

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA  
SALA DE DECISION No. 4

**MAGISTRADOPONENTE: Dr. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Tunja, 27 NOV 2014

|                          |  |
|--------------------------|--|
| <b>MEDIO DE CONTROL:</b> | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>      |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | <b>NIDIA YUDID ZORRO MARTINEZ</b>                  |
| <b>DEMANDADO:</b>        | <b>DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES</b> |
| <b>RADICADO:</b>         | <b>150013333008201200006-01</b>                    |

**I. ASUNTO A RESOLVER**

En consideración a que el proyecto inicialmente presentado por el Magistrado Javier Ortiz del Valle no obtuvo la mayoría necesaria para ser aprobado, procederán los demás integrantes de la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante (fis 432-437), contra el fallo de fecha dieciséis (16) de julio de dos mil trece (2013), proferido por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que no accedió a las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora NIDIA YUDID ZORRO MARTINEZ contra la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. LA DEMANDA:** Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora NIDIA YUDID ZORRO MARTINEZ solicitó ante ésta jurisdicción que se declarara la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio con radicación No.100000202-001302 del 31 de octubre de 2011 y en la resolución 000311 del 20 de enero de 2012 expedidos por la DIAN, por medio del cual se resolvió un recurso de reposición, quedando agotada la vía gubernativa.

A título de restablecimiento del derecho, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados, solicita se declare la existencia de un contrato realidad y que como consecuencia de lo anterior se tenga a la demandante como funcionaria de planta desde el instante de su ingreso a la entidad; del mismo modo solicita la nivelación salarial de conformidad con los decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 714 de 2009 y la normatividad vigente al momento del fallo y se reconozca y pague la diferencia salarial entre el valor recibido en el cargo de supernumerario y la asignación salarial que se tiene para las funciones efectivamente desarrolladas por la demandante, desde la fecha en que fue vinculada laboralmente hasta la fecha de terminación laboral; teniendo en cuenta lo anterior solicita se pague la diferencia en las prestaciones sociales (prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte y horas extras, dominicales y festivos laborados), así como las prestaciones sociales designadas para los funcionarios de planta de la DIAN (desempeño grupal, desempeño de fiscalización y desempeño nacional).

De ésta demanda conoció en primera instancia el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Tunja, Despacho que procedió a su admisión mediante auto de fecha 13 de agosto de 2013 (fls. 169 - 172). Posteriormente, el *a quo*, en decisión de 14 de marzo de 2013, fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A, para el día 04 de Abril de 2013 a las 09:00 de la mañana, audiencia dentro de la que se procedió al decreto de pruebas y en la que se señaló como calenda para llevar a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 182 o 1 del C.P.A.C.A, el día 30 de mayo de 2013 a las 09 00 de la mañana; audiencia en la que se declaró precluída la etapa probatoria y se concedió el término común de diez días a las partes y al Procurador Delegado para que presentaran respectivamente sus alegaciones finales y su concepto si a bien lo tuviere, término dentro del cual los extremos procesales y el representante del Ministerio Público allegaron los escritos correspondientes.

**2.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:** En decisión de 16 de Julio de 2013, el Juez de primera instancia profirió sentencia orientando el problema jurídico en orden a determinar si son nulos los actos administrativos contenidos en el oficio N° 100000202-001302 del 31 de octubre de 2011, y la resolución 000311 del 20 de enero de 2012, y de este modo establecer si la demandante en su calidad de supernumeraria tiene derecho a que se le reconozca y pague los incentivos y remuneración que se le reconoce a los empleados de planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

estiman violadas y por tanto un erróneo concepto de la violación; así, a partir del análisis de la naturaleza Jurídica de la DIAN, del Régimen Jurídico de los Supernumerarios, del régimen del personal supernumerario de la DIAN y de los incentivos y nivelación salarial del personal que labora en la DIAN, y una vez analizadas las pruebas que reposan en el plenario, concluyó que la vinculación de la demandante fue en calidad de supernumerario, con el fin de realizar actividades transitorias y suplir necesidades del servicio. Aunado a lo anterior, no encontró demostrado que las funciones de la demandante correspondieran a las de un funcionario de planta, razón por la que no podría alegarse la primacía de la realidad sobre las formas; señaló finalmente que tampoco es posible reconocer a la demandante el derecho al reconocimiento de los diferentes incentivos, ya que ella no hace parte del personal de planta, requisito ineludible para acceder a dichos emolumentos, y que los derechos reconocidos se ajustan a la normatividad correspondiente.

