ARTICULO 154. FINANCIACIÓN DEL PLAN. El gobierno propondrá al Congreso de la República en el proyecto de ley de presupuesto, una apropiación específica denominada "Financiación Plan Anual Antievasión" por una cuantía equivalente a no menos del 10% del monto del recaudo esperado por dicho plan. Estos recursos adicionales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán clasificados como inversión.

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

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 79 de la Ley 488 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 443 del mismo año, profirió el Decreto 1072 de 1999, el cual señala: "

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

*La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad. Durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución⁵.
(...)"*

El artículo en mención, fue declarado exequible por la Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-725 de 2000.

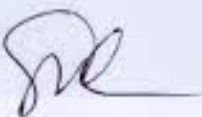
Del mismo modo el artículo 3 del Decreto Ley 765 de 2005 "Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.", dispone:

"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*

⁵ Decreto 1072 de 1999, artículo 22



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

PARAGRAFO. Los empleos de supernumerarios se rigen por las disposiciones contempladas en el Decreto 1072 de 1999."

Así mismo, es de señalarse que la demandante fue vinculada como supernumerario a la Entidad, por los periodos de tiempo que figuran en las resoluciones respectivas, y su vinculación no se efectuó mediante concurso publico para acceder a un cargo de carrera, su ingreso fue como supernumerario y con las condiciones establecidas en la ley para este tipo de cargos, que el accionante conocía a la fecha de su vinculación.

Sobre la carrera especial en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se pronunció la Honorable Corte Constitucional, así:

"La existencia de una carrera administrativa especial en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, per se no es contraria a la Carta Política, dado que el artículo 125 de la misma no orden al legislador el establecimiento de una carrera administrativa única, sino simplemente dispone que los empleados en los órganos y entidades del Estado se someten a ese régimen, que se nombren por concurso público que el ingreso a los cargos y ascenso en los mismos se realicen previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes".

(...)

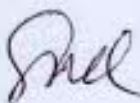
No resulta contrario a la Carta que la vinculación del personal supernumerario a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se lleve a cabo sin sujeción a las normas propias de la carrera administrativa, pues ello sólo es posible cuando las actividades a desarrollar sean transitorias, o cuando con ese carácter temporal se vincule al servicio a quienes, posteriormente podrían llegar a ser funcionarios de carrera previa participación en un concurso curso"⁶.

Las funciones desarrolladas por el accionante en la Entidad, se realizaron por necesidades del servicio dentro del plan de lucha contra la evasión y el contrabando, tal como se desprende de los actos administrativos de vinculación.

En cumplimiento de la regulación contemplada en el Decreto 1072 de 1999, se puede evidenciar que siempre fue requerido este servicio mediante resolución, estableciéndose un término de duración, una asignación mensual acorde con la nomenclatura y escala salarial de la Entidad y reconociendo prestaciones sociales por estos servicios, elementos todos estos que permiten entender que se actuó siempre atendiendo lo previsto normativamente.

Para el caso bajo estudio, la primacía de la realidad, no es otra, que la forma de vinculación avalada por la constitución nacional, la ley 223 de 1995, el decreto 1072 de 1999 y las sentencias

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-725 de 2000, M.P., Alfredo Beltrán Sierra



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

C-765 de 2000, que autorizan la vinculación del personal supernumerario a la DIAN con las restricciones legales ya mencionadas, hecho que ha sido avalado por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, por lo que la vinculación del personal supernumerario con la Entidad, se ajusta a la Constitución y la Ley, por tanto, la DIAN en ningún momento ha desconocido los derechos de la demandante y por el contrario le ha reconocido los mismos de acuerdo con las normas que los establecen.

Durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a la DIAN como supernumerario, recibió la remuneración salarial estipulada para el cargo que se le asimila en la planta de personal, recibiendo así mismo, todas las prestaciones sociales que la ley le otorga a los funcionarios públicos, con excepción de los conceptos que solo pueden ser devengados por los funcionarios que hacen parte de la planta de personal de la Entidad.

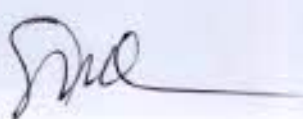
IV.-REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE LA TRIBUTACION:

Los decretos que regulan el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los expide el Presidente de la República de acuerdo con las facultades legales otorgadas en la Ley 4 de 1992.

El decreto 1268 de 1999, fue proferido por el Presidente de la República, de acuerdo con las facultades antes mencionadas, por lo que tenía la facultad legal de determinar si los incentivos consagrados en los artículos 5 y siguientes del mencionado decreto, podían ser percibidos por el personal supernumerario.

Los incentivos consagrados en el decreto 1268 de 1999, sólo fueron establecidos por el legislador para los funcionarios que ocupan cargos de la planta de personal de la Entidad y no para el personal supernumerario, ya que este, no hace parte de la planta de personal de la AUE DIAN.

En lo que respecta a los cargos de violación por parte de la Entidad a los derechos del actor a la igualdad de trato y derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, manifiesto a su Despacho que la DIAN, en ningún momento desconoció los derechos salariales del accionante ya que él recibía la remuneración consagrada en la Ley para el personal supernumerario en igualdad de condiciones y trato que los demás supernumerarios vinculados con la DIAN.



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA
Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

La aplicación del artículo 53 de la Constitución Nacional, para el presente caso no es procedente, debido a que la vinculación del demandante con la Entidad, no se realizó mediante el procedimiento establecido en la Ley para acceder a un cargo de carrera en la planta de personal de la DIAN, por lo que, no existe entonces modo de comparar las normas legales que se ocupan de la vinculación y salario de los trabajadores de planta con las del personal supernumerario, por ser dos regímenes totalmente diferentes.

