Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020).

**I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **Radicado** | 13-001-33-33-012-2013-00011-01 |
| **Demandante** | ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR |
| **Demandado** | UAE–DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN |
| **Tema** | Supernumerarios |
| **Magistrado Ponente** | LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |

**II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**III.- ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

***“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 no. 003928 del 31 de mayo de 2012, por medio del cual la UAE-DIAN, se resolvió un recurso de reposición y se agotó la vía gubernativa resolvió 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 la cedula de ciudadanía no. 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 fallo de la presente demanda, a mi poderdante ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR, identificado con la cedula de ciudadanía no. 73.184.485, y se le reconozca y pague la diferencia prestacional básica fijada para el cargo que han 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 re liquide 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 debidamente desarrolladas comparadas con su par de la planta de cargos de la DIAN – ANALISTA IV CODIGO 204GRADO 04, que legalmente le corresponde en aplicación de los conceptos y normas antes mencionados, desde la fecha en la que fue vinculado laboralmente con la entidad demandada hasta el día de la terminación laboral, sumas que deberían ser debidamente indexadas de acuerdo al I.P.C.*

***QUINTA.*** *Que, como consecuencia de lo anterior, se re liquide 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 transportes, Horas Extras, Dominicales y festivos laborales, 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.*

***SÉPTIMA.*** *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 de C.P.A.C.A.*

***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 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.”*

**1.2. HECHOS**

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

* Se señalan en los hechos de la demanda que el señor ALEJANDRO JAVIER SOTOMOAYOR SOLAR, prestó sus servicios en la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN en el cargo de SUPERNUMERARIO desde el 24 de noviembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011, y desde el 3 de enero de 2012 la vinculación se hizo por el periodo de un año, en calidad de empleado temporal; desempeñando el último cargo como supernumerario denominado ANALISTA IV CÓDIGO 204 GRADO 04
* Que en el desarrollo de sus funciones, ha prestado sus servicios por periodos sucesivos de uno, dos, tres y seis meses, cada uno, sin solicitud de continuidad, desconociéndosele sus derechos puesto que el salario devengado no es proporcional a los servicios, las condiciones y características que según su cargo debe tener
* Que no tenía la opción de escoger entre un régimen y otro, por cuanto las diferencias de las escalas salariales existentes entro los años 2006 y 2008, era la compensación del incentivo reconocido a los funcionarios de planta, el cual había disminuido del 50% al 26%. Por tal razón solo estos funcionarios de planta podían escoger el régimen a cual pertenecer, mientras que los funcionarios SUPERNUMERARIOS, debían acogerse, sin opción a elegir, a la escala salarial más baja sin ningún tipo de compensación alguna, pese a desempeñar las mismas funciones que su par de planta.

**1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La demandante señaló como normas violadas las siguientes:

* *Artículo 83. Decreto 1042 de 1978.*
* *Artículo 22. Decreto 1072 de 1999.*

Las funciones desempeñadas por el demandante desvirtúan lo invocado por la entidad demandada, en tanto que dichas funciones no tienen relación directa con los objetivos que indica la norma, es decir, el empleo que ocupaba, no tiene como objetivo directo el de apoyar la lucha contra el contrabando y la evasión, como sí lo son los cargos ejercidos en estas áreas específicas.

* *Artículo 53. Constitución Nacional*

La UAE – DIAN violo el anterior principio constitucional, en tanto que en el ámbito real oculta la verdadera relación laboral que existe, tras la figura del supernumerio, cuya naturaleza que le dio origen fue transformada.

* *Artículo 25. Constitución Nacional*

El estado no puede ser propulsor del uso indebido de figuras que atenten contra los derechos de sus trabajadores, sino por el contrario está en la obligación de protegerlos y velar por su cumplimiento. Este proceder quebrante en forma ostensible la protección debida al trabajo, el acceso a los ciudadanos a los empleos de carrera, a una remuneración justa e igualitaria a la proporción de la carga laboral.

* *Artículo 13. Constitución Nacional*

“A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL”, la imperante violación a este principio radica en que, pese a que desempeña la misma función, tiene la misma experiencia y preparación para cumplirla, ejecuta la misma calidad y cantidad de trabajo, con un funcionario de planta, debe suponer entonces la misma remuneración y beneficios, y no un trato desigual como se aplicó durante el tiempo en que prestó sus servicios con la entidad.