**2.4.- EL RECURSO DE APELACIÓN:** Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante la impugnó oportunamente indicando que la demanda precisamente pretendía desvirtuar la temporalidad del nombramiento de la demandante como supernumerario, dado que su vinculación se hizo por más de 7 años, desnaturalizando así el carácter de excepcional y temporal de ésta clase de vinculación; señala lo que la Corte Constitucional ha establecido en relación a la posibilidad de acudir a la figura del supernumerario sólo por el tiempo estrictamente necesario, y de allí su carácter excepcional; en tal sentido, se echa de menos en las pruebas presentadas por la parte demandada aquellas que acrediten la necesidad del servicio de la entidad y resalta que la carga probatoria para la demostración de tal justificación está en cabeza de la entidad de acuerdo a la constitucionalidad condicionada del artículo 83 del decreto 1042 de 1978, a la que refiere la sentencia C 401 de 1998.

Considera que las funciones que debían ejercer los supernumerarios bajo el plan de lucha contra la evasión y el contrabando no existen y que las funciones entregadas a la demandante corresponden al manual de funciones de la entidad, afirma en consecuencia que el uso de la figura de supernumerario no debe ser inmoderado, por lo que el tiempo debe ser limitado y establecer previamente las actividades a las que se dedicará; resalta que la figura de supernumerario no está prevista para reemplazar la planta de personal y en el caso específico se está promoviendo la conformación de plantas paralelas y con esto la evasión de los pagos prestacionales contemplados para los funcionarios de planta; en este sentido sostiene que la DIAN convirtió la excepción en regla general, al proceder a la contratación de manera consecutiva, sin interrupciones pero desconociendo, para efectos de la remuneración las

prestaciones e incentivos económicos que si reciben sus homólogos de la planta de cargos.

**2.5.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:** Mediante auto de fecha 12 de septiembre de 2013, se dispuso admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el dieciséis (16) de Julio de 2013 por el Juzgado Octavo administrativo Oral del circuito de Tunja, ordenando notificar personalmente de dicha decisión al Ministerio Público. Posteriormente, en decisión del 17 de octubre de 2013, y en consideración a que el despacho estimó innecesaria la celebración de la audiencia, se ordenó a las partes que presentaran sus alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la notificación de dicha providencia e igualmente se ordenó correr traslado al Ministerio Público para que rindiera su concepto escrito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 247 del C.P.A.C.A y el artículo 623 del C.G.P; dentro del término procesal aludido, el representante del Ministerio Público guardó silencio; mientras que el apoderado judicial de las parte demandante y demandada presentaron los correspondientes alegatos.

### **Alegatos de conclusión**

#### **Parte demandante:**

El apoderado de la parte demandante recalca que su poderdante tuvo una vinculación como supernumeraria, cuyo nombramiento inicial fue por 5 meses prorrogándose de forma ininterrumpida y sin que haya solución de continuidad por periodos de seis meses, tres meses o un mes a lo largo de 7 años, que dicho cargo es el mismo que existe en la planta de cargos permanentes, por lo tanto ha venido desempeñando funciones correspondientes a los funcionarios de planta de la entidad; afirma que se ha desbordado los límites de temporalidad con interrupciones menores a 15 días y que aunque la vinculación se quiere fundamentar en el plan excepcional de la lucha y evasión contra el contrabando, no se pueden desconocer las normas constitucionales que establecen los principios de la función pública como lo es la perpetuidad de una modalidad precaria de vinculación desconociendo los derechos prestacionales, sostiene que el carácter temporal y transitorio de su vinculación desapareció a través de los periodos sucesivos, con esto solicita se revoque la sentencia y se reconozca los factores salariales que se reclaman que son los mismos que se pagan al personal de planta de la entidad.

#### **Parte demandada:**

La entidad demandada solicita se sirva confirmar la providencia de fecha 16 de julio de 2013 ya que en el mencionado proveído se reconoce la legalidad de las actuaciones de la DIAN, sostiene que la demandante no

ingresó a un cargo de carrera de la planta de personal de la entidad sino como supernumerario lo cual se hizo con expresa autorización constitucional y legal; del mismo modo las funciones desarrolladas por la accionante fueron transitorias y se realizaron por necesidades del servicio como se desprende de los actos administrativos de vinculación, por lo cual la DIAN no ha desconocido los derechos de la demandante y por el contrario le ha reconocido los que de acuerdo con las normas deben reconocérsele. Recalca que la DIAN no puede darle el mismo tratamiento al personal de carrera administrativa que a los funcionarios supernumerarios pues su forma de ingreso es diferente y las normas en cuanto a incentivos es taxativa frente a los beneficiarios de estos.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **Tesis de las partes y formulación del problema jurídico:**

**Tesis del Apelante:** Ha sido desnaturalizado el carácter temporal y excepcional del nombramiento de la demandante como supernumeraria en la entidad demandada, toda vez que no se encuentra justificada por parte de la entidad la necesidad del servicio que conlleve a mantener a la demandante mediante esta forma de vinculación por más de 7 años.