Respecto a las afirmaciones que hace el apoderado del demandante en que la prestación de su servicio como funcionario supernumerario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, le da el derecho a recibir los incentivos al desempeño previstos en el Decreto 1268 de 1999, hay que analizar lo siguiente:

El artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, norma vigente para la vinculación de personal supernumerario a la DIAN, determina que 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 curso concurso.

Estipula el mencionado artículo que los supernumerarios tendrán derecho a percibir las "prestaciones sociales" existentes para los servidores de la contribución; se entiende por prestaciones sociales aquellas que devengan los funcionarios de la rama ejecutiva, tales como la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad, etc, las cuales son percibidas tanto por los funcionarios de planta como por los supernumerarios.

Por otra parte, el Decreto 1268 de 1999, establece en los artículos 5, modificado por el artículo 5 del Decreto 618 de 2006, 6 y 7 los incentivos por Desempeño Grupal, al Desempeño en Fiscalización y Cobranzas y por Desempeño Nacional, respectivamente, señalando en forma expresa que los incentivos no constituirán factor salarial para ningún efecto legal y se determinarán con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

Advierten las normas citadas, que tales incentivos van dirigidos a funcionarios que ocupen cargos de la planta de personal y por eso es preciso afirmar que los funcionarios de la DIAN que tienen



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA
Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

derecho a percibir los mencionados incentivos, son exclusivamente aquellos servidores de la contribución **QUE OCUPEN CARGOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ENTIDAD.**

Para la época en que el accionante, fue vinculado a la Entidad, se encontraban vigentes los artículos 17 y siguientes del Decreto 1072 de 1999, que determinaba:

"NATURALEZA DE LOS EMPLEOS. Los empleos de la planta de personal de la DIAN tendrán el carácter de empleos del sistema específico de carrera. (...) y "POR NOMBRAMIENTO. La provisión de los empleos en la DIAN podrá realizarse mediante las siguientes clases de nombramiento: a) NOMBRAMIENTO ORDINARIO (...) b) NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA (...) c) NOMBRAMIENTO PROVISIONAL (...) d) NOMBRAMIENTO DE ASCENSO (...)"

Así mismo, establecía el artículo 33 del Decreto señalado que para la provisión definitiva de los cargos del sistema específico de carrera será obligatorio adelantar, alguno de los siguientes concursos de mérito: Concurso de ascenso o Concurso abierto.

Del mismo modo a partir de la vigencia del artículo el art 26 del Decreto 765 de 2005 se está sujeto a la siguientes clases de nombramientos- NOMBRAMIENTO ORDINARIO (...)- NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA (...)- NOMBRAMIENTO PROVISIONAL (...).

Para el caso concreto, el actor no participó en ninguno de los procesos de selección antes mencionados consagrados por las normas para acceder a los empleos del sistema específico de carrera, y por el contrario tal como se afirma en el escrito de la demanda su vinculación se efectuó como personal supernumerario.

Por lo tanto, desde el punto de vista legal, existe diferencia entre la vinculación de un supernumerario y la provisión de un empleo de carrera, lo cual no vulnera el principio de igualdad, precisamente porque la vinculación del personal supernumerario es diferente del que forma parte de la planta de personal de carrera de la DIAN.

Es decir, que no son iguales y este principio de derecho se vulnera sólo si da tratamiento diferente a quienes ostentan la calidad de iguales, como por ejemplo, si se hubiesen reconocidos derechos del sistema específico de carrera de la DIAN a algún supernumerario (lo que legalmente no es viable como ya se analizó) y no se le conocieran al actor.

Consideramos preciso señalar que acorde con el criterio expuesto por la Jurisprudencia Nacional en alusión al principio de igualdad, "DIFERENCIAR NO ES DISCRIMINAR", por tanto no resulta



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

violatorio del referido artículo constitucional el hecho que el legislador haya considerado un régimen de empleados de planta de personal de carrera de la DIAN y otro diferente para los empleos de supernumerarios.

Así las cosas es evidente que en ningún momento la DIAN ha violado principios constitucionales en la vinculación del personal supernumerario, ya que se ha dado cumplimiento al ordenamiento legal vigente para el efecto, sin desconocer el principio de igualdad, el cual no ha sufrido menoscabo alguno puesto que la igualdad se aplica entre iguales, es decir frente a la misma situación, no pudiéndose pregonar desigualdad frente a situaciones legales diferentes, ya que no se puede pretender igualdad entre dos clases de vinculación que la ley a previsto como diferentes y frente a las cuales existe tratamiento legal distinto.


Lo anterior, significa que los incentivos consagrados en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, solo pueden recibirlos los servidores de la contribución que desempeñen empleos de planta y como ya se ha afirmado los supernumerarios no hacen parte de la planta de personal de la Entidad, ya que son vinculados a la misma de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999. Consideramos desproporcionada la pretensión del demandante que busca hacer extensivo un incentivo creado por disposición expresa del legislador a los funcionarios de planta que pertenezcan al régimen de carrera.

Durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Entidad en cumplimiento de la Ley le canceló todos los conceptos salariales a que tenía derecho como servidor público, con excepción de los incentivos ya mencionados los cuales van dirigidos exclusivamente a los funcionarios de planta y no se extienden a los supernumerarios cuya vinculación es temporal y específica.

En pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, dentro del expediente 08001-23-31-000-2003-01429-01(1393-07), sentencia de fecha 23 de octubre de 2008, se expuso:

(...)

Con lo anterior, para la Sala, se toma inviable la posibilidad de dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por el demandante, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN; no lo es menos, que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, con solución de continuidad, por periodos que no excedieron los once meses, incluidas las prórrogas, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando.

De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación del actor, por varios meses 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.

En igual sentido, tampoco encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de igualdad, cuya vulneración alega el 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 a todas luces, el modo excepcional de vinculación del actor a la Administración, no es el mismo que el del personal de planta de la U.A.E. DIAN, advirtiendo además, que dicho modo precario de vinculación, solo 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, tal como se desprende de la certificación de pagos por salarios y deducciones emitida por el Jefe de la División de tesorería de la DIAN. (Folios 173 a 179 Cuaderno Principal).

Ahora bien, probado como se encuentra, que el demandante laboró en la Entidad en calidad de Supernumerario, la Sala abordará el estudio de los conceptos que pretende le sean reconocidos, a fin de establecer, si le asiste el derecho a percibir la

Prima Técnica y los Incentivos por desempeño Grupal y Nacional, al igual que el salario del mes de noviembre de 2002.

(...)

INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL

El Decreto No. 1268 de 1999, en su artículo 5°, determinó que el incentivo por Desempeño Grupal, es reconocido mensualmente a los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal, en los siguientes términos:

"Artículo 5°. Incentivo por Desempeño Grupal. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del 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).

En consideración a lo normado por la disposición transcrita, para la Sala es evidente que al actor no le asiste derecho al reconocimiento y pago del incentivo en mención, en atención a que el mismo, solo puede ser reconocido en relación con el personal de la contribución que ocupe cargos de la planta de personal de la entidad.

INCENTIVO POR DESEMPEÑO NACIONAL

De igual manera, el Decreto No. 1268 de 1999 en su artículo 7°, 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:



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

“Artículo 7°. 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.” (Resalta la Sala).

Se tiene entonces que al demandante tampoco le asiste el derecho al reconocimiento y pago de dicho incentivo, habida cuenta que no ocupó cargo alguno en la planta de personal de la U.A.E. DIAN.

Atendiendo a lo dicho en párrafos anteriores, encuentra la Sala que le asiste razón al a quo para negar al demandante el reconocimiento de la Prima Técnica y de los Incentivos por desempeño Grupal y Nacional, en consideración a que tales beneficios, como se advirtió, son susceptibles de reconocimiento para el personal de planta de la Entidad, según lo dispuesto por la normativa especial que regula la materia en estudio.

(...)

En reciente fallo el Honorable Consejo de Estado se pronunció a través de Sentencia del 24 de octubre de 2012. Exp.No.25000-23-25-000-2009-00546-01(0600-12).

“Advierte la Sala, que la vinculación de la actora a la Entidad demandada en los períodos laborados fue siempre en calidad de Supernumerario en el cargo de PROFESIONAL EN INGRESOS PÚBLICOS I NIVEL 30 GRADO 19, en el Grupo Interno de Trabajo de Coactiva de la División de Cobranzas de la Administración Local de Impuestos de Personas Naturales de Bogotá con el propósito de atender las necesidades del servicio, según consta en las diversas Resoluciones de nombramiento y prórroga, fundamentándose en su expedición en el artículo 154 de la Ley 223 de 1995 para el desarrollo del Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando...(“).

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. (...).


No es posible dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por la actora, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de –DIAN–, su vínculo con la Administración 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 plan de lucha contra la evasión y el contrabando.

Ahora bien, probado como se encuentra, que la demandante laboró en la Entidad en calidad de Supernumerario, la Sala abordará el estudio de los conceptos que pretende le sean reconocidos, a fin de establecer, si le asiste el derecho a percibir los Incentivos por desempeño Grupal y Nacional.

INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL

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

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



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

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 determinara 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).*

Es evidente que a la actora no le asiste derecho al reconocimiento y pago del incentivo en mención, en atención a que el mismo, solo puede ser reconocido en relación con el personal de la contribución que ocupe cargos de la planta de personal de la entidad.

INCENTIVO AL DESEMPEÑO DE FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS

El Decreto 1268 de 1999, en su artículo 6°, 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 ejecutoria en fiscalización y cobranza, en los siguientes términos:

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.*

Del material probatorio obrante en el expediente se desprende, que la actora desarrolló funciones que implica el ejercicio directo de labores ejecutoria en fiscalización y cobranza, no es posible su reconocimiento si se tiene en cuenta que este incentivo solo puede ser reconocido en relación con el personal de la contribución que ocupe cargos de la planta de personal de la entidad.

INCENTIVO POR DESEMPEÑO NACIONAL

De igual manera, el Decreto 1268 de 1999 en su artículo 7°, 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:

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 causara por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal." (Resalta la Sala).

Se tiene entonces que a la actora tampoco le asiste el derecho al reconocimiento y pago de dicho incentivo, habida cuenta que no ocupó cargo alguno en la planta de personal de la U.A.E. DIAN.

En las anteriores condiciones, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de julio de 2011 que negó las pretensiones de la demanda."