* *Artículo 122. Constitución Nacional*
* *Artículo 27. Ley 909 de 2004*

Cuando la administración como regla general, recurre a la violación de personal administrativo a través de la figura de supernumerario, desconociendo los límites de temporalidad, infringe abiertamente el derecho de acceso a la administración pública, de acuerdo a los méritos y capacidades de los aspirantes, contradiciendo así los principios que deben regir la función pública.

* *Artículo 1. Constitución Nacional*

Las autoridades públicas están sometidas al imperio de la ley y solamente tiene competencia para actuar discrecionalmente cuando la constitución y la ley, en forma expresa y excepcional lo autorizan.

**2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 118-129)**

En sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, señalando que el actor fue vinculado como supernumerario; teniendo en cuenta que esta figura tiene una reglamentación especial, no puede tenerse como empleado de carácter permanente y por ende no puede ser acreedora de los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y nacional, pues los acreedores de estas prerrogativas son los empleados de planta de la dirección de impuestos y aduanas nacionales que tienen carácter de permanente y por supuesto no es merecedora de nivelación salarial.

**3. LA APELACIÓN (fs. 133-136)**

La demandante en su recurso de alzada solicita que se revoque el fallo de primera instancia aduciendo lo siguiente:

En efecto, señala que en primer lugar, es importante reseñar que se desvirtuó la “temporalidad” del nombramiento como supernumerario, por cuanto se efectuó en periodos consecutivos por más de cuatro (4) años, desnaturalizando el carácter excepcional y temporal de la vinculación como supernumerario. Dichos nombramientos fueron prorrogados sin solicitud de continuidad, cuyas interrupciones fueron de días, y no de meses, lo que rompe el carácter temporal que caracteriza la figura.

En segundo lugar, el plan de lucha para la evasión y el contrabando, en el cual se justifica la entidad para efectuar este tipo de contrataciones por estar regulado en un par de artículos; con la extensión en el tiempo, permite demostrar que dicho plan, no resulto ser ni temporal ni transitorio, por el contrario, tiene una vocación de permanencia en la entidad y por lo tanto, debía crear los cargos necesarios dentro del planta global, respetando los derechos laborales de los empleados, y seguir las reglas generales del empleo público que consagra nuestra constitución. En lo que respecta a los incentivos, los cuales son negados justificando que son reglamentados solo para los funcionarios de planta, *“no guardan relación alguna con la permanencia o no de los empleados de carrera administrativa, sino que la relación o razón de ser de estos estímulos económicos es que la gestión del empleado coadyuve al cumplimiento de las metas”.*

En este orden de ideas, aduce que no existe una justificación de la necesidad del servicio, diferente a la invocada en la trascripción del artículo 154 de la ley 223 de 1995, toda vez que no existe una reglamentación interna de dicha norma; tampoco existen las funciones que debían ejercer los funcionarios supernumerarios bajo el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, ya que la comunicación de funciones entregada, las han otorgado en virtud de los manuales de funciones de la entidad, mas no en una reglamentación específica y determinada para los funcionarios supernumerarios que atienden las necesidades del servicio a la luz de la sentencia c-401 de 1998, menos aún en casos como el del accionante que lleva cuatro años bajo esta precaria forma de vinculación. No obstante lo anterior, la generalidad de dicha justificación tiene una vocación de permanencia, por lo tanto debe excluirse del concepto de necesidad del servicio por cuanto perdió las calidades que la califican como “extraordinarias”.

Señala que negar el reconocimiento bajo el argumento del Aquo, de no demostrar la elección de la escala salarial, resulta injusto y violatorio a todas luces al derecho constitucional del trabajo, puesto que por lo contrario se debió dar aplicación a las escalas salariales más favorables, de conformidad con los principios de igualdad y primacía de la realidad sobre las formas, de conformidad con los decretos aplicable para los empleados de planta.

**4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia de fecha 27 de abril de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha siete (07) de mayo de 2015 (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

**5. ALEGACIONES**

**5.1. PARTE DEMANDANTE (Fl. 11-20)**

Presento alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y conceda las pretensiones de la demanda.

**5.2 PARTE DEMANDADA (Fl. 15-17)**

La entidad accionada solicita que se confirme la sentencia de primera instancia de fecha 27 de junio de 2014 proferida por el juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

**IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

**V.- CONSIDERACIONES**

**1. COMPETENCIA**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

**2. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en el presente proceso consiste en determinar *si ¿Están demostrados los supuestos de hecho para declarar que entre el actor y la accionada existió un contrato realidad en cuyo marco adquirió ésta la condición de funcionaria de planta de la DIAN, con los efectos salariales y prestacionales correspondientes; y por tanto son anulables los actos enjuiciados?*

En caso de ser negativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se revocará y en su lugar se concederán las pretensiones.

