



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (8) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-31-005-2016-00039-01
DEMANDANTE:	CELMIRA ISABEL DÍAZ BUSTAMANTE
DEMANDADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - "DIAN"
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 31 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹.

La señora **CELMIRA ISABEL DÍAZ BUSTAMANTE**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - "DIAN"**, con el objeto de que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio fecha 14 de septiembre de 2015 (00742), mediante el cual, se le negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y de la reliquidación de sus prestaciones sociales.

¹ Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de la anterior declaración, pide que se condene a la entidad demandada a reconocerle y a pagarle, la diferencia salarial mensual con respecto al salario devengado por la Directora Seccional de la Dirección de Impuestos y Aduanas de Sincelejo, esto es, \$7.257.812.00, teniendo en cuenta los ajustes legales anuales correspondientes, mes a mes, hasta que se haga efectivo el derecho reclamado.

Así mismo, solicita la demandante el pago del ajuste de valor, así como los intereses previstos en el Artículo 192 del C.P.C.A.

1.2.- Hechos de la demanda².

Manifestó la demandante, señora CELMIRA ISABEL DÍAZ BUSTAMANTE, que viene vinculada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, el 15 de agosto de 1995, desempeñando actualmente el cargo de Gestor II, Código 302, Grado 02 de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas.

Señaló, que el día 5 de julio de 2012 (Resolución No. 5120), le fueron asignadas las funciones de Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo, hasta el día 5 de septiembre de 2013.

Indicó, que pese a que le fueron asignadas las funciones del cargo de Director, siguió percibiendo como salario el asignado a Gestor II, Código 302, Grado 02, \$4.859.587.00; cuando debió ser remunerado con el salario asignado al cargo de Director \$7.257.812.00.

Adujo, que le asistía el derecho al reconocimiento de la diferencia salarial en relación al valor devengado por un Director Seccional y de la reliquidación de sus prestaciones sociales; que por tal razón, hizo el respectivo reclamó ante la DIAN, pero dicha solicitud fue negada por la entidad mediante oficio N° 00742 de 14 de septiembre de 2015.

² Folios 2 – 8 del cuaderno de primera instancia.

.- **Normas violadas**³: citó como tales los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política.

.- **Concepto de violación**⁴: expuso la demandante que el acto administrativo acusado, menoscaba el principio de igualdad en materia laboral, pues, desconoce la actividad personal y subordinada realizada por ella, existiendo un trato discriminatorio laboral, en la medida en que desempeñó iguales funciones, responsabilidades y horarios a las ejercidas por la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Sostuvo, que no era justo y equitativo, facultarle funciones de otro cargo y reconocerle como salario, el que venía devengando como Gestor II. El principio de igualdad salarial, debía entenderse como el derecho a recibir igual remuneración, por igual tarea realizada.

1.3.- Contestación de la demanda⁵

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales “DIAN” - Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo, presentó escrito contestando la demanda, oponiéndose a sus pretensiones.

En su defensa expuso que la asignación de funciones era una situación administrativa, que no constituía un empleo de carrera o que generara derechos de carrera, ni fuero de estabilidad como jefe, ni mucho menos, el salario del empleo al cual fue asignado.

Que de acuerdo con lo anterior, mediante Resolución No. 5120 del 5 de julio de 2012, se efectuó una asignación de funciones de Director Seccional a la demandante, mientras se nombraba al titular. Advirtiendo, que tal asignación no se realizó por todo el tiempo señalado por la accionante, sino que se dio por periodos precisos temporales, como consta en las Resoluciones Nos. 02645 del 8 de abril de 2013; 09075 del 26 de noviembre

³ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 3 - 4 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 44 - 52 del cuaderno de primera instancia.

de 2012; 955 del 11 de febrero de 2013; 5135 del 21 de junio de 2013; 6216 del 25 de julio de 2013; y 7407 del 2 de septiembre de 2013.

Adujo, que de acuerdo con el artículo 65 del Decreto 1072 de 1999, el asignado *“continuará devengando el sueldo del cargo del cual es titular y podrá desempeñar las funciones de su cargo y las de la jefatura asignada”*. Así entonces, la actora no podía reclamar la asignación y prestaciones de un empleo al cual fue asignada, por expresa disposición del legislador, norma vigente al momento del nombramiento y con el pleno consentimiento y aceptación de la funcionaria, con las condiciones normativas que regulan tal asignación.