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

De la misma forma el Honorable Consejo de Estado se pronunció a través de Sentencia del siete (7) de febrero de dos mil trece (2013). Rad.No.: 25000-23-25-000-2009-00573- 01(1692-12), así:

"De los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1990 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 cargos de la planta de personal de la entidad. Significa que el accionante durante todo el tiempo de vinculación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ha sido en calidad de Supernumerario y no de funcionario de la contribución de la planta de personal de la entidad, por tanto, no es posible acceder al reconocimiento de los referidos incentivos. En esas condiciones le asiste razón a la DIAN y al Agente Fiscal cuando afirma que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional porque no acreditó el cumplimiento de los requisitos. En consecuencia se revocará la sentencia impugnada que accedió al reconocimiento de los incentivos reclamados y en su lugar procederá a negarlos."

Del mismo modo el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda- en Sentencia del 17 de marzo de 2011. Expediente: 250002325000 2009 0055 01. Actor: Mónica Patricia Taylor y como Magistrada Ponente la Honorable Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el cual la controversia decidida es similar a la que nos ocupa en el caso Sub- JUDGE, al respecto señaló en algunos de sus apartes:

"Problema Jurídico. La Sala observa que el problema jurídico a resolver se estructura en determinar si el hecho de que la demandante haya sido vinculada como supernumeraria en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30, Grado 18 y posteriormente como Gestor I Nivel 301, Grado 01, en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, le da derecho a recibir los incentivos por Desempeño Grupal, por Desempeño en Fiscalización y Cobranzas y por Desempeño Nacional, establecidos en el Decreto 1268 de 13 de julio de 1999 "Por el 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"; o si por el contrario éstos incentivos son únicos y exclusivamente para los empleados públicos que ocupen cargos de la planta de personal de la Dirección de Aduanas Nacionales DIAN,...

Ahora bien, establecen las normas que regulan la figura del supernumerario en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, que tendrán derecho a las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución dentro de las cuales se entiende aquellas que devengan los funcionarios de la rama ejecutiva; tales como bonificaciones por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad entre otros, prestaciones que fueron canceladas oportunamente por la Entidad demandada a la actora. .../

En efecto el Decreto 1268 de 13 de julio de 1999 "Por el 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", estableció en sus artículos 5,6 y 7, los incentivos por desempeño grupal, por desempeño por fiscalización y desempeño nacional normas que ya fueron trascritas por la Sala y en las cuales se hace alusión a los servidores públicos de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad.



Pues bien, en estas normas se consagra en forma expresa que los incentivos anotados, en primer lugar son para los servidores públicos a través de concurso y la actora era un supernumerario tal y como ha quedado demostrado dentro del plenario y en segundo lugar, que no constituyen factor salarial para ningún efecto legal y que la forma de determinarlos o mejor aun liquidarlos se hará con base de la evaluación de gestión que se realiza cada seis meses por éste tipo de servidores.

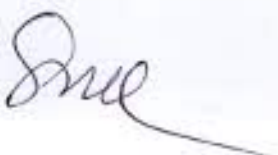
En este orden de ideas, precisa la Sala que si bien, la actora, logró demostrar su permanencia en la Entidad demanda por más de cinco años, también lo es, que su vinculación fue en virtud de la ley, situación que de antemano ella aceptó al posesionarse como supernumerario y no como empleado público mediante concurso, luego entonces no por ello puede pretender desvirtuar la relación legal y reglamentaria autónoma que la ligó desde un comienzo con la administración, más aun cuando es la propia ley quien permite este tipo de vinculaciones...

Por todo lo anterior, se tiene, que los actos demandados se expidieron de acuerdo con la constitución y la ley y que los mismos no se encuentran viciados por falsa motivación o desviación de poder.

En cuanto a la sentencia C-401 de Agosto 19 de 1998 de la Corte Constitucional consideramos que no aplica, para el caso en estudio, toda vez que la misma se ocupa de analizar la constitucionalidad de una norma de carácter general referida al personal supernumerario que rige para las entidades públicas cuya administración de personal no goza de un ordenamiento jurídico especial y propio, lo que no ocurre con la Unidad Administrativa Especial DIAN, que **SÍ** goza de un ordenamiento jurídico especial y propio que regula la vinculación del personal supernumerario, tal y como se demostró, lo cual desvirtúa de manera absoluta el cargo formulado por el actor.

Señala igualmente la parte actora, que: *"Como la entidad misma lo indica, en el acto administrativo, es claro en indicar: "...procesos de selección para proveer cargos de carrera en la DIAN no se hacen desde el año 1997". Es así que la DIAN, desde el año 1997, para vincular personal a su planta, está utilizando un sistema excepcional a las reglas generales de carrera."*

Frente a este particular es de señalarse que la parte demandante no señala que acto administrativo realizó la mencionada cita, lo cual dificulta el debate jurídico, pues es de señalar que los actos demandados no indican la cita textual a que se alude en el memorial de la demanda. No obstante lo anterior, es de señalar que actualmente se halla vigente la Convocatoria 128 de 2009⁷, tendiente a proveer por concurso abierto de méritos, empleos de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pertenecientes al sistema



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

especifico de carrera administrativa. Es claro entonces que no le asiste razón al accionante, quedando desvirtuados los cargos formulados en la demanda.

-De otra parte tampoco es factible que se tenga como "FUNCIONARIO DE PLANTA", al demandante Alejandro Javier Sotomayor Solar, por cuanto tal como se ha demostrado en el devenir procesal, no es viable jurídicamente homologar un tipo de nombramiento con otro como se pretende en la demanda, situación que carece de fundamento legal y riñe con el carácter reglado de la Administración Pública.