**3. TESIS**

La Sala confirmará el fallo de primera instancia, al considerar que en el presente asunto no se probó la figura del contrato realidad entre el actor y la parte accionada, así como tampoco que fuera merecedor de los incentivos pretendidos debido a que estos legalmente son reconocidos a los empleados y servidores de planta y el demandante no hace parte de la planta de personal de la entidad.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

**4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

**4.1 Régimen jurídico de los supernumerarios[[1]](#footnote-1)**

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999[[2]](#footnote-2), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden Nacional, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que indica que su objeto debe cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal fijados por el Ministro del ramo. Igualmente, tiene **sistemas especiales** de administración de personal, nomenclatura y clasificación de planta, y carrera administrativa.

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

Esta clase de servicio fue prevista por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978[[3]](#footnote-3), que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación, y fijó las correspondientes escalas de remuneración de los empleos, entre otros[[4]](#footnote-4), de las Unidades Administrativas Especiales. Al respecto, en su artículo 83 dijo:

***“Artículo 83º.-****De los supernumerarios. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.*

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

***En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.****(Aparte en negrilla declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998).*

*La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.*

***Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales.****Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo. (Aparte en negrilla declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998 y aparte subrayado derogado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993).*

*La vinculación se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestaran los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse”.*

La citada disposición fue objeto de análisis de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 1998, ocasión en la que se consideró que no se ajustaba a la Carta de 1991 la posibilidad de que los supernumerarios vinculados por un término inferior a 3 meses, no devengaran prestaciones sociales. Aunado a lo anterior, se precisó que no se analizaría el enunciado relacionado con el deber de prestar servicios de salud en caso de enfermedad o accidente de trabajo, al estimar que ese aparte quedó derogado como consecuencia de la entrada en vigencia del artículo 161 de la Ley 100 de 1993 y que con ello surgió la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Bajo el referido marco, aplicable en general para la Rama Ejecutiva del orden nacional, se concluye que se puede acudir a la figura del supernumerario en dos eventos: **uno**, para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, y **dos**, para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio[[5]](#footnote-5). En la referida disposición, además, se restringió el término para acudir a esta forma de vinculación a tres (3) meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando quiera que la actividad transitoria así lo exigiera.

Ahora bien, en cuanto a los funcionarios de la DIAN, el artículo 14 del Decreto 1647 de 1991 estableció que para suplir las necesidades del servicio podrá vincularse personal supernumerario que desarrolle actividades de carácter transitorio. Y que en ningún caso, la vinculación excedería de seis (6) meses, salvo autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando se trate de actividades a ejecutarse en un período superior a dicho término.

Del mismo modo, el Decreto 1648 de 1991, en el artículo 14 contempló la posibilidad de vincular personal Supernumerario para suplir las vacantes temporales de los funcionarios aduaneros o para desarrollar actividades de carácter transitorio. Señalándose de igual forma que, la vinculación de los supernumerarios no daría lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, sin embargo, se debía suministrar la atención médica requerida en caso de enfermedad o accidente de trabajo. Al respecto indica dicha normativa,

*“Sin perjuicio de las disposiciones vigentes,* ***podrá vincularse personal supernumerario para suplir las vacantes temporales de los funcionarios aduaneros o para desarrollar actividades de carácter transitorio****.*

*La vinculación de este personal no dará lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, sin embargo, se deberá suministrar la atención médica requerida en caso de enfermedad o accidente de trabajo.*

*Su vinculación se hará mediante resolución, proferida por la autoridad competente y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual, la cual se fijará de acuerdo con la escala de remuneración establecida para los funcionarios aduaneros, según las funciones que deban desarrollarse.*

*Los supernumerarios al tomar posesión del cargo, quedan investidos de las facultades, obligaciones, prohibiciones e inhabilidades que corresponden a los funcionarios aduaneros, para desempeñar las actividades para las cuales han sido nombrados y sujetos al régimen disciplinario establecido en la Dirección General de Aduanas”.*

Al momento de creación de la DIAN, mediante el Decreto 2117 de 1992, se estableció 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 que lo referente a los Supernumerarios, es decir, su vinculación, permanencia y retiro, se regía por el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991.