**Tesis de la entidad demandada:** Las funciones desarrolladas por la demandante fueron transitorias y se realizaron por necesidades del servicio dentro del plan de lucha contra la evasión y el contrabando; además, no puede darse el mismo tratamiento al personal de carrera administrativa que al personal de supernumerarios pues su forma de ingreso es diferente y tienen unos derechos prestacionales distintos a los funcionarios de planta.

Definidos así los contornos fácticos que el apelante y la demandada pretenden sean debatidos en ésta instancia, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si debe revocarse la sentencia proferida por la juez *a quo* que negó las pretensiones de la demanda y en consecuencia establecer si a la señora NIDIA YUDID ZORRO MARTINEZ le asiste o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral entre ella y la demandada, a que se le tenga como funcionaria de planta desde que ingresó a la entidad y a que se le reconozca y pague los incentivos y la remuneración que se les reconoce a los funcionarios de planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Para desatar el problema jurídico planteado, procederá la Sala a analizar los siguientes aspectos: i) Régimen jurídico del personal supernumerario en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Marco Normativo y jurisprudencial; ii) Pago de incentivos contemplados

en el decreto 1268 de 1999 y iii) Análisis probatorio y resolución del caso concreto.

### **3.1 Régimen jurídico de personal supernumerario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Marco Normativo y jurisprudencial.**

Sea lo primero precisar, que la vinculación del personal supernumerario encuentra su fundamento en la Carta Política; así, el artículo 125 Superior, consigna que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando aquellos que son de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, excepción última dentro de la que se puede incluir a quienes son vinculados como supernumerarios por tratarse de una vinculación de carácter temporal.

Ahora bien, debe indicarse que, de manera general, el Decreto extraordinario No. 1042 de 1978, norma que define el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de algunos de los empleados públicos del orden nacional, entre ellos, el del personal de las Unidades Administrativas Especiales, prescribe en su artículo 83 que podrá vincularse personal supernumerario para suplir vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, así como para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

Ha de señalarse que la Corte Constitucional, en la Sentencia C- 401 de 1998<sup>1</sup>, declaró inexequibles apartes del artículo en mención dentro de los cuales se facultaba al Gobierno para autorizar la vinculación de los supernumerarios por cualquier periodo de tiempo y sin ninguna restricción, pues tal disposición, a juicio de la Corte, contradecía la normatividad constitucional que exige una previa delimitación de esa planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicarán siempre que correspondan a actividades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria y la disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales.

No obstante lo anterior, y aun cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial<sup>2</sup>, lo cierto es que dicha entidad ha contado con normativa que de manera especial regula ésta clase de vinculación,

<sup>1</sup> M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>2</sup> De conformidad con el artículo 1 del decreto No. 1071 de 1991. la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra organizada como una la Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que hace que su objeto deba cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal que indique el Ministro del ramo. Cuenta con un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura y clasificación de planta, un sistema específico de carrera administrativa y un régimen disciplinario especial aplicable a sus servidores públicos.

definiendo su procedencia y naturaleza; de tal suerte que aun antes de que el Decreto 2117 de 1992 ordenara la fusión de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, en una sola entidad denominada Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la vinculación del personal supernumerario venía siendo regulada de manera separada por cada uno de los entes fusionados.

Es así como en su artículo 14, los decretos 1647 y 1648 de 1991, preceptos que consagraban respectivamente el régimen de personal, la carrera tributaria, el sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios que laboraban en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y en la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, prescribían la posibilidad de vincular personal supernumerario para desarrollar actividades de carácter transitorio, para suplir las necesidades del servicio o vacancias temporales.

Posteriormente, cuando, de conformidad con el decreto 2117 de 1992, se fusionó en una sola entidad la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, se dispuso en el artículo 12 de tal preceptiva, que la vinculación, permanencia y retiro del personal supernumerario, se regiría por lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991, mandato que fue reiterado en el artículo 29 de la ley 1693 de 1997, norma que separó funcionalmente la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales.

Por su parte, la Ley 223 de 1995, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, en su artículo 154<sup>3</sup>, estableció la posibilidad de vincular personal Supernumerario, en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal desplegado dentro de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Finalmente, el Decreto 1072 de 1999<sup>4</sup>, norma vigente que regula el sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los servidores públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, prevé en su artículo 17 que los empleos de la planta de personal de la entidad, tendrán el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no obsta para que existan empleos de libre nombramiento y remoción, al igual que personal Supernumerario; así, el artículo 22<sup>5</sup> de la norma *ibídem*, establece los siguientes parámetros en

---

<sup>3</sup> El artículo 154 de la Ley 223 de 1995, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-540 de 1996 de 16 de octubre de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>4</sup> " 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"