Plantea igualmente la actora en sus pretensiones "Que se nivele salarialmente de conformidad con las disposiciones de los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 650 de 2008, 714 de 2009". Es de señalar que en esta pretensión se observa un hecho nuevo no alegado en vía gubernativa al pretender se nivele salarialmente con base en los Decretos "618 de 2006, 607 de 2007, 650 de 2008, 714 de 2009", pues ante la Administración esta pretensión no fue argumentada, lo que de entrada resalta la ineptitud de la demanda y que conlleva inexorablemente a un fallo inhibitorio.

De igual forma el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, acorde con el Decreto 1268 de 1999, solo se reconoce a quienes "...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," por manera que no se hace extensivo al personal supernumerario, de donde se reafirma la improcedencia del cargo, e igualmente el porcentaje se encuentra sujeto a la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses, por parte de la Entidad⁶, tal como lo determina el mencionado ordenamiento, pudiéndose establecer un porcentaje inferior, acorde con la evaluación de la gestión tal como lo señala la norma.

De la misma forma el artículo 4 del Decreto 607 de 2007 señaló: "El incentivo por desempeño grupal, para los empleados a que se refiere el artículo 1° del presente decreto, 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. **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 (6) meses.**" (negritas fuera del texto).

De igual forma es de señalarse que el Decreto 650 de 2008, en su artículo 4 señaló: "El incentivo por desempeño grupal, para los empleados a que se refiere el artículo 1° del presente decreto, no podrá

⁷Decreto-Ley 765 de 2005



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

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.

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 (6) meses. (negritas fuera del texto).

Con base en todo lo que antecede, podemos establecer con absoluta claridad que la Administración obró conforme a derecho, ciñendo su actuar a lo dispuesto en las normas que regulan la materia al respecto, resultando ostensible la legalidad de los actos administrativos atacados en esta oportunidad. Siendo evidente la inexistencia de la violación de las normas citadas por el demandante, art. 83 del Decreto 1042 de 1978, art.22 del Decreto 1072 de 1999, arts.1, 53,25,13, 122 de la Constitución Política Nacional, art.27 Ley 909 de 2004.

V.- EXCEPCIONES.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 175 del C.P.A.C.A., proponemos las siguientes excepciones:

1.- FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA POR LA NATURALEZA DE LAS PRETENSIONES.

Si bien es cierto en el sub judice el problema jurídico planteado es de carácter laboral y se demanda la nulidad de actos administrativos, también lo es que se trata de controversias laborales originadas en la declaración de una relación de trabajo entre el Estado (empleador) y el demandante, lo que significa a la luz de las normas que regulan la materia, que la jurisdicción competente para dirimir la controversia es la Jurisdicción Ordinaria Laboral, y no contenciosa

El debate se cieme sobre la declaración de una relación laboral, es decir, de un contrato realidad, para la fecha de presentación de la demanda se encontraba en vigencia la ley 712 de 2001 "Por la Cual se Reforma el Código Procesal del Trabajo" la cual establece en su artículo 2°. La competencia de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laborales y de Seguridad Social, y aluden las normas lo siguiente:

Ley 712 de 2001 POR LA CUAL SE REFORMA EL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO

...(...)

Artículo 2°.- COMPETENCIA GENERAL: La jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

...(...)

⁸ Comité Programa de Promoción e Incentivos de la DIAN



1.- Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

6.- Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.

Como se observa de las normas y de su vigencia, la demanda ha debido proponerse ante los Juzgados Laborales del Circuito, como quiera que lo que se debate dentro del proceso es la declaración de la existencia de una relación laboral, es decir, la existencia de un contrato de trabajo y no de un contrato de prestación de servicios. Ahora bien, como quiera que en la administración el personal vinculado por contrato de trabajo, corresponde a los trabajadores oficiales, y no a los empleados públicos, la declaración de relación laboral en su equivalente a un contrato de trabajo, corresponde entonces a la jurisdicción ordinaria laboral, lo cual nos lleva a concluir que carece de competencia y jurisdicción los Juzgados Administrativos del Circuito para resolver el caso de autos en razón de la competencia atribuida por la ley 712 de 2001 como queda expuesto.

2.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:

El artículo 164 del C.P.A.C.A., señala lo pertinente a la caducidad de la oportunidad para presentar la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, así: *"d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales."*

En el caso que nos ocupa, salta a la vista, que ocurrió el fenómeno de la caducidad de la acción, pues en la demanda se señala en el acápite "CAPITULO VII DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN que la notificación personal se surtió " el 13 de junio de 2012" , es decir que la demanda debió interponerse a mas tardar el 13 de octubre de 2012, por manera que presentándose la demanda el 21 de enero de 2013, habiendo transcurrido más del tiempo de caducidad, esto es, después de los cuatro (4) meses previstos en la ley para tal efecto, cuando ya había vencido el término de caducidad para demandar, la misma resulta extemporánea.

Lo anterior se convierte en un verdadero obstáculo que impide que su Despacho pueda fallar de fondo el presente asunto, por lo que respetuosamente solicitamos declarar probada la excepción propuesta y dar por terminado el proceso.



3.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, EL REGIMEN ESPECIAL DE VINCULACION DEL PERSONAL SUPERNUMERARIO DE LA UAE-DIAN, PREVALECE SOBRE EL REGIMEN GENERAL

Conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, las normas especiales prevalecen sobre las normas generales. Así lo contempla en forma general el ordenamiento legal colombiano, al preceptuar en el Art. 5º de la Ley 57 de 1887 que si en los códigos que se adoptaron en virtud de la misma ley se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, *"la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general"*.