Propuso la excepción denominada: Aplicación correcta de la normatividad, jurisprudencia, doctrina vigente al momento de los hechos y demás disposiciones concordantes.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

Mediante sentencia del 31 de mayo de 2018, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, declaró la nulidad del acto administrativo No. 00742 de septiembre 14 de 2015, por el cual, se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y de la reliquidación de las prestaciones sociales solicitadas por la actora.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, a reconocer y pagar a la señora Celmira Isabel Díaz Bustamante, a título de indemnización, el valor de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Jefe de División de Recaudo y Cobranzas y el cargo de Director Seccional de la entidad demandada, desde el 5 de julio de 2012, hasta el 5 de septiembre de 2013.

⁶ Folios 127 - 137 del cuaderno de primera instancia.

Fundamentó el A-quo, que la demandante tenía derecho al pago de la diferencia salarial existente entre el cargo de Director Seccional y aquel que normalmente ocupaba, mientras duró la asignación de funciones en la que estuvo encomendada, pues, se le comisionó cumplir funciones distintas a las del cargo del cual era titular en carrera administrativa; la entidad demandada efectuó un movimiento vertical, es decir, de Jefe de División a Director Seccional, siendo este último el de mayor jerarquía en el nivel local, percibiendo una remuneración inferior y colocándola en desventaja frente a las funciones verdaderamente desarrolladas; además, resultaba procedente darle cabida a los principios laborales consagrados en el artículo 53 Constitucional, aplicando la interpretación más favorable a la norma y a la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, puesto que de acuerdo a la Resolución No. 005120 de 5 de julio de 2012, a la demandante le fue encomendado cumplir funciones en el cargo de Director Seccional de la DIAN - Sincelejo, mientras se designaba titular, percibiendo una remuneración inferior a las labores que verdaderamente desarrolló, recalcando, que no había otra persona que estuviera devengando la remuneración en el cargo Director Seccional.

1.4.- El recurso⁷.

Inconforme con la decisión de primer grado, la entidad demandada interpuso y sustentó recurso de apelación, con el fin que fuera revocada y en su lugar, se accediera a las súplicas de la demanda.

Argumentó, que el sistema de carrera de la DIAN era de carácter específico o especial, tal y como lo señalaba expresamente la Ley 909 de 2004 en su artículo 4º, precisándose en el numeral 1º, que *“Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación,*

⁷ Folios 144 - 150 del cuaderno de primera instancia.

permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública".

Que así entonces, no era de recibo una línea jurisprudencial sentada con fundamento en normas generales de empleo público, como la utilizada por el juzgador (T-105 de 2002), cuando existían disposiciones especiales que regulaban expresamente el caso concreto y que eran de obligatoria observancia.

Anotó, que al tratarse de un sistema específico de carrera administrativa, era menester valorar el ingreso, movimiento y salida de los empleados públicos de la DIAN, con miramiento en las normas especiales que dicho sistema contemplaba, alejando, claro está, las disposiciones generales que operaban para los demás servidores que no estaban cobijados por régimen un especial.

Expuso, que el régimen especial de carrera administrativa de la UAE - DIAN, consagrado en el Decreto 1072 de 1999, establecía en su artículo 61 las situaciones administrativas en las que podían estar los servidores de la contribución; y de conformidad con ello, la asignación de funciones se encontraba clasificada como una situación administrativa que, por demás, no generaba derechos a percibir el salario del empleo para el cual fue asignado el servidor público, en tanto, amén de que ese fue el querer del legislador, la funcionaria se encontraba asignada a dichas funciones por un tiempo determinado, mientras se suplía la vacancia generada por la ausencia del titular.

Entonces, como el vínculo de la actora con la administración era legal y reglamentario, la ley dictaba las pautas en que se debía desenvolver esa relación; teniendo que para el caso, el art. 65 del Decreto 1072 de 1999, era preciso al señalar que el salario que devengaría el servidor público asignado a unas funciones en particular, sería el salario del cargo de que era titular. Por lo tanto, al observarse que el acto acusado acataba plenamente tal norma, se concluía que no era afectado de vicio de ilegalidad alguno y se encontraba ajustado a derecho.