Así mismo, el artículo 29 del Decreto 1693 de 1997, por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, señaló, que a la vinculación, permanencia y retiro del personal Supernumerario, le era aplicable lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 en concordancia con la Ley 223 de 1995.

El artículo 154 de la Ley 223 de 1995, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, estableció la posibilidad de vincular personal Supernumerario, en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, así:

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

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

*Para 1996 el gobierno propondrá la modificación presupuestal, según fuera del caso, para dar cumplimiento a lo establecido en la presente ley”* (negrita fuera del texto).

Por su parte el Decreto 1072 de 1999, por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, establece en su artículo 22, 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 concurso-curso.

Del mismo modo, se señala que, la resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración, que la asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad y que durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución.

Finalmente, se dispone en dicha normativa que, no obstante la existencia del término de vinculación, el nominador por necesidades del servicio, podrá desvincular en cualquier momento el personal supernumerario a que se refiere el presente artículo, debiendo advertir el Tribunal que la Corte mediante Sentencia C-725-00 del 21 de junio de 2000, declaró exequible el artículo 22 citado, *'bajo el entendido de que, cuando se trate de personal supernumerario, su vinculación requiere 'una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicará que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales', según se expresó en el numeral 3.16.5., de la parte motiva de esta providencia.'..*

**4.2. RÉGIMEN SALARIAL DE LA DIAN**

El Decreto 618 de 28 de febrero de 2006[[6]](#footnote-6) *“Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial”*, dispuso lo siguiente:

*ARTÍCULO 1o. <Artículo derogado por el artículo 5 del Decreto 607 de 2007> El régimen salarial establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con posterioridad a la vigencia del mismo.*

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

Según da cuenta el precitado Decreto a partir del 28 de febrero de 2006 en la DIAN, existía una doble escala salarial: la de los funcionarios vinculados antes de la expedición de la norma en comento, a quienes se les aplicaba el Decreto 378 de 2006 y que no se acogieron a la nueva escala; y la establecida en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vincularan a partir de su expedición y para quienes laboraban en la entidad y se acogieron al mismo.

Así mismo, los Decretos 607 de 2007, 650 de 2008, 4050 de 2008, 714 de 2009, 1380 de 2010 y 1035 de 2011 establecieron el régimen salarial para los empleos de la DIAN, aplicable a aquellos que optaron por el régimen salarial establecido en el Decreto [618](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0618_2006.htm#1) de 2006 y para quienes se vincularon o se vinculen a la entidad con posterioridad a la vigencia de los citados decretos.

**2.3.3 INCENTIVOS POR DESEMPEÑO GRUPAL, POR DESEMPEÑO DE FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS y POR DESEMPEÑO NACIONAL**

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:

*“ARTÍCULO 5o. INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL (apartes subrayados declarados ajustados a la legalidad por el Consejo de Estado). Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.*

*Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.*

*PARÁGRAFO. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen.”*

Por su parte, el artículo 6 del mismo decreto, consagró el Incentivo al Desempeño de Fiscalización y Cobranzas, de la siguiente forma:

*“ARTICULO 6.**INCENTIVOS AL DESEMPEÑO EN FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS.* ***Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo****, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.*

*Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún 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.”*(Negrilla fuera del texto)

Por último el artículo 7 ibídem, estableció el incentivo por desempeño nacional así:

*“ARTÍCULO 7o. INCENTIVO POR DESEMPEÑO NACIONAL****.****<Artículo modificado por el artículo*[*9*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_4050_2008.htm#9)*del Decreto 4050 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:>* ***Hasta el 31 de diciembre de 2006 a los empleados públicos de carrera de los niveles auxiliar, técnico, profesional y especialista*** *que sean ubicados en los Grupos Internos de Trabajo de Gerencia Usuarios Expertos, Gerencia Técnica y Gerencia de Implementación, adscritos al Despacho de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que desarrollen funciones técnicas, de acuerdo con su rendimiento y evaluación mensual sobre los productos entregados del Modelo Único de Ingresos, Servicios y Control Automatizado - Muisca que realizará el Director General o su delegado, tendrán derecho a percibir mensualmente, además de su asignación básica, una suma equivalente a la diferencia entre el grado que corresponde al empleo del cual es titular y la asignación básica del grado de referencia, de acuerdo con la siguiente tabla, de la escala salarial de la DIAN:*

*GRADO ACTUAL GRADO DE REFERENCIA*

*Entre el grado 05 y el 18 28*

*Entre el grado 19 y el 26 31*

*Entre el grado 27 y el 32 33”* (negrita fuera del texto)

De las normas anteriormente transcritas se concluye, que los incentivos por desempeño grupal, al desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, solo pueden ser reconocidos en relación con el personal que ocupe cargos de la planta de personal de la DIAN.