Igualmente, el Art. 1 del C.C.A., al señalar el campo de aplicación de éste, prevé que *"los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas (...)"*, disposición que de igual forma se mantiene en la actual regulación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el inciso final del artículo 2º (...) *"Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán disposiciones de este Código."*

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia No. C-078 DE 1997, señaló:

"(...) con el objeto de contribuir a la solución de las contradicciones o antinomias que puedan presentarse entre las diferentes normas legales, las leyes 57 y 153 de 1887 fijaron diversos principios de interpretación de la ley, que en este caso pueden ser de recibo.

"Entre los principios contemplados por las dos leyes mencionadas se encuentra el de que cuando en los códigos adoptados se hallen disposiciones incompatibles entre sí "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general" (numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887). Esta máxima es la que debe aplicarse a la situación bajo análisis: el Código Contencioso Administrativo regula de manera general el instituto de la revocación directa de los actos administrativos y el Estatuto Tributario se refiere a ella para el caso específico de los actos de carácter impositivo."

De acuerdo con lo anterior, de manera GENERAL, el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, por medio del cual se estableció el sistema de clasificación, nomenclatura y escalas de remuneración de los empleos, y el artículo 83 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978, señalaron los eventos en los cuales la administración en general podía recurrir a la vinculación del personal supernumerario, así: 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. Además se infiere, que el término de vinculación de dicho personal, por regla general no excedía de tres meses; exceptuándose el caso en que se requiriera personal transitorio por lapsos

DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

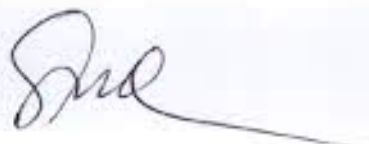
mayores, para lo cual se necesitaba autorización especial del Gobierno. Igualmente, que su remuneración se fijaba de acuerdo a las actividades que desarrollara, teniendo en cuenta las escalas establecidas en el mismo Decreto Extraordinario. En relación con el pago de prestaciones sociales, tenía derecho a percibir las establecidas para los empleados públicos.

Las disposiciones citadas son las que enuncia la parte demandante como sustento de sus pretensiones, pero omite señalar el régimen especial referente a la vinculación del personal de SUSPERNUMERARIOS DE LA UAE-DIAN, que constituye un régimen especial, que debe prevalecer sobre las normas generales y que se describe a continuación.

A pesar de la regla general sobre vinculación del personal de supernumerarios establecida en las normas anteriores, para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL- DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN", respecto de dichos funcionarios, se han expedido normas especiales, que determinan su vinculación, permanencia y retiro y que no deben confundirse con la regla general, so pretexto de consultar la realidad sobre las formalidades, como lo pretende el demandante.

Específicamente, en relación con los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, el Decreto 1647 de 1991, *"Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 14, contempló la posibilidad de vincular personal Supernumerario, se efectuaba a fin de que desarrollara actividades de carácter transitorio. Vinculación que no debía exceder de seis meses, a excepción de que la Administración requiriera de un término superior, caso en el cual se requería autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

De otra parte, el Decreto 1648 de 1991, en relación con los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, contempló en su artículo 14, igualmente la posibilidad de vincular personal Supernumerario. El Decreto 2117 de 1992, en virtud del cual se produjo la fusión 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; dispuso en su artículo 112, que el régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de sus funcionarios, 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



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

Supernumerarios se refiere, su vinculación, permanencia y retiro, se regía por lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991.

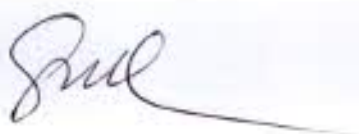
Por su parte, el Decreto 1693 de 1997, por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el artículo 29, señaló, de la misma manera, que en cuanto a la vinculación, permanencia y retiro del personal Supernumerario, era aplicable lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 en concordancia con la Ley 223 de 1995, disposición ésta última por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, en su artículo 154, estableció la posibilidad de vincular personal Supernumerario, en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal.

Por último, el Decreto 1072 de 1999, "*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN*", en su artículo 22, prescribió en relación con la vinculación del personal Supernumerario, 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.

Así pues, de las normas transcritas anteriormente, se puede determinar que si bien existe un régimen general para la vinculación permanencia y retiro del personal supernumerario, en lo que respecta a dicho personal existe una regulación especial para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL- DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN", en la cual se determina específicamente, que dicho personal se puede vincular :

- Para la lucha contra la evasión y el contrabando.
- Para actividades transitorias.
- Para vincular al personal en concursos abiertos bajo la modalidad concurso o curso.
- A fin de suplir o atender necesidades del servicio,

De lo anterior se concluye, que el personal supernumerario de la UAE- DIAN, bajo su reglamentación especial, puede ser provisto entonces para la lucha contra la evasión y el contrabando, el cual no tiene la condición de temporalidad del régimen general y tampoco puede ser nivelado con el personal de carrera administrativas de la Entidad, pues su vinculación excepcional hacen que su provisión permanencia y retiro sean también excepcionales, al respecto en sentencia de fecha 23 de octubre de 2008, proferida por el Honorable Consejo de Estado, con



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del expediente 08001-23-31-000-2003-01429-01(1393-07), y respecto al personal supernumerario de la UAE-DIAN, señaló la improcedencia de aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, respecto del personal supernumerario la sentencia señaló:

"Con lo anterior, para la Sala, se toma inviable la posibilidad de dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por el demandante, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN; no lo es menos, que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, con solución de continuidad, por períodos que no excedieron los once meses, incluidas las prórrogas, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando.