Igualmente, refirió que la demandante aceptó voluntariamente la asignación de funciones, conociendo las condiciones normativas que regulaban tal asignación, como era la de seguir devengando los ingresos del cargo de Jefe de División de Cobranzas que ocupaba, todo eso, mientras desaparecía la vacancia temporal sobre el cargo de Director Seccional al cual se asignaba. Sostuvo, que se estaba ante un claro ejemplo de colaboración del servidor público con la administración, tal y como lo entendió y consagró la ley, al no reconocer la diferencia salarial por la asignación de funciones que se hacía, situación que de ninguna manera viciaba el acto de ilegalidad.

Por otro lado, con respecto a la condena en costas, manifestó, que si bien, la regla general indicaba que sería condenada la parte vencida, también era cierto que esa regla había que leerla con aquella otra que señalaba que solo se reconocerían costas, cuando apareciera probada su causación en el expediente, según lo expuesto en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado. Así las cosas, ante la inexistencia de prueba de causación de las costas en el presente proceso, solicita que se niegue el reconocimiento de las mismas.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- En auto de 19 de diciembre de 2018, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por el demandante, contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2018⁸.
- Mediante auto de 12 de abril de 2019, se ordenó el traslado de alegatos⁹.
- La parte demandante¹⁰ alegó, que en su caso existió un trato salarial discriminatorio, toda vez que le fueron asignadas las funciones del cargo de

⁸ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 14 - 15, cuaderno de segunda instancia.

Director, pero siguió percibiendo como salario el asignado a Gestor II, Código 302 ,Grado 02, \$4.859.587.00.

Expuso, que no había razón para no remunerarle el mismo trabajo, en los mismos horarios, con semejante responsabilidades y otorgarle un trato salarial discriminatorio.

Refirió, que el acto acusado quebrantaba el derecho que le asistía a recibir la misma prestación salarial asignada al Director Seccional, por el periodo en que le fueron encargadas dichas funciones. No era justo, ni equitativo, ejercer funciones de otro cargo y reconocerle como salario, el que venía devengado como Gestor II, pues, cumplió la misma labor, con las mismas responsabilidades a la del Director Seccional.

Por lo expuesto, solicitó se confirmara la sentencia proferida en primera instancia.

- La parte demandada¹¹, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de apelación, adicionando que la actora, funcionaria de planta con cargo de Gestor II, Código 302, Grado 02, estuvo designada como Jefe de la División de Gestión de Cobranzas para el mismo periodo en que fue asignada al cargo de Directora Seccional, devengando la diferencia salarial y la prima de dirección, en razón de la designación en la Jefatura de Cobranzas, así las cosas, el salario devengado por la demandante, tenía un incremento en lo que respecta al salario de su cargo de Gestor II, Código 302, Grado 02.

Señaló, que lo anterior era importante tenerlo en cuenta, en tanto, demostraba que la demandante para la época en que fungía como asignada al cargo de Directora Seccional de Sincelejo, se encontraba designada a la Jefatura de la División de Cobranzas, con el ajuste salarial y la prima de dirección que tal jefatura comportaba; esto es, la actora no recibía el salario de un Gestor II, Código 302, Grado 02 ordinario, sino que sus

¹¹ Folios 12 - 13, cuaderno de segunda instancia.

ingresos se encontraban cualificados y cuantificados a su favor, en razón de la jefatura en el Área de Cobranzas, para el cual había sido designada.

- El Agente del Ministerio Público¹², manifestó que conforme lo probado en el proceso se concluía que la demandante, en el período de julio de 2012 a septiembre de 2013, fue encargada del cargo de Jefe de División de Gestión de Recaudo y Cobranzas y simultáneamente, le asignaron funciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo, por consiguiente, devengaba el sueldo de Jefe de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas y ejercía, temporalmente, además las funciones de Director, situación que era permitida por la Ley.

Conceptuó, que por las razones de orden Constitucional, legal y jurisprudencial expuestas, se debía revocar la sentencia de primera instancia y desestimar las pretensiones de la demanda.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

En el presente asunto, le corresponde a la Sala analizar: ¿Es procedente reconocerle a la demandante las diferencias salariales pretendidas, por haberle sido asignadas las funciones de Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo?