**2.3.4 Marco Jurisprudencial**

Pertinente es señalar que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en un caso como el que se revisa, al referirse al cargo relativo al desconocimiento del principio de igualdad entre los empleados de planta de la DIAN, y los supernumerarios, dispuso en sentencia del 24 de octubre de 2012[[7]](#footnote-7), lo siguiente:

*“En igual sentido, tampoco se desconoció el principio de igualdad, cuya vulneración alega la actora, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal. Lo anterior por cuanto a pesar que obra copia del manual de funciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales,* ***no se encuentra demostrado las funciones desarrolladas por el funcionario de planta de la entidad, motivo por el cual no es posible determinar cuáles eran las funciones similares desarrolladas, lo cual sólo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación****, tal como se desprende de la Resolución 0008249 de 3 de septiembre de 2008.”* (Negrillas y subrayas nuestras).

Luego al pronunciarse sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las informalidades, dispuso:

*“(…)* ***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****. De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación de la actora, 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.”*

Finalmente, al resolver los cargos sobre incentivo por desempeño grupal, por fiscalización y cobranza e incentivo por desempeño nacional, señaló el Alto Tribunal:

*“(…)* ***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 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.*

*(…)*

***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.*

*(…)*

*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.*

*(…)*

*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****.”*

Posteriormente, el Consejo de Estado, en sentencia del 2013 señaló respecto al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, lo siguiente:

*“El Decreto 1268 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”, en los artículos 5°, 6° y 7°, prevé el reconocimiento de los incentivos por Desempeño Grupal, Fiscalización y Cobranzas, y Nacional, de la siguiente manera:*

*(…)*

*De la normativa transcrita se infiere que para tener derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, es necesario acreditar que se ostenta nombramiento como servidor de la contribución**en* ***cargos de la planta de personal de la entidad****.”[[8]](#footnote-8)*(Negrita del texto).

Acorde con todo lo anteriormente señalado, resalta la Sala que la figura de los supernumerarios es de carácter excepcional, con el fin de cumplir labores de naturaleza transitoria, ya sea para suplir vacancias, licencias o vacaciones en los cargos de planta, o para efectos de cubrir necesidades del servicio que no sean permanentes y que no puedan ser atendidas por el titular, ya sea porque no forman parte de las actividades ordinarias o, por ser temporales, impidiéndose con ello la paralización del servicio.

En esa medida, si hay diversas vinculaciones de un mismo sujeto en distintos cargos y para la ejecución de funciones transitorias, no es dable dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues tal y como lo ha manifestado el máximo Órgano Constitucional *la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública[[9]](#footnote-9).*

Finalmente, se dejó claro por parte del legislador y la jurisprudencia citada 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, siendo evidente entonces que tales prerrogativas no aplican a los empleados vinculados como supernumerarios.

**5. CASO CONCRETO.**

**5.1 Hechos probados**

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

- Que la vinculación del señor ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR a la DIAN como supernumerario se dio mediante los siguientes actos administrativos, por los tiempos y cargos que a continuación se relaciona:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **ACTO ADMINISTRATIVO** | **CARGO** | **PERIODO** | **FOLIOS** |
| Resolución No. 13571 del 16 de noviembre de 2007 | Técnico en ingresos Públicos IV Nivel 28 grado 18 | 20 de noviembre de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2007 | Fl. 40-41 2 |
| Resolución No. 001- Prorroga R. 02505, 03866, 05727, 6988 | Analista IV Código 204 grado 04 | 2 de enero de 2008 hasta el 13 de noviembre de 2008 | Fl. 43-45, 47-49, 50-52, 53-55, 56-58, 59-62 |
| Prorroga R.207 | Analista IV Código 204 grado 04 | 14 de noviembre de 2008 hasta el 3 de diciembre de 2008 | Fl. 63-65 |
| Resolución No. 001- Prorroga R. 6812909 | Analista IV Código 204 grado 04 | 2 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009 | 67-70, 72-75, 76-79 |
| Resolución No. 002- Prorroga R. 738705, 10098, 10923 | Analista IV Código 204 grado 04 | 4 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 | Fl. 80-90 |
| Resolución No. 0002 | Analista IV Código 204 grado 04 | 3 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 | Fl. 95-98 |

En la parte considerativa de los aludidos actos de nombramiento y/o prórroga se expuso como propósito para vincular a la demandante y a otras personas como supernumerarios de la DIAN, atender necesidades del servicio y se citó el artículo 154 de la Ley 223 de 1995, relacionado con el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando.