De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación del actor, por varios meses 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.

En igual sentido, tampoco encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de igualdad, cuya vulneración alega el 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 a todas luces, el modo excepcional de vinculación del actor a la Administración, no es el mismo que el del personal de planta de la U.A.E. DIAN, advirtiendo además, que dicho modo precario de vinculación, solo 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, tal como se desprende de la certificación de pagos por salarios y deducciones emitida por el Jefe de la División de tesorería de la DIAN. (Folios 173 a 179 Cuaderno Principal).

Descendiendo al caso de autos, y si se observan la resoluciones de nombramiento, de supernumerario, estas tienen como fundamento de las mismas el artículo 154 de la Ley 223 de 1995, por el cual la UAE-DIAN puede vincular supernumerarios para la lucha contra la evasión y el contrabando, actividad que cumple el demandante al decir de la certificación de funciones aportadas por éste al proceso.

4- FALTA DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE CONTRATO REALIDAD.

Se fundamenta la presente excepción en el hecho que se solicita por la parte actora la declaratoria de la existencia del contrato realidad, sin mencionar o probar los elementos necesarios para configurar dicha relación de orden contractual.



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

Para el efecto es bueno recordar que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público -relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesaria la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son:

- 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la Entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política);

Para el caso concreto el artículo 22 del Decreto Ley 1072 de 1999 "Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, señaló que 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 y para el ejercicio de actividades transitorias.

- 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política),y;

Para el caso concreto el artículo 22 del Decreto Ley 1072 de 1999 "Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN ", señaló que 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 y para el ejercicio de actividades transitorias. Como se podrá apreciar existe unas claras funciones dentro de la planta de personal.

- 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales.

Para el caso concreto Ley 223 de 1995 "Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones", en su artículo 154 dispuso la fuente de financiación de recursos para contratar los supernumerarios, que no es otro que el 10% del rubro Financiación Plan Anual Anti evasión.

Además, en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y



DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos.

Por lo tanto su vinculación no es permanente pero puedo extenderse en el tiempo mientras las necesidades del servicio así lo exijan o lo aconsejen, con la excepción contemplada en el inciso tercero del artículo 22 del Decreto 1072 de 1999.

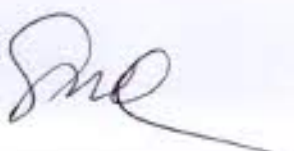
Sobre este particular consideramos oportuno traer a colación pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, en, Sentencia de 23 de octubre de 2008, Exp. 08001-23-31-000-2003-0142901 (1393-07), M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, en donde se expuso, transcribimos apartes pertinentes:

"Para la Sala, se toma inviable la posibilidad de dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocadas por el demandante, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN; no lo es menos, que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, con solución de continuidad, por periodos que no excedieron los once meses, incluidas las prórrogas, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando. De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación del actor, por varios meses 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..."

Al no existir elemento fáctico y respaldo jurídico que permita al actor asegurar un "contrato realidad" de manera atenta me permito solicitarle se declare probada la presente excepción de acuerdo a los argumentos antes señalados.

5.- PRESCRIPCIÓN DERECHOS LABORALES

Sin que signifique aceptación alguna frente a las pretensiones de la demanda, se propone la presente excepción pues, por el simple transcurso de tiempo, toda vez que la demandante pretende el reconocimiento y pago de obligaciones laborales surgidas en presunta relación laboral respecto de su vinculación como supernumerario, así como de todas aquellas reclamaciones que no se hubieran realizada durante el término de tres (3) años a partir de que se hubieren echo exigibles.



En razón a que la oportunidad para iniciar las acciones que emanan de los derechos laborales causados prescriben en dos (2) años. Para el trabajador este término se contará desde la fecha en que se hicieron exigibles tales obligaciones, propongo la excepción de prescripción de acuerdo con el Artículo 49 de la Ley 712 de 2001 y demás normas concordantes (artículos 102 del decreto 1848 de 1969 y 41 del Decreto 3135 de 1968).

6.-INEPTA DEMANDA AL PRESENTARSE EN LA MISMA UN INDEBIDO AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA, VIOLENTANDOSE EL PRINCIPIO DE DISCUSION PREVIA Y POR CONSIGUIENTE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN ENTRE OTROS.

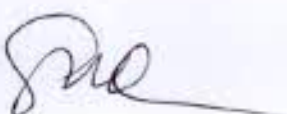
Una de las más notorias características del proceso administrativo, es la exigencia de la discusión previa con la Administración.

Este presupuesto es requerido para la viabilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el el art.135 del C.C.A.⁹, que dispone: "ARTICULO 135. POSIBILIDAD DE DEMANDA ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA ACTOS PARTICULARES. <Subrogado por el artículo 22 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. (...)".

El art.161 del C.P.A.C.A., plantea como requisitos de procedibilidad previos para demandar: "(...) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley sean obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado la oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral."

De igual forma el art.103 del C.P.A.C.A., señala que: "En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberá observarse los principios constitucionales y los de derecho procesal."

Las normas citadas en precedencia plantean la necesidad de la previa discusión con la autoridad administrativa, como requisito inexorable para promover la actividad jurisdiccional, lo cual además de ser una exigencia de la normatividad anterior art. 135 del Decreto 01 de 1984 modificado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989, también a nuestro juicio lo es en la actualidad acorde con lo contemplado en el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, citado.