¹² Folios 16 - 19, cuaderno de segunda instancia.

2.3. Análisis de la Sala.

El artículo 125 de la Constitución, establece como regla general que los cargos en las entidades y organismos del Estado sean de carrera administrativa, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Así mismo, prevé que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se logran previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En desarrollo de lo previsto en la citada norma constitucional, el legislador expidió **Ley 27 de 1992**, la cual fue derogada por la **Ley 443 de 1998** y esta a su vez, por la **Ley 909 de 2004**; normativas estas que regularon la carrera administrativa y dispusieron como regla general, la designación y provisión de los cargos públicos con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, con la finalidad de profesionalizar la función pública, lograr una mejor prestación del servicio, aumentar la eficacia de las actuaciones administrativas y eliminar las prácticas clientelistas en el ámbito público.

Ahora bien, en el marco normativo actual, el artículo 4º de la Ley 909 de 2004, consagra los varios sistemas específicos de carrera administrativa, uno de los cuales es justamente el que existe en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Dispone la norma:

“ARTÍCULO 4o. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes: /.../

- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) /.../ “

Así mismo, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 5° del artículo 53 de la Ley 909 de 2004, para modificar el sistema específico de carrera de los empleados de la DIAN (Decreto 1072 de 1999), el Presidente de la República expidió el **Decreto 765 de 2005**¹³, en el cual se previó el mérito como sistema de selección y se dispuso como objetivo de tal sistema, la debida prestación del servicio fiscal, el fortalecimiento institucional del ente y el efectivo cumplimiento de las funciones que le otorga el ordenamiento jurídico.

La anterior normatividad fue derogada por el **Decreto 1144 de 2019**, “*Por el cual se establece y regula el Sistema Específico de Carrera de los Empleados Públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y se expiden normas relacionadas con la administración y gestión del talento humano de la DIAN*”.

Este decreto reguló entre otros aspectos, lo concerniente a situaciones administrativas, de los servidores de la DIAN, disponiendo al respecto lo siguiente:

“CAPÍTULO IX SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

ARTÍCULO 63. CONCEPTO. *Las situaciones administrativas son las diferentes circunstancias en las que pueden encontrarse los empleados públicos de la DIAN, vinculados a esta a través de las diversas modalidades previstas en el presente Decreto-ley, durante el desarrollo de su relación laboral de carácter legal y reglamentario con la Entidad.*

ARTÍCULO 64. COMPETENCIA. *El Director General o su delegado, tiene la facultad para decidir las diferentes situaciones administrativas de los empleados de la DIAN.*

ARTÍCULO 65. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. *Los empleados públicos de la DIAN pueden encontrarse en cualquiera de las siguientes situaciones administrativas:*

¹³ “*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*”.

65.1 En servicio activo. Los empleados públicos de la DIAN en servicio activo estarán en disponibilidad para atender el cumplimiento de sus funciones en forma permanente, según las necesidades del servicio y pueden encontrarse en situación de:

- a) Designación de Jefatura.
- b) Designación en empleo de Asesor.
- c) Asignación de Jefatura.**
- d) Encargo.
- e) En comisión de servicios.

/.../

ARTÍCULO 70. ASIGNACIÓN DE JEFATURA. En los casos de vacancia o ausencia temporal de los empleados públicos servidores nombrados o designados en una jefatura, podrán asignarse dichas funciones, a un empleado que pertenezca al Sistema Específico de Carrera en la DIAN para que las ejerza en forma temporal.

ARTÍCULO 71. REGLAS DE LA ASIGNACIÓN DE JEFATURA. Si la asignación de jefatura es generada por vacancia definitiva, el asignado, mientras permanezca en dicha situación, tendrá derecho a percibir la asignación básica del grado salarial al que corresponde la jefatura, al igual que la prima de dirección fijada para la misma.

El servidor deberá tomar posesión de la Asignación de Jefatura dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su comunicación.

El ejercer la Asignación de Jefatura hace parte de los deberes de todo empleado público de la DIAN.

ARTÍCULO 72. REQUISITOS DE LA ASIGNACIÓN DE JEFATURA. La Asignación de Jefatura tendrá lugar, siempre y cuando, concurren las condiciones que se señalan a continuación:

72.1 Jefaturas del Nivel Directivo. El empleado del Sistema Específico de Carrera a ser asignado debe cumplir con los requisitos que establezca el Manual de Requisitos y Funciones para el respectivo empleo.