**-** Mediante Resolución No. 003 el señor ALEJANDRO JAVIER SOTOMAYOR SOLAR fue vinculado como Empleado de Planta Temporal desde el 3 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2011. (Fl. 30)

**-** Dentro del acervo probatorio reposa Certificación laboral de fecha 17 de marzo de 2014 expedida por la Jefe de Coordinación de Nomina- Subdirección de Gestión de Personal, en la cual se observa que en los periodos en los que el actor se desempeñó como supernumerario, estaba afiliado a salud, pensión y le pagaban prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificaciones y a partir del 30 de enero de 2012 le cancelan incentivos por desempeño grupal, gestión y nacional. (Fl. 276-286).

**5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

En el sub judice, se pretende el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre la DIAN y el demandante desde el 24 de noviembre de 2007 hasta la fecha, en los que se alega que el actor adquirió la condición de funcionario de planta de la DIAN con los efectos salariales correspondientes.

El A quo por su parte, negó las pretensiones de la demanda argumentando en síntesis que el actor fue vinculado como supernumerario; teniendo en cuenta que esta figura tiene una reglamentación especial, no puede tenerse como empleado de carácter permanente y por ende no puede ser acreedora de los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y nacional, pues los acreedores de estas prerrogativas son los empleados de planta de la dirección de impuestos y aduanas nacionales que tienen carácter de permanente y por supuesto no es merecedora de nivelación salarial.

A su turno, el accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia manifestando, en primer lugar, que se desvirtuó la “temporalidad” del nombramiento como supernumerario, por cuanto se efectuó en periodos consecutivos por más de cuatro (4) años, desnaturalizando el carácter excepcional y temporal de la vinculación como supernumerario. Dichos nombramientos fueron prorrogados sin solicitud de continuidad, cuyas interrupciones fueron de días, y no de meses, lo que rompe el carácter temporal que caracteriza la figura.

En segundo lugar, aduce que el plan de lucha para la evasión y el contrabando, en el cual se justifica la entidad para efectuar este tipo de contrataciones por estar regulado en un par de artículos; con la extensión en el tiempo, permite demostrar que dicho plan, no resulto ser ni temporal ni transitorio, por el contrario, tiene una vocación de permanencia en la entidad y por lo tanto, debía crear los cargos necesarios dentro del planta global.

Señala que no existe una justificación de la necesidad del servicio, diferente a la invocada en la trascripción del artículo 154 de la ley 223 de 1995, toda vez que no existe una reglamentación interna de dicha norma; tampoco existen las funciones que debían ejercer los funcionarios supernumerarios bajo el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, ya que la comunicación de funciones entregada, las han otorgado en virtud de los manuales de funciones de la entidad, mas no en una reglamentación específica y determinada para los funcionarios supernumerarios que atienden las necesidades del servicio a la luz de la sentencia c-401 de 1998.

Así las cosas, procede la Sala, a partir de los argumentos expuestos en el recurso de alzada interpuesto, a valorar las pruebas obrantes en el proceso, a efectos de determinar, en primer lugar, si se presentan los elementos que configuran la relación laboral, esto es prestación personal del servicio, remuneración, subordinación o dependencia, que permitan inferir que entre la DIAN y el demandante, existió una relación legal y reglamentaria.

De las probanzas referenciadas, advierte esta Corporación, que la vinculación a la Entidad demandada, tuvo ocurrencia en el año 2007 por el término de un (1) mes, 2008, 11 meses; 2009, 11 meses; 2010, 11 meses; 2011, 11 meses.

Igualmente consta en los actos administrativos relacionados, que dichos períodos laborados, lo fueron siempre en calidad de Supernumerario en el cargo Analista IV Código 204 grado 04, con el propósito de plan de lucha la evasión y el contrabando.

Se infiere entonces, que el demandante efectivamente, era un auxiliar de la Administración, que, en calidad de Supernumerario, desempeñaba actividades de apoyo al interior de la Entidad demandada, de carácter netamente transitorio, la mayoría relacionadas con el Plan de Choque contra la Evasión.

En efecto, en la descripción genérica del cargo desempeñado eran funciones misionales, encargadas de gestión de los expedientes que provinieran de los demás grupos de la División.

Con lo anterior, para la Sala, se torna 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 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 12 meses, , incluidas las prórrogas, solamente el último que fue de 2 años y medio, debido a que ingresó a la planta de personal de la entidad; 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.

En ese sentido, 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 de vinculación, solo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, las cuales 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 Coordinación de nómina de la DIAN. (Folios 276-287).

En similares términos a los expuestos anteriormente, el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, en providencia de 15 de agosto de 2013[[10]](#footnote-10), se manifestó lo siguiente:

*“(…)En este orden de ideas, no resulta procedente dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por el demandante, pues* ***si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante sucesivos actos administrativos de nombramiento y prórroga del mismo, y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN,******lo cierto es que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, que obedecían a las necesidades del servicio, y al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, de manera que, el término de duración de la vinculación, por periodos sucesivos, no resultaba suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del actor al servicio de la DIAN.***

*Adicionalmente, resulta útil precisar que, el reglamento especial adoptado por la entidad, permite que dicha vinculación se dé no sólo para desarrollar actividades transitorias, sino también de apoyo a la lucha contra la evasión y el contrabando, actividades que fueron desarrolladas por el demandante, durante el tiempo de vinculación con la DIAN, pues de ello da cuenta la certificación allegada a folio 141.* ***De otra parte, no advierte la Sala que dichas actividades sean incompatibles con lo establecido en la normatividad que autoriza la vinculación de supernumerarios, de modo que el desempeño de las mismas no es suficiente para desvirtuar el tipo de vinculación con el servicio público****. (…)”.* (Negrillas nuestras).

En idéntico sentido, en la Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda - Subsección A, de 12 de mayo de 2014[[11]](#footnote-11), precisó lo siguiente:

*“(…)Para esta Sala no existe duda que el hecho de estar vinculado como supernumerario, no para ejercer actividades transitorias, sino por necesidades del servicio y para el apoyo de la lucha contra la evasión y el contrabando, implica que es ajustado a derecho que su vinculación pueda extenderse en tanto exista la necesidad y el motivo, sin que ello -en sí mismo- desdibuje la temporalidad que caracteriza esta modalidad de vinculación, de ahí que el simple paso del tiempo no tenga la virtud de mutar su forma de vinculación, como lo busca en su demanda el actor, ni mucho menos -amparado en el artículo 53 Superior como lo hace el a quo-, estimar que su condición debe ser la de un funcionario de planta.*

*(…)”.*

Por otra parte, y en cuanto a la **nivelación salarial** reclamada, derivada de la aplicación del régimen salarial consagrado en el Decreto 618 de 2006, quedó establecido en el artículo 1° que dicho régimen tan sólo cobijaba al personal vinculado a la planta de personal en forma permanente toda vez que mediante el mismo se compensó el incentivo que había disminuido del 50% al 26% y que solo había sido previsto a favor del personal de planta, en consecuencia, fue acertada la decisión del a quo de negar tal reconocimiento, pues así lo consagró el artículo 4 ibídem, al señalar que las asignaciones básicas allí establecidas corresponden exclusivamente a empleos de carácter permanente y de tiempo completo. Dicho decreto fue derogado por el Decreto 607 de 2007, que fijó las asignaciones básicas para la vigencia de 2007 y reiteró que las mismas solo comprenderían a los empleados de carácter permanente y de tiempo completo de la entidad.

En cuanto al reconocimiento y pago de los **incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas y desempeño nacional**, es necesario precisar que resulta improcedente su reconocimiento a favor de la demandante, toda vez que los mismos fueron establecidos para el personal de planta de la DIAN con un carácter claramente salarial como estímulo por el logro de las metas y objetivos establecidos dentro de los planes de desarrollo para cada sector, con el fin de incentivar el logro de resultados en la entidad.

En ese sentido, y como se dejó expuesto, mediante Decreto 1268 de 1999, la entidad dispuso que dichos incentivos estarían sujetos a dos requisitos: a) El cumplimiento de las metas de acuerdo con los planes y objetivos de cada sector (tributario, aduanero, cambiario, de ejecución en fiscalización y cobranzas, de recaudo nacionales) y b) desempeñar un cargo en la planta de personal.