En la demanda en estudio se están presentado y alegando pretensiones nuevas que no guardan identidad con las propuestas en sede administrativa ni aún en vía gubernativa con ocasión a la interposición del correspondiente recurso de reposición, dado que se pide en esta oportunidad entre otras en el ordinal tercero: " *Que se nivele salarialmente de conformidad con las disposiciones de los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 650 de 2008, 714 de 2009 y la normatividad vigente al momento del fallos(sic) de la presente demanda, a mi poderdante CARLOS EDUARDO ANGULO CARDONA, (...)*".

Estas normas no fueron llevadas por el actor al debate gubernativo por tanto en torno a estas pretensiones no tuvo la oportunidad de manifestarse, violentándose de esta forma el principio de discusión previa, y por consiguiente el ejercicio del derecho de contradicción de mi representada (artículo 29 C.P.N.), lo cual determina de entrada la improcedencia de la pretensión, por lo que solicitamos de manera respetuosa sea desestimada por su Despacho.

Estos argumentos no los comparte la Administración y sobre los mismos no tuvo la oportunidad de manifestarse en vía gubernativa, y por ello la Administración no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones hechas a su actuación, configurándose de esta manera un cargo nuevo, respecto del cual no hubo un debido agotamiento de la vía gubernativa, lo cual determina la ineptitud de la demanda.

7.- EXCEPCION DE INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO POR EL ACTOR:

Tal como hemos insistido en el presente asunto y se ha venido insistiendo desde sede administrativa, y se deriva de las normas analizadas a los empleados denominados supernumerarios, la ley ha establecido una forma particular de vinculación y un régimen legal y prestacional específico, siendo su salario fijado mediante decreto expedido anualmente por el Gobierno Nacional, cumpliéndose los parámetros estipulados en la ley en cuanto a la disponibilidad presupuestal, de acuerdo a la escala salarial igualmente fijada para la calidad de vinculación como supernumerario, la cual también es específica para esta clase de empleados.

Es evidente que en ningún momento la DIAN ha violado principios constitucionales en la vinculación de su personal supernumerario, ya que se ha dado cumplimiento al ordenamiento legal vigente para el efecto, sin desconocer el principio de igualdad que aduce el apoderado ha sido

⁹ Norma vigente para la época de la expedición de los actos administrativos que son objeto de demanda.



Igualmente solicito a su Despacho declarar probadas las excepciones propuestas y las demás que encuentre probadas acorde con lo dispuesto en el art. 180 Nral 6 del C.P.A.C.A.

VII.- PRUEBAS

Como pruebas acompaño copia auténtica de la Historia Laboral del Señor **ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR** C.C.No.73.184.485, - del Oficio No.100000202 000403 del 8 de Marzo de 2012 - Resolución No.003928 del 31 de mayo de 2012.

-Convocatoria No.128 de 2009 realizada por la Comisión Nacional de Servicio Civil, y el Acuerdo No.108 del 6 de agosto de 2009. -Convocatoria No.003 de 2006 realizada por la Comisión Nacional de Servicio Civil y Acuerdo No.008 de 10 de enero de 2007.

-Oficiar a la Comisión Nacional de Servicio Civil se certifique sobre existencia y fecha de la Convocatoria No.003 de 2006 y la Convocatoria 128 de 2009 por medio de la cual se convocó al proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos empleos de carrera administrativa de la DIAN, la cual podrá solicitarse a la Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia.

VIII.-PERSONERIA

Solicito sea reconocida.

IX.-NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la secretaria de su despacho y en la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena, ubicada en manga 3 avenida, Calle 28 No. 25-04. Dirección electrónica de la DIAN: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

X.- ANEXOS

-Poder para actuar, Resolución No. 000090 del 27 de Septiembre de 2012 (publicada en el Diario Oficial No. 48.567 del 28 de septiembre de 2012), Resolución No.000102 del 19 de octubre de 2012, y Resolución No.000034 del 27 de febrero de 2013, Actas de posesión de ubicación del Jefe de la División y de la suscrita.



www.dian.gov.co


DIVISION GESTION JURIDICA TRIBUTARIA

Contestación demanda radicada con No. 13-001-33-33-012-2013-00011

- Copia auténtica de la Historia Laboral del Señor **ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR** C.C.No.73.184.485. - del Oficio No.100000202 000403 del 8 de Marzo de 2012 y de la Resolución No.003928 del 31 de mayo de 2012.

-Copia bajada de pagina web de la Comisión Nacional de Servicio Civil, de la Convocatoria No.128 de 2009 realizada por la Comisión Nacional de Servicio Civil, y el Acuerdo No.108 del 6 de agosto de 2009. -Convocatoria No.003 de 2006 realizada por la Comisión Nacional de Servicio Civil y Acuerdo No.008 de 10 de enero de 2007.

Respetuosamente,


EDERLINDA DE JESUS VIANA CASTELLAR
C.C. 33.106.889 de San Jacinto Bol.
T.P. No. 79177 del C.S. de la J.

DIRECCION S. DE ADMINISTRACION JUDICIAL
CARTAGENA DE INDIAS
OFICINA DE SERVICIOS
EN CARTAGENA DE INDIAS 03 DE MAY 2013
RECIBIDO
MES DE _____ DEL AÑO 20____ FUE PRESENTADO
PERSONALMENTE POR Ederlinda Viana Castellar
IDENTIFICADO CON C.C. 33.106.889 San Jacinto
Y T.P. No. 79177 DEL C.S. DE LA J.
QUIEN RECONOCE COMO SUYA
EN ESTE DOCUMENTO
FIRMA Y SELLO 