72.2 Jefaturas de División y Grupo Interno de Trabajo. El empleado del Sistema Específico de Carrera a ser asignado debe cumplir con los requisitos de educación y experiencia que establezca el perfil de la jefatura definido por la DIAN".

Para el caso que ocupa la atención de este Tribunal, debe recordarse que antes de la expedición del anterior decreto, lo concerniente a las

situaciones administrativas estaba regulado en el **Decreto 1072 de 1999**¹⁴, el cual disponía:

“Artículo 61. Situaciones administrativas. Los servidores públicos de la contribución podrán encontrarse en una de las siguientes situaciones administrativas:

- a) En servicio activo;
 - b) En designación de jefatura;
 - c) En asignación de funciones;**
 - d) En comisión;
 - e) En licencia;
 - f) En permiso;
 - g) Suspendido en el ejercicio del cargo;
 - h) En vacaciones;
 - i) En compensatorios;
 - j) En servicio militar.
- /.../

Artículo 65. Asignación de funciones. En los casos de vacancia o ausencia temporal de los servidores de la contribución nombrados o designados en una jefatura, podrán asignarse dichas funciones, a un servidor de la contribución que pertenezca al sistema específico de carrera en la DIAN.

El servidor de la contribución con funciones asignadas continuará devengando el sueldo del cargo del cual es titular y podrá desempeñar las funciones de su cargo y las de la jefatura asignada” (Resaltado fuera de texto).

Sin que pueda predicarse vacío, vaguedad o ambigüedad en las reglas normativas, impidiendo de esta manera acudir al régimen general del empleo público, dada la especificidad que surge de las mismas. Al mismo tiempo, que con la expedición de nuevas normas que regulen tales situaciones administrativas, sea posible predicar contraposición normativa a efectos de aplicación de norma más favorable, en tanto, la vigencia normativa aplica puntualmente para la fecha en que las situaciones administrativas ocurrieron.

¹⁴ “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”.

2.3.2. Caso concreto

En el presente asunto, el A-quo, declara la nulidad del acto administrativo No. 00742 de septiembre 14 de 2015 y en consecuencia, condena a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, a reconocer y pagar a la señora Celmira Isabel Díaz Bustamante, a título de indemnización, el valor de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Jefe de División de Recaudo y Cobranzas y el cargo de Director Seccional de la entidad demandada, desde el 5 de julio de 2012, hasta el 5 de septiembre de 2013.

Considera el A-quo, que la demandante tiene derecho al pago de la diferencia salarial, pues, se le comisionó cumplir funciones de Director Seccional de la DIAN, cargo de mayor jerarquía frente al cual ella es titular en carrera administrativa (Jefe de División), percibiendo una remuneración inferior a las labores que verdaderamente desarrolló; situación que la coloca en desventaja y que contraviene lo dispuesto en el artículo 53 constitucional.

El ente demandado, recurre la anterior decisión, señalando, que el sistema de carrera de la DIAN es de carácter especial, por tanto, no es dable aplicar en este caso, una línea jurisprudencial fundada en normas generales de empleo público, como la utilizada por el juzgador de primera instancia (T-105 de 2002); pues, conforme el Decreto 1072 de 1999, la asignación de funciones era una situación administrativa que no generaba derechos a percibir el salario del empleo para el cual fue asignado el servidor público, en tanto, ese fue el querer del legislador y la funcionaria se encontraba asignada a dichas funciones por un tiempo determinado, mientras se suplía la vacancia generada por la ausencia del titular.

Pues bien, del caudal probatorio que reposa en el proceso, se destaca lo siguiente:

-. Según certificado proveniente de la Subdirección de Personal de la DIAN, se extrae que la demandante se vinculó a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a partir del 15 de agosto de

1995, desempeñando los siguientes cargos: Jefe de División, Director Seccional, Asesor de Servicios, Auditor Tributario y Profesional en Ingresos Públicos¹⁵.