<sup>5</sup> la Corte Constitucional en Sentencia C-725 de 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró condicionalmente exequible el artículo 22 de la ley 1072 de 1999 bajo el entendido de que cuando se trate de personal supernumerario, su vinculación requiere "*una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades que siempre deben corresponder a necesidades*

relación con la vinculación del personal supernumerario, a saber: **i)** El personal supernumerario 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, de tal suerte que la resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración; **ii)** La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad; durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución **iii)** Se podrá vincular a la Entidad como personal supernumerario por un termino no superior de 6 meses estudiantes que en virtud de convenios celebrados con instituciones de educación superior o con el SENA, deban ser vinculados para que realicen prácticas o pasantías que complementen su formación académica y que requieran el desarrollo de actividades relacionadas con el ejercicio de su profesión, como requisitos para obtener al título correspondiente; ésta prestación podrá realizarse a título gratuito y su jornada de trabajo podrá ser inferior a la ordinaria y **iv)** No obstante la existencia del término de vinculación, el nominador por necesidades del servicio, podrá desvincular en cualquier momento el personal supernumerario.

De lo expuesto hasta este punto, puede concluirse entonces que no debe aplicarse al personal supernumerario que hubiese laborado en Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, los requisitos previstos para ésta forma de vinculación en la ley 1042 de 1998, ni tampoco analizar su tratamiento a la luz de los parámetros jurisprudenciales decantados por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 401 de 1998, pues la naturaleza y finalidad de la entidad, encaminada a la lucha contra la evasión y el contrabando, constituye un elemento adicional y diferencial, le permite a la entidad acudir a ésta forma de vinculación bajo unos parámetros diferentes a los previstos en la norma que regula de manera general a los supernumerarios.

Ahora bien, en casos con contornos similares al que en ésta oportunidad se debate, el Consejo de Estado, a manera de precedente<sup>6</sup>, ha colegido

---

*extraordinarias. el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales”.*

<sup>6</sup> Ver Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 23 de octubre de 2008, expediente 1393-07, C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección Segunda Sub Sección A, Sentencia de 16 de abril de 2009, expediente No. 08001 23 31 000 2004 02800 01 (1815-07). C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 24 de octubre de 2012, expediente No. 0600-12, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección B, Sentencia de 7 de febrero de 2013, expediente No. 1692-12, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez; Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección A, Sentencia de 7 de febrero de 2013, expediente No. 250002325000200900605 01, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 17 de abril de 2013, expediente No. 250002325000201000324 01, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 2 de

como primera medida, de la normativa que regula el personal Supernumerario, que dicha figura es de carácter excepcional y a ella puede acudir la Administración Pública a fin de vincular personal en forma temporal, con el objeto de cumplir labores de naturaleza transitoria, bien sea para suplir la vacancia en caso de licencia o vacaciones de los funcionarios titulares o bien para desarrollar labores que se requieran para cubrir las necesidades del servicio, evidentemente que no sean de carácter permanente, pero sí en calidad de apoyo; sus labores son justamente aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte de las actividades ordinarias y por ser temporales, de tal suerte que esta forma de vinculación, permite hacer prácticos los principios de eficacia y celeridad administrativa, impidiendo la paralización del servicio, como se indicó, en caso de vacancia temporal o cuando la misma realización de las actividades transitorias perjudique el ritmo y rol del trabajo ordinario ejecutado por los empleados públicos.

Por otro lado y en lo que respecta a la vinculación del personal Supernumerario en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa, ha sido enfático en señalar que esta clase de vinculación se puede efectuar al interior de la entidad para suplir o atender las necesidades del servicio; dentro del Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, a fin de prestar apoyo en la lucha contra la evasión y el contrabando, en el ejercicio de actividades transitorias y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos que se realicen bajo la modalidad del concurso-curso.

### **3.2 Reconocimiento de los incentivos previstos en el decreto 1268 de 1999**

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"*, consagra en sus artículos 5, 6 y 7, el reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, por desempeño en fiscalización y cobranzas y el incentivo por desempeño Nacional.

En tal sentido, las normas en comento prescriben como requisito común para reconocer cada uno de los incentivos señalados que es necesario acreditar que se ostenta nombramiento como servidor de la contribución en cargos de la planta de personal de la entidad, exigencia sobre la cual

el Consejo de Estado ha sostenido la necesidad de su cumplimiento, so pena de no acceder al reconocimiento de dichos emolumentos<sup>7</sup>.

Aunado a lo anterior y de manera específica, consagran los preceptos normativos aludidos que para acceder al incentivo por desempeño grupal, deberán lograrse las metas aduaneras, tributarias y cambiarias que se haya impuesto a la respectiva área; en relación con el incentivo de desempeño de fiscalización y cobranzas, ha de acreditarse el ejercicio de labores ejecutoras en fiscalización y cobranza 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; finalmente, en relación con el incentivo por desempeño nacional, habrá lugar a su reconocimiento cuando se establezca el cumplimiento de las metas del recaudo nacional.

Es a partir de los parámetros jurisprudenciales que de manera reiterada la Máxima Corporación Contenciosa ha fijado sobre la naturaleza de la vinculación de los supernumerarios a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que procederá la Sala al análisis del caudal probatorio y a la resolución del caso concreto, tal y como sigue.

### **3.3 Análisis probatorio y resolución del caso concreto.**

En éste punto, y previo a realizare el análisis de los elementos de convicción arriados al expediente, considera pertinente la Sala recalcar, que de acuerdo a las previsiones del artículo 117 del C.P.C., norma procesal vigente a la fecha en la que se surtió en recaudo probatorio dentro del presente asunto, y aplicable éste trámite contencioso de conformidad a las previsiones del artículo 306 del C.P.A.C.A., corresponde a la parte interesada probar bien el supuesto factico en el que sustenta la demanda, o bien el argumento de contradicción expuesto en la contestación.

Así, si lo que pretende argüir el apoderado de la parte demandante, es que la entidad accionada vinculó a su poderdante en calidad de

<sup>7</sup> Ver Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 23 de octubre de 2008, expediente 1393-07, C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección Segunda Sub Sección A, Sentencia de 16 de abril de 2009, expediente No. 08001 23 31 000 2004 02800 01 (1815-07), C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 24 de octubre de 2012, expediente No. 0600-12, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección B, Sentencia de 7 de febrero de 2013, expediente No. 1692-12, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez; Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección A, Sentencia de 7 de febrero de 2013, expediente No. 250002325000200900605 01, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 17 de abril de 2013, expediente No. 250002325000201000324 01, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 2 de mayo de 2013, expediente No. 25000 23 25 000 2009 00576 01, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 10 de octubre de 2013, expediente No. 25001-23-25-000-2009-00551-01, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

supernumeraria sin que se justificara por parte de tal extremo procesal la necesidad del servicio que de acuerdo a las previsiones del decreto 1042 de 1978 y a la sentencia C- 401 de 1998 debe acreditarse, lo cierto es que corresponde al representante judicial del extremo activo de la contienda, desplegar una labor probatoria encaminada al recaudo las probanzas conducentes y pertinentes, que conlleven a la Sala a dar por cierto el supuesto factico alegado, más aun, cuando éste resulta ser el argumento central de la postura litigiosa asumida por ese extremo procesal a lo largo del proceso, lo que de contera le impone la carga de probar o acreditar los supuestos por el decantados en el libelo demandatorio y en las diferentes etapas procesales dentro de las que ha intervenido.

Ahora bien, al revisar el material probatorio obrante en el plenario, se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios como supernumerario, en los siguientes periodos (fls. 55 y 301):

| <b>Cargo</b>   | <b>Periodo laborado</b>                          | <b>Resolución de Nombramiento - Dirección Seccional</b>                                 |
|--|--|---|
| Profesional en Ingresos Públicos I nivel 30 Grado 19 | 2 de febrero de 2004 a 31 de diciembre de 2004   | R00540 y RP 06594 - Dirección Seccional San Andrés                                      |
| Profesional en Ingresos Públicos I nivel 30 Grado 19 | 7 de enero de 2005 a 30 de Noviembre de 2005     | 001, RP 05535 y RP 08917 - Dirección Seccional Tunja                                    |
| Profesional en Ingresos Públicos I nivel 30 Grado 19 | 1 de Diciembre de 2005 a 31 de Diciembre de 2006 | 11346 y RP 08351 - Dirección Seccional Tunja  |
| Profesional en Ingresos Públicos I nivel 30 Grado 19 | 2 de enero de 2007 a 31 de Diciembre de 2007     | 001 y 07508 - Dirección Seccional Tunja   |
| Profesional en Ingresos Públicos I nivel 30 Grado 19 | 2 de Enero de 2008 a 31 de Diciembre de 2008     | 0001 RP 2058, RP 03866, RP 05727, RP 06988, RP 10576 y 0207 - Dirección Seccional Tunja |
| Gestor I Código 301 Grado 01                         | 2 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2009     | 001, 0001, 6849 y 012909 - Dirección Seccional Tunja                                    |
| Gestor I Código 301 Grado 01                         | 4 de enero de 2010 a 31 de diciembre de 2010     | 002, RP 06295, RP 07383 RP 08705, RP 010098 Y RP 10293.93 - Dirección Seccional Tunja   |
| Gestor I Código 301 Grado 01                         | 3 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011     | 002 - Dirección Seccional Tunja   |

Ahora bien, de acuerdo con las actas de posesión No. 298 de 2 de febrero de 2004, 002 de 7 de enero de 2005, 058 de 1 de diciembre de

2005 y 024 de enero 2 de 2007, (fls 55 a 59) la demandante se posesionó como supernumerario en el cargo de Profesional I Nivel 30 Grado 19; así mismo, tal y como obra en las actas de posesión No. 022 de 2 de enero de 2008, 086 de 14 de noviembre de 2008, 035 de 2 de enero de 2009, 0038 de 4 de enero de 2010 y 000027 de 03 de enero de 2011 (fls.60 a 63), tomo posesión como supernumerario en el cargo de Gestor I Código 301 grado 01.