Resalta la Sala que la Subsección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, negó la declaratoria de nulidad de las expresiones “de la planta” contenida en los artículos 5, 6, y 7 del Decreto 1268 de 1999, por considerar que legalmente está autorizada la distinción entre los servidores de la contribución y los supernumerarios de la DIAN, para acceder al incentivo por desempeño grupal, o al de desempeño en fiscalización y cobranzas, y al incentivo por desempeño nacional[[12]](#footnote-12).

En el sub lite, el demandante se encontraba vinculado a la entidad en calidad de supernumerario, por lo tanto, no pertenecía a la planta de personal; de otra parte, no acreditó en el proceso, el resultado de su gestión con el fin de verificar el cumplimiento de las metas y objetivos, de suerte que no se cumplen los requisitos establecidos en dicha normatividad para acceder al reconocimiento de los incentivos reclamados.

En conclusión, al no haberse desvirtuado la ilegalidad de los actos acusados y por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia de fecha veintisiete (27) de junio de dos mil catorce (2014) proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

**6. Impedimento**

Finalmente, la Sala aceptará el impedimento manifestado por el Magistrado JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL; toda vez que, los motivos expresados se hallan ajustados a derecho en virtud de lo establecido en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 130 del CPACA y, siendo que el mentado togado ha exteriorizado la afectación en la que se vería avocada su objetividad para emitir decisión dentro del presente asunto, el mismo se declarará fundado.

**7. Condena en Costas**

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada[[13]](#footnote-13).

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**VI. FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** fundado el impedimento manifestado por el Magistrado JOSÉ RAFAEL GUERRERO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la Sentencia apelada de primero veintisiete (27) de junio de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO**: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. \_\_\_\_\_*

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**ORIGINAL CON FIRMA IMPEDIDO**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

1. Este marco normativo ha sido objeto de reiteración en múltiples ocasiones por el H. Consejo de Estado, evidenciándose que no hay diferencias sustanciales relevantes en su entendimiento. Al respecto ver, entre otras, las sentencias: (i) Sección Segunda, Sub Sección “A” del fecha 23 de octubre de 2008, con ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado bajo el número: 08001-23-31-000-2003-01429-01(1393-07); (ii)Sección Segunda – Subsección A, de 12 de mayo de 2014, radicado interno No. 1940-2013, actor: Wilfrido Martínez Terán, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (iii) Sección Segunda – Subsección B, de 15 de agosto de 2013, radicado interno No. 1693-2012, actor: Jesús Alberto Herrera Prieto, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; (iv) Sección Segunda – Subsección A, de 17 de abril de 2013, radicado interno No. 2155-2012, actora: María Lida Bustos Basabe, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; y, (v) Sección Segunda- Subsección B, de 7 de febrero de 2013, radicado interno No. 1692-2012, actor: Mauricio Alexander Parada Contreras, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, y (vi) Sección Segunda Subsección B, del veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015), Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Actor: Magda Patricia Ramírez, Demandado: Unidad Administrativa Especial - Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00712-01(3048-13). [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería Jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Modificado por el Decreto 1680 de 1991 y, el Decreto Nacional 713 de 1999. [↑](#footnote-ref-3)
4. Además de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos. [↑](#footnote-ref-4)
5. En este sentido el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 11 de septiembre de 1980, Radicado 1441, C.P. Dr. Osvaldo Abello Noguera, manifestó lo siguiente: *“(…) 2º. Como se vio en el punto primero de estas conclusiones, los supernume­rarios se vinculan para suplir dos clases de necesidades, como son llenar vacancias temporales de empleados públicos en licencia o vacaciones o desa­rrollar actividades de carácter netamente transitorio. (…)”.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto derogado en lo pertinente por el artículo 5 del Decreto 607 de 2007. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A” Consejero ponente doctor ALFONSO VARGAS RINCON, sentencia del 24 de octubre de 2012, radicado número 25000-23-25-000-2009-00546-01(0600-12). [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, C.P: Bertha Lucia Ramírez De Páez (E), Veinticinco (25) De Julio De Dos Mil Trece (2013). Radicación Número: 25000-23-25-000-2009-00549-01(0271-13). [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia C 401 de 1998. [↑](#footnote-ref-9)
10. Radicado interno No. 1693-2012, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. [↑](#footnote-ref-10)
11. Radicado interno No. 1940-2013, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia de 15 de mayo de 2014. EXP. 11001-03-25-000-2012-00159-00(0676-12). [↑](#footnote-ref-12)
13. Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o. [↑](#footnote-ref-13)