-. En lo que tiene que ver con la **asignación al cargo de Director Seccional de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo**, se advierte que tal situación administrativa se dio en atención a los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 002065 de 16 de marzo de 2012¹⁶**: asignación de funciones desde el día 20, hasta el 23 de marzo de 2012.
- **Resolución No. 005120 del 5 de julio de 2012¹⁷**: asignación de funciones a partir de la fecha de comunicación.
- **Resolución Nos. 000955 del 11 de febrero de 2013¹⁸, 002645 del 8 de abril de 2013¹⁹, 002645 del 21 de junio de 2013²⁰, 006216 del 25 de julio de 2013²¹**: se dispuso que la asignación de funciones, efectuada en la anterior resolución mantendría su vigencia, mientras se designa su titular.
- **Resolución No. 007407 del 2 de septiembre de 2013²²**: asignación de funciones desde el día 3, hasta el 11 de septiembre de 2013.

-. **Certificado de fecha 14 de julio de 2015²³**, suscrito por el Jefe de División de Gestión Administrativa y Financiera de la DIAN - Sincelejo, en el que se indica que la señora CELMIRA ISABEL DÍAZ BUSTAMANTE, estuvo asignada en calidad de Directora Seccional de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Sincelejo, desde el 5 de julio de 2012, hasta el 5 de

¹⁵ Folios 10- 16 del C.1

¹⁶ Folio 83 del cuaderno de pruebas No. 2

¹⁷ Folio 85 del cuaderno de pruebas No. 2, y folio 8 del C.1

¹⁸ Folio 104 del cuaderno de pruebas No. 2

¹⁹ Folio 125 del cuaderno de pruebas No. 2

²⁰ Folio 139 del cuaderno de pruebas No. 2

²¹ Folio 143 del cuaderno de pruebas No. 2

²² Folio 146 del cuaderno de pruebas No. 2

²³ Folio 9 del C.1

septiembre de 2013, devengando para el año 2012 un sueldo de \$4.859.587.00.

- **Certificado de fecha 5 de junio de 2017²⁴**, suscrito por el Jefe de División de Gestión Administrativa y Financiera de la DIAN, en el que se señala que la señora CELMIRA ISABEL DÍAZ BUSTAMANTE, laboró en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo, en calidad de Jefe de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, durante el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2012, hasta el 30 de septiembre de 2013.

- **Certificado de fecha 7 de junio de 2017²⁵**, suscrito por el Subdirector de Gestión de Personal (E) de la DIAN, en el que se indica que la señora CELMIRA ISABEL DÍAZ BUSTAMANTE, prestó sus servicios en esa entidad desde el 15 de agosto de 1995, hasta el 1º de enero de 2016, vinculada a la planta, siendo su último cargo desempeñado el de Gestor II, Código 302, grado 02 y la última ubicación laboral fue la de División de Gestión de Recaudo y Cobranzas - Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo - Nivel Local.

- **Certificado de sueldo de Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo²⁶**, de fecha 7 de junio de 2017, suscrito por el Subdirector de Gestión de Personal (E) de la DIAN.

- **Certificado de sueldos de los cargos de Jefe de División y de Gestor II, 302-02²⁷**, de fecha 10 de febrero de 2018, suscrito por el Subdirector de Gestión de Personal (E) de la DIAN.

- En atención a la asignación de funciones que se hizo, la demandante solicitó a la DIAN el reconocimiento y pago de la diferencia salarial mensual con respecto al salario devengado por el Director Seccional de la Dirección

²⁴ Folio 86 del C.1

²⁵ Folio 88 del C.1

²⁶ Folio 89 del C.1

²⁷ Folio 107 del C.1

de Impuestos y Aduanas de Sincelejo de la Unidad Administrativa Especial; así como la reliquidación prestacional respectiva.

-. La anterior solicitud fue respondida negativamente mediante **Oficio No. 00742 de fecha 14 de septiembre de 2015**²⁸, suscrito por el Director General de la DIAN, al considerarse que según lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto 1072 de 1999 *“El servidor de la contribución con funciones asignadas continuará devengando el sueldo del cargo del cual es titular y podrá desempeñar las funciones de su cargo y las de la jefatura asignada”*.

También se señaló, que al ser designada como Jefe de División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, percibía la diferencia salarial correspondiente atendiendo al cargo del cual era titular, es decir, el de Gestor II, Código 302, Grado 02.