Igualmente, obra, a folio 51, certificación de 14 de diciembre de 2011, expedida por el profesional delegado de la subdirección de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en la cual se informa que la señora Nidia Yudid Zorro Martínez, estuvo vinculada en la entidad como supernumerario, vinculación que estuvo sometida a las siguientes condiciones de índole legal:

*"(...) 1. No ocupan cargos de planta de personal de la institución. 2. Su vinculación no es permanente pero puede extenderse en el tiempo mientras las necesidades del servicio lo exijan o lo aconsejen conforme se deduce del texto del artículo 154 de la ley 223 de 1995 en armonía con el artículo 22 del Decreto ley 1072 de 1999, toda vez que las disposiciones citadas no restringen en el tiempo la vinculación. 3) Se vincula para el ejercicio de actividades transitorias, suplir o atender las necesidades del servicio, apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando correspondiendo esto último a los asuntos misionales de la institución y al servicio público a cargo de la DIAN calificada por el legislador como esencial (inciso 1 artículo 56 Constitución Política - Parágrafo artículo 53 ley 633/00). 4. Requiere de previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales. (...)"*

De los elementos de convicción atrás reseñados, puede colegirse entonces, que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales vinculó a la demandante en calidad de supernumerario, para suplir o atender las necesidades del servicio dentro del Plan de Choque contra la Evasión Fiscal y el Contrabando, con el fin de prestar apoyo al superior inmediato en el desarrollo de actividades relacionadas con su cargo y de manera transitoria, en la Dirección Seccional de San Andrés y en la Dirección Seccional de Tunja, pese a que estuvo al servicio de la misma por más de 7 años.

A partir de lo anterior, ha de concluir la Sala que no procede en ésta oportunidad disponer la declaratoria de existencia de una relación laboral entre la demandante y la demandada diferente a la de supernumerario, ni mucho menos ordenar se reconozca a la demandante se tenga como personal de planta de la entidad, pues tal y como quedó decantado en el acápite normativo de ésta providencia, el nombramiento en calidad de supernumerario constituye una de las formas de vinculación a las que, de acuerdo a las facultades legalmente establecidas, puede acudir la entidad demandada, como en efecto lo hizo, con el fin lograr el eficaz ejercicio de las funciones públicas a su

cargo.

Ahora bien, al revisar las funciones desempeñadas por la demandante durante el periodo en que estuvo vinculada en su calidad de supernumerario en el cargo de Profesional I Nivel 30 Grado 19, esto es, del 2 de febrero de 2004 al 20 de diciembre de 2007, encuentra la Sala que no puede hacer un análisis encaminado a determinar si las mismas corresponden a las que cumplía el personal de planta vinculado en dicho cargo durante esa época; esto, en razón a que no obra en el expediente algún documento de "descripción de funciones y perfil del rol" que enliste las funciones que para esos años eran desempeñadas por el personal de planta en el aludido cargo, bien porque la demandante no allegó dicho documento con su escrito de demanda, o bien porque la entidad demandada informó que no se encontró ninguna ficha de descripción de funciones del cargo solicitado<sup>8</sup>, circunstancia última que no fue controvertida por el extremo actor, quien, se memora, tiene a su cargo el deber de probar los hechos que pretende alegar.

Aunado a lo anterior, y en lo que atañe al análisis de las funciones desempeñadas por la demandante durante el periodo dentro del cual laboró como supernumeraria en el cargo Gestor I Código 301, Grado 01, es decir, del 2 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011, con aquellas que desempeña el personal de planta vinculado a dicho cargo, considera pertinente la Sala memorar lo expuesto por el Consejo de Estado en algunos pronunciamientos sobre la materia<sup>9</sup>, dentro de los cuales ha concluido, por una parte, que no se desconoce el principio de igualdad que pueda alegar la parte demandante por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercen los funcionarios de la planta de personal; esto en razón a que si bien pudo presentarse en el ejercicio de sus funciones el cumplimiento de ciertas tareas que les corresponden a funcionarios de planta, no es posible señalar que por ese motivo se violó su derecho a la igualdad, pues se debe recordar que fue nombrada para suplir ciertas tareas dentro de un programa específico de la DIAN, y porque no es posible exigir ciertas condiciones de otros funcionarios cuando evidentemente el modo como fueron vinculados con la administración fue distinto, por lo que dada su vinculación con la entidad sólo le es exigible el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que en términos de la entidad demandada y las pruebas allegadas le fueron reconocidos conforme a la ley.

Por otro lado, ha señalado el órgano de cierre de lo contencioso

---

<sup>8</sup> Folio 299, cuaderno principal.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 2 de mayo de 2013, expediente No. 25000 23 25 000 2009 00576 01, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado, Sección segunda, Sub sección A, Sentencia de 10 de octubre de 2013, expediente No. 25001-23-25-000-2009-00551-01. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

administrativo que tampoco es posible dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues si bien el nombramiento de la demandante como supernumerario se produjo por parte de la entidad demandada en diversas oportunidades, como puede observarse de los actos de nombramiento y prórrogas expedidos, y se ocupó de unas funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la DIAN, su vínculo con ésta implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, el cual es propio de la figura que se está conociendo para suplir una necesidad del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, tendientes a la lucha contra la evasión y el contrabando. Por lo que el término de duración de su designación, por varios años, no fue el que determinó su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba.

Como consecuencia de esa vinculación a la entidad, sólo resulta exigible el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que en términos de la demandada y las pruebas allegadas se le reconocieron a la actora conforme a la ley.

A partir de lo anterior, debe indicar la Sala que tampoco procede para la demandante el reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, por desempeño en fiscalización y cobranzas y el incentivo por desempeño Nacional, pues, tal y como se indicó en la parte considerativa de ésta providencia, sólo pueden acceder a tal beneficio aquellos funcionarios que ocupen empleos de la planta de personal de la entidad, presupuesto que en el *sub exámine* no se satisface, como quiera que la demandante estuvo vinculada durante los periodos respecto de los cuales pretende el reconocimiento de éstos emolumentos, en calidad de supernumeraria.

Por las razones expuestas, el fallo impugnado que negó las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmado.

Finalmente, la Sala condenará en costas en ésta segunda instancia a la parte recurrente, por confirmarse en todas sus partes la providencia apelada, siempre y cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8 del Artículo 365 del C.G.P. Se fijan como agencias en derecho a cargo de la recurrente, la suma de \$512.479 que corresponde al 2% de las pretensiones de la demanda (\$25.623.950), ello, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, la liquidación de las costas y de las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

#### **IV. DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**Primero:** Confirmar en todas sus partes la sentencia de fecha dieciséis (16) de Julio de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del circuito judicial de Tunja, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

**Segundo:** Condenar en costas de segunda instancia a la parte recurrente, por habersele resuelto de manera desfavorable su apelación, siempre y cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8 del Artículo 365 del C.G.P.

**Tercero:** Fijar como agencias en derecho a cargo de la recurrente, la suma de \$512.479 que corresponde al 2% de las pretensiones de la demanda (\$25.623.950)

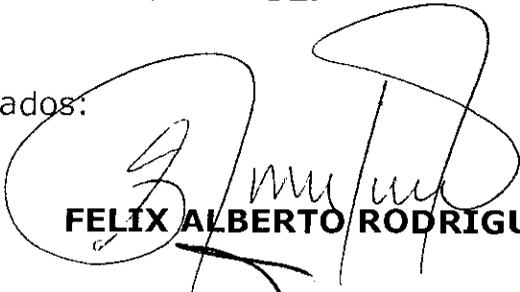
**Cuarto:** Por la Secretaría del Juzgado que conoció el presente asunto en primera instancia, liquídense las costas y las agencias en derecho, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

**Quinto:** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

### **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados:



**FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**



**FABIO IVAN AFANADOR GARCIA**



**JAVIER ORTIZ DEL VALLE**

Hora de firmas  
Rad: 2012-006

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento  
Demandante: Nidia Yudid Zorro  
Demandado: DIAN

**CON SALVAMENTO DE VOTO**

---



**República de Colombia**  
**Tribunal Administrativo de Boyacá**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**Magistrado Salva Voto JAVIER ORTÍZ DEL VALLE**

Tunja,

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **Nidia Yudid Zorro Martínez**  
Demandado: **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. DIAN**  
Expediente: **15001333300820120006-01**

Comedidamente y con todo respeto, manifiesto que me aparto del criterio mayoritario de la Sala de Decisión, básicamente por la siguiente razón:

La providencia que no comparto indica que las funciones de la demandante fueron desarrolladas para suplir o atender las necesidades del servicio en **ejercicio de actividades transitorias o temporales; por el contrario, dichas funciones no obedecen a necesidades extraordinarias de la entidad** toda vez que con cada vinculación realizada a través de las Resoluciones de nombramiento (fls.65, 66- 68, 69 - 71, 72 - 74), los jefes inmediatos de la actora le comunicaron las tareas y responsabilidades que debía ejercer, dentro de las cuales sin lugar a dudas se encuentran actividades que en su mayoría pertenecen al resorte funcional propio de la entidad demandada.

Respecto de la transitoriedad de las funciones a desarrollar por parte del personal supernumerario, lo ha reiterado el H. Consejo de Estado, así también se ha pronunciado la Corte Constitucional:

*"Analizadas las normas ahora sometidas al examen de constitucionalidad por la Corte, encuentra la Sala que no resulta contrario a la Carta que la vinculación de personal supernumerario a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se lleve a cabo sin sujeción a las normas propias de la carrera administrativa, pues, como en la propia norma acusada se indica, **ello sólo es posible cuando las actividades a desarrollar sean transitorias, o cuando con ese carácter temporal se vincule al servicio a quienes, posteriormente podrían llegar a ser funcionarios de carrera previa su participación en un "curso-curso"**.*

*Se observa al efecto que el artículo 125 de la Constitución permite que no sean "de carrera", entre otros, los empleos "que determine la ley", que es, precisamente, lo que sucede en este caso, determinación que no resulta razonable, desproporcionada o ilegítima, supuesta como está por la propia disposición acusada que lo sea **de manera coyuntural, efímera, transitoria, para atender necesidades del servicio**, o para reclutar de esta manera personal que participe en un*



"concurso-curso", de entre quienes se seleccionará luego a empleados que ingresarán de esa manera a la carrera administrativa especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.<sup>1</sup>

Es así, que las continuas extensiones realizadas para la vinculación de la demandante como supernumeraria dentro de la entidad demandada, derivan en la configuración de una realidad material que desborda los límites formales que impone la figura laboral del supernumerario, contraviniendo lo estipulado en el artículo 154 de la ley 223 de 1995 y el artículo 22 del Decreto Ley 1072 de 1999 que señalan que dicho personal "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". Situación que por demás configura una flagrante violación al principio de igualdad, ya que la realidad demostrable indica que la permanencia de Señora Nidia Yudid Zorro Martínez vinculada a la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales por más de 7 años en calidad de Supernumeraria, desempeñando **funciones que carecen del carácter transitorio** exigido por las normas de vinculación propias de dicha figura, merece que a través de esta vía, la demandante acceda al reconocimiento pleno de los incentivos por Desempeño grupal, Desempeño Nacional y Desempeño de Fiscalización y cobranzas, así como la nivelación salarial comprendida en los decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 714 de 2009<sup>2</sup> y decretos posteriores, dependiendo de la escala salarial más benéfica para la demandante<sup>3</sup>, pues no se justifica que el trato diferenciado entre un funcionario supernumerario y un empleado de la planta de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales derive del origen de la vinculación a que obedece al ingreso de uno u otro a la entidad y se desconozca el desarrollo de funciones y cargas laborales efectivamente impuestas, como la gestión y desempeño óptimo de las actividades circunscritas al rol ordinario de la accionada, por las que además se entiende ha sido creado el sistema de incentivos de la DIAN.

En tal sentido, desvirtuada la temporalidad del nombramiento de la demandante, es de considerarse el restablecimiento del derecho, ordenándose la reliquidación de los salarios correspondientes a los periodos efectivamente laborados, conforme a las escalas más favorables establecidas en los precitados decretos y el pago de los incentivos por desempeño grupal, nacional y fiscalización si a ello hubiere lugar previo concepto del Comité de Programa de Promoción e incentivos<sup>4</sup>

Con respeto de los señores Magistrados,

  
**JAVIER ORTIZ DEL VALLE**  
**MAGISTRADO**

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 725 de 2000.

<sup>2</sup> **Decretos 618 de 2006, 607 de 2007 y 714 de 2009** por medio de los cuales "se fija la escala de asignación básica para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial."

<sup>3</sup> Principio de Indubio pro- operario contenido en el artículo 53 de la Constitución Nacional: "Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho" desarrollado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 594 de 1997 en el sentido de afirmar que "Los servidores públicos deben aplicar las normas laborales teniendo en cuenta el principio in dubio pro operario, pues el desconocimiento de ese criterio por los jueces ordinarios o los funcionarios del trabajo es un asunto que tiene en sí mismo relevancia constitucional".

<sup>4</sup> **Decreto 4048 de 2008**. Artículo 43: Comité de del Programa de Promoción de Incentivos: "Es un cuerpo decisorio integrado por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien lo presidirá, el Director de Gestión de Ingresos, el Director de Gestión de Aduanas, el Director de Gestión de Fiscalización, el Director de Gestión Jurídica, el Director de Gestión Organizacional y el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica quien actuará como Secretario

Quienes se desempeñen en las jefaturas de las Subdirecciones, Oficina de Control Interno y Direcciones Seccionales asistirán conforme a la convocatoria que para cada sesión se les efectúe. (...)