Y en cuanto al principio de *“a igual trabajo, salario igual”*, se anotó que *“la administración no la está discriminando salarialmente, por cuanto los pagos que se le han efectuado, son los correspondientes a su cargo, más las diferencias salariales por referenciación de Jefatura de División, conforme a las escalas salariales vigentes de cada año, y en cuanto a la figura de la asignación de funciones per se, no implica remuneración por fuera de la que corresponde al cargo de cual es titular el funcionario asignado, lo que sí está contemplado para la designación de jefaturas...”*.

Del análisis del acervo probatorio, se extrae que la demandante, siendo titular del cargo de carrera Gestor II, Código 302, Grado 02, fue designada en el cargo de Jefe de División, desempeñándose a su vez, como Directora Seccional de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Sincelejo a través de la situación administrativa denominada **asignación de funciones**, consagrada en el entonces vigente Decreto 1072 de 1999, artículo 61²⁹ y respecto de la cual, el artículo 65 ibídem, disponía que esa figura podía utilizarse en casos de vacancia o ausencia temporal de los

²⁸ Folios 24 – 52 del C.1

²⁹ Norma que si bien fue derogada por el artículo 150 del Decreto 1144 de 2019, se encontraba vigente para la fecha de los hechos demandados.

servidores de la contribución y que al servidor a quien se le asignaran funciones, continuará devengando el sueldo del cargo del cual es titular y podrá desempeñar las funciones de su cargo y las de la jefatura asignada.

De acuerdo con lo anterior, no habría lugar al pago de la diferencia salarial bajo la situación administrativa denominada “asignación de funciones”, conforme lo establecido en el mentado decreto (vigente para la época de los hechos demandados); contrario a lo ocurrido con la figura de la “designación de jefaturas”, la cual, si permitía que “El funcionario designado, mientras permanezca en dicha situación, tendrá derecho a devengar una prima de dirección y la diferencia salarial entre la asignación básica del cargo del cual es titular y la asignación básica del cargo de referencia que corresponda a la jefatura en la cual es designado....”³⁰.

Ahora bien, el A-quo, consideró que había una similitud de funciones entre la situación administrativa “asignación de funciones” y el “encargo”, previsto en el artículo 28 del Decreto 765 de 2005, por cuanto ambas situaciones correspondían a una figura para proveer un empleo que se encontraba vacante; siendo que en esta última, la persona encargada tendría derecho a percibir la remuneración del cargo en el cual es encargada, observándose una aparente contradicción normativa que debía interpretarse a favor del trabajador.

Este Tribunal no comparte la conclusión a la que llega el Juez de primer grado, por cuanto, dichas figuras aplican para situaciones diferentes; así, el “**encargo**”, previsto en el artículo 28 del Decreto 765 de 2005³¹, solo es posible utilizarlo respecto de las vacantes de los empleos de libre

³⁰ Inciso 6º del artículo 62 del Decreto 1072 de 1999.

³¹ “**ARTÍCULO 28. Encargo.** Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos establecidos para el empleo, el perfil del rol del empleo exigido para su desempeño, que no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y que su última evaluación del desempeño ha sido sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses. Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumplan los requisitos del cargo y el perfil del rol para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de seis (6) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”.

nombramiento y remoción, cuando en ellos exista vacancia temporal o definitiva. Mientras que la figura de la “**asignación de funciones**”, prevista en el artículo 65 del Decreto 1072 de 1999³², solo es aplicable en casos de vacancia o ausencia temporal, de los servidores de la contribución nombrados o designados en una jefatura (el término jefatura, a su vez implica a los empleados de la DIAN que ocupan empleos propios de dirección, coordinación, supervisión y control de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de las diferentes dependencias en que se encuentra organizada dicha entidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 62 del Decreto 1072 de 1999³³).

Como se aprecia, ambas figuras permiten su aplicación en casos de vacancia temporal y se diferencian, en que la primera alude a vacancia definitiva y la segunda a ausencia temporal, supuesto que debe tenerse en cuenta para solucionar el problema jurídico planteado.

En el caso que se estudia, se advierte que mediante Resolución No. 002065 de 16 de marzo de 2012³⁴, a CELMIRA ISABEL DÍAZ BUSTAMANTE le fueron asignadas las funciones de DIRECTOR SECCIONAL de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Sincelejo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mientras su titular permanece en comisión.

Y mediante Resolución No. 007407 del 2 de septiembre de 2013³⁵, tal asignación de funciones de Director Seccional se hizo mientras su titular permanece en permiso y compensatorios;

³² “ARTÍCULO 65. En los casos de vacancia o ausencia temporal de los servidores de la contribución nombrados o designados en una jefatura, podrán asignarse dichas funciones, a un servidor de la contribución que pertenezca al sistema específico de carrera en la DIAN. El servidor de la contribución con funciones asignadas continuará devengando el sueldo del cargo del cual es titular y podrá desempeñar las funciones de su cargo y las de la jefatura asignada”.

³³ “ARTÍCULO 62. La designación en jefaturas es la situación administrativa por medio de la cual los servidores públicos de la contribución del Sistema Específico de Carrera en la DIAN, desempeñan las funciones de dirección, coordinación, supervisión y control de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de las diferentes dependencias en que se encuentra organizada dicha Entidad...”.

³⁴ Folio 83 del cuaderno de pruebas No. 2

³⁵ Folio 146 del cuaderno de pruebas No. 2

Las situaciones administrativas que originan que la demandante ocupe el cargo en asignación de funciones, anotadas en tales actos administrativos, **sí** permiten la utilización de la figura de “*asignación de funciones*”, por cuanto se trata de casos de ausencia temporal.

Contrario a lo anterior, se observa que en la Resolución No. 005120 del 5 de julio de 2012³⁶, la referida asignación de funciones se hizo mientras se designa su titular; circunstancia que permite la figura de “encargo”, en el entendido de que hay vacancia definitiva del empleo.

De ahí que, respecto al periodo que va desde el 5 de julio a 1º de septiembre de 2013, no debió utilizarse la figura de la “asignación de funciones”, sino la del “encargo”, que si permite el derecho a percibir la remuneración del respectivo cargo; sin embargo, en el presente litigio, la figura utilizada por la administración no es motivo de discusión, lo que hubiese permitido analizar discusiones como las planteadas por la primera instancia, pues, lo que se demanda es el oficio No. 00742 fecha 14 de septiembre de 2015, mediante el cual, se negó el reconocimiento y pago de una diferencia salarial y de la reliquidación de las prestaciones sociales y cuyo contenido dependía de otro acto administrativo definitivo que regulaba la situación administrativa.

Ahora, en lo que tiene que ver con el argumento de la aplicabilidad de los principios laborales consagrados en el artículo 53 Constitucional, al respecto debe decirse, que no se observa vulneración alguna, en tanto, la entidad demandada le efectuó los pagos a la funcionaria conforme a la figura jurídica aplicada y a la normatividad especial que rige a los servidores públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por ende, al no haberse demandado la clase de figura aplicada a la situación administrativa, la consecuencia lógica es que los pagos se hacían conforme a la misma.

³⁶ Folio 85 del cuaderno de pruebas No. 2, y folio 8 del C.1

Y si además de que dicha figura jurídica legalmente existía lo que permitía el control de legalidad respectivo, las resultas del presente proceso, en punto del pago perseguido, se inclinan por denegar lo pedido, revocándose la determinación apelada.

Así las cosas, se concluye que la demandante Celmira Isabel Díaz Bustamante, no tiene derecho al pago de la diferencia salarial existente entre el cargo que ostentaba y el cargo de Director Seccional, mientras duró la asignación de funciones, pues, como se ha venido advirtiendo, esta situación administrativa no contemplaba tal posibilidad, en la normatividad especial que en su momento le era aplicable.

En ese orden, la decisión de primera instancia que ordenó el pago de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Jefe de División de Recaudo y Cobranzas y el cargo de Director Seccional de la entidad demandada, debe ser revocada, conforme lo antes expuesto; procediéndose en su lugar, a negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente se señala, que como prosperó la revocatoria pretendida por la entidad recurrente, no hay lugar a pronunciarse sobre la imposición de costas en primera instancia perseguida en el recurso de apelación, en tanto, por lo aquí decidido, queda relevada de tal condena.

3.- Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas de ambas instancias, a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el Juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia adiada 31 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se dispone: “**NEGAR** las pretensiones de la demanda”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias, a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0159/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA