REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, quince (15) de enero de dos mil quince (2015).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (Laboral)
Radicación número: 15693-33-33-001-2012-00078-00
Demandantes: María Consuelo Calixto López
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del presente proceso.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Fue presentada el día 17 de julio de 2012, por la señora María Consuelo Calixto López, a través de apoderado judicial contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-.

1.1. Pretensiones:

1) Se declare la Nulidad del acto administrativo de radicación 100000202-001284 del 31 de octubre de 2011 y Resolución 000851 del 9 de enero de 2012, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición.

2) A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare la existencia del contrato realidad y como consecuencia se tenga a la demandante como funcionaria de planta, desde el mismo instante de su ingreso a la entidad.

3) Que se ordene la nivelación salarial de la demandante, se le reconozca y pague la diferencia prestasional básica fijada para el cargo que ha venido ocupando GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01, en relación a la asignación que efectivamente le han venido cancelado, valores estos debidamente indexados.

4) Se reliquide y pague la diferencia salarial entre el valor inferior recibido en el cargo desempeñado como supernumerario, y su verdadera asignación salarial, determinada por las funciones efectivamente desarrolladas comparadas con su par de la planta de cargos de la DIAN –GESTOR I CÓDIGO 301 GRADO 01, que legalmente le corresponde desde la fecha en que fue vinculada laboralmente con la entidad demandada hasta el día de la terminación del vínculo laboral, sumas que deberán ser debidamente indexadas de acuerdo al IPC.

5) También que se reliquide y pague, la diferencia en las prestaciones sociales, como son prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, dominicales y festivos laborados, Compensatorios prima de antigüedad, de conformidad con el nuevo grado nivelado, durante todo el tiempo que prestó sus servicios personales en dicha entidad.

6) 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 y demás normas que regulen la materia, sumas que deberán ser indexadas de acuerdo al I.P.C.

7) Las anteriores sumas de dinero sean indexadas hasta el día en que se verifique su pago.

8) Se condene pagar a la entidad accionada, los intereses de mora causados desde el momento en que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia, hasta que dicho pago se haga efectivo.

9) Que no se tenga en cuenta para el presente caso la prescripción trienal, tal y como lo ha establecido el H. Consejo de Estado y el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander.

10) Se condene en costas a la parte accionada.

1.2. Hechos

1) La accionante prestó sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN" como supernumeraria, desde el 13 de febrero de 1998 y como funcionaria temporal (nueva planta temporal), desde el 03 de enero de 2012.

2) La demandante cumplía con los requisitos del cargo que exigía la entidad para su cargo de planta, pues tenía el siguiente perfil: título de pregrado de contador público de fecha 11 de

octubre de 1996; y título de postgrado de especialista en revisoría fiscal otorgado el 6 de julio de 1997.

3) Ha venido desempeñando entre otras las funciones certificadas por la entidad y en jornada laboral de tiempo completo de forma igual que los demás funcionarios de carrera de la UAE-DIAN.

4) Las funciones desarrolladas por la demandante son de carácter permanente y siempre se han fijado de acuerdo al manual de funciones y el rol de los empleos permanentes de la DIAN.

5) La entidad accionada teniendo en cuenta la consecución en los tiempos de vinculación, autorizó a la demandante, el disfrute anual de 15 días hábiles por concepto de vacaciones correspondientes al año laboral inmediatamente anterior.

6) Hasta el año 2006 la actora fue evaluada con el mismo instrumento aplicado a los funcionarios de planta. Siempre cumpliendo el mismo horario y estuvieron bajo las órdenes de un jefe inmediato.

7) El salario básico fue diferente al de su par de planta hasta el año 2009 cuando por mandato legal se unificaron las escalas salariales existentes en la entidad.

8) Menciona que la actora no pudo escoger entre un régimen y otro, por cuanto las dos escalas salariales existentes entre 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 lo que los supernumerarios debían acogerse a la escala salarial más baja, es decir, sin compensación, pese a desempeñar las mismas funciones que su par de planta.

9) Señala que pese a denominársele como supernumerario en la realidad se puede constatar que la permanencia interrumpida por más de trece años, obedece a la del personal ordinario vinculado a la planta de la DIAN, al desdibujarse la naturaleza de temporalidad que reviste la figura del supernumerario.

10) Expone que la UAE-DIAN, ha venido cumpliendo las metas fijadas gracias al trabajo desarrollado por los funcionarios Supernumerarios, por lo que a los servidores públicos de planta se les ha cancelado mensualmente el valor correspondiente a los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional dispuesto en el Decreto 1268 de 1999.

11) Frente a lo anterior, sostiene que se le ha excluido para acceder al reconocimiento y pago de los anteriores incentivos.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. Normas violadas

Constitucionales: artículos 1, 13, 25, 53 y 122.

Legales: artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, artículo 27 de la Ley 909 de 2004.

1.3.2. Concepto de violación

Sostiene que la constitución nacional ha sido trasgredida específicamente en cuanto al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, ya que la vinculación de la demandante como supernumerario ha sido de forma permanente, desapareciendo su condición de temporalidad, ocultando una verdadera relación laboral. El derecho al trabajo se ha vulnerado, por cuanto la vinculación de la demandante como supernumeraria le ha impedido acceder a un empleo de carrera y consecuentemente a una remuneración justa e igualitaria en proporción a la carga laboral. El derecho a la igualdad y a una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la calidad de trabajo, se ha vulnerado por cuanto la actora desarrolla la misma función y tiene la misma experiencia y preparación que los funcionarios de planta, pero no recibe los mismos beneficios económicos.

Aduce que se ha vulnerado el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 por cuanto, esta norma faculta suplir las vacancias temporales de los empleados públicos, como es el caso de las licencias y vacaciones, así como para el desarrollo de actividades netamente transitorias, mediante la vinculación de supernumerarios. Así mismo el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 desarrolla este tipo de vinculación agregando que también se podía vincular a los supernumerarios para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando de forma transitoria. Normas que considera conculcadas por cuanto las funciones desempeñadas por la demandante no tienen relación directa con los objetivos que indica la norma, pues se ha venido desempeñando como investigador tributario y aduanero.

De otro lado, el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 que establece el sistema de carrera administrativa, considera que se ha vulnerado porque la vinculación de supernumerarios de forma permanente impide que se acceda a este sistema de provisión de empleos contradiciendo los principios que rigen la función pública.

2. LA DEFENSA

La accionada señala que la demandante ingresó a la entidad, no a un cargo de carrera administrativa, sino vinculada como supernumerario por autorización legal y constitucional. Lo anterior, como se desprende del artículo 125 constitucional y la Ley 225 de 1995, esta última autorizó a la entidad a contratar personal supernumerario, situación que se materializó mediante la Leyes 488 y 443 de 1998 que autorizaron al Gobierno para reglamentar dicha vinculación, como en efecto se hizo mediante el Decreto 1072 de 1999.

Señala, que a pesar que la demandante fue vinculada como supernumeraria por periodos de tiempo sucesivos, sus labores son consideradas transitorias y responden a necesidades del servicio, dentro del plan de lucha contra la evasión y el contrabando, como se establece en los actos administrativos de vinculación.

Sostiene que en ningún momento se le han trasgredido los derechos laborales a la accionante, pues le han sido reconocidos de acuerdo a la normatividad vigente, ya que ha recibido la remuneración salarial estipulada para el cargo que se le asimila en la planta de personal, así como las prestaciones sociales, con excepción de los conceptos que sólo pueden ser devengados por los funcionarios que hacen parte de la planta de personal de la entidad.

Por otro lado, expone que no es posible dar aplicación al artículo 53 de la constitución en el asunto bajo estudio, teniendo en cuenta que la vinculación de la demandante con la entidad no se realizó mediante el procedimiento establecido en la ley para acceder a un cargo de carrera administrativa. A su juicio, no existe modo de comparar las normas legales que se ocupan de la vinculación y salario de los trabajadores de planta con las del supernumerario, por corresponder a dos regímenes diferentes. Finalmente, argumenta que no se dan los elementos esenciales del contrato realidad.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora aclara que no se discute la legalidad de la vinculación de la demandante, y cuestiona el uso inmoderado y desnaturalizado de la figura de los supernumerarios, por cuanto desborda los lineamientos constitucionales que fijan los derechos de los trabajadores, por lo que sostiene que debe estarse a lo dispuesto en las exigencias fijadas en las sentencias de la Corte Constitucional C-408 de 1991 y C-725 de 2000. De igual forma, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Al tiempo que el Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 18 de octubre de 2012 fue admitida la demanda. A través de providencia del 25 de julio de 2013 se tuvo por contestada la demanda y se fijó fecha para la audiencia inicial. Posteriormente, mediante auto de fecha 14 de noviembre de esa anualidad se reprogramó la fecha de la audiencia inicial por motivo de cambio de titular del Despacho, diligencia que se llevó a cabo el 6 de diciembre del mismo año. La audiencia de pruebas tuvo lugar el día 3 de marzo 2014, en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se les corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión por escrito. El proceso entró al Despacho para fallo el día 19 de marzo de 2014.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Deberá determinar el Despacho si la señora MARÍA CONSUELO CALIXTO LÓPEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de la nivelación salarial, los salarios y prestaciones sociales en igualdad de condiciones a lo devengado por los empleados de la planta de personal, así como los incentivos por desempeño, teniendo en cuenta que laboró al servicio de la DIAN como supernumeraria.

2. Tesis

El Despacho sostendrá la tesis que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la nivelación salarial en igualdad de condiciones a los trabajadores de la planta de personal de la DIAN, dado que no se configura la relación laboral de hecho alegada, teniendo en cuenta que su vinculación laboral como supernumeraria está fundada en el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, tampoco tiene derecho a los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, por tratarse de prerrogativas previstas legalmente para los servidores públicos de la contribución que ocupan cargos de la planta de personal de la DIAN.

3. Premisas jurídicas

3.1. De los Supernumerarios

El **Decreto 1042 de 7 de junio de 1978**[1], en relación con los supernumerarios en el artículo 83, dispuso lo siguiente:

> *"Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.*
>
> *También podrá vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.*
>
> *La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.*
>
> *Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.*[2]
>
> *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."*

Con relación a la vinculación de supernumerarios en la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, se han expedido multiplicidad de normas; y en la actualidad se encuentran vigentes, las siguientes:

El **Decreto 1647 de 1991** "Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones", en su artículo 14 contempló la posibilidad de vincular personal supernumerario, de cuyo contenido se infiere, dirigida a desarrollar actividades de carácter transitorio, por lo que la vinculación no podía exceder de seis meses, a excepción de que la administración requiera de un término superior, caso en el cual se requería autorización del Ministro de Hacienda y Crédito Público. Con similar propósito se expidió el Decreto 1648 de 1991, para los funcionarios de la Unidad administrativa Especial de Aduanas, que de igual forma, en el artículo 14 concibió la posibilidad de vincular personal supernumerario.

Por su parte, a través del **Decreto 2117 de 1992**, se produjo la fusión en una sola entidad, de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, surgiendo la UAE Dirección de Impuestos y aduanas Nacionales -DIAN-, y en su artículo 112 dispuso 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. En lo que a los

---

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

[2] Aparte derogado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993.

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

Mediante la **Ley 223 de 1995**, "Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones", se previó la posibilidad de vincular supernumerarios, en el plan de choque contra la evasión fiscal, de la siguiente manera:

> *"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."* [3]

Posteriormente el artículo 22, del **Decreto 1072 de 26 de junio de 1999**, con relación a la vinculación de personal supernumerario, dispuso lo siguiente:

> *"El personal supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso-curso.*
>
> *La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad. Durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución.*
>
> *También se podrán vincular a la Entidad como personal supernumerario por un término no superior a seis (6) meses, estudiantes que, en virtud de convenios celebrados con instituciones de educación superior, debidamente reconocidos por el ICFES, o con el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, deban ser vinculados para que realicen prácticas o pasantías que complementen su formación académica o adiestramiento, según sea el caso, o que hayan culminado estudios profesionales de Abogado o Contador y que requieran el desarrollo de actividades relacionadas con el ejercicio de su profesión, como requisitos para obtener el título correspondiente.*
>
> *La prestación del servicio por parte del personal supernumerario a que se refiere el inciso anterior, podrá realizarse a título gratuito y su jornada de trabajo podrá ser inferior a la ordinaria. Cuando la vinculación implique remuneración, podrá pactarse el pago de la asignación básica mensual que corresponda al menor grado del nivel auxiliar de la escala salarial de la entidad.*

---

[3] Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 540 de 16 de octubre de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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."[4]

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-725 de 2000, declaró exequible el precitado artículo 22, "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".

Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 23 de octubre de 2008, expediente 1393-07, M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, al respecto dijo lo siguiente:

"(...) Según este precepto, como se anticipó en el acápite anterior, la vinculación del personal Supernumerario se puede efectuar para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias y para vincular personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso. Dicho personal puede percibir prestaciones sociales por el tiempo de vinculación y puede ser desvinculado en cualquier momento por el nominador.

Pues bien, del conjunto normativo relacionado, que regula el personal Supernumerario, se colige, 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 manera pues, 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.

Específicamente, en lo que a la U.A.E DIAN hace referencia, se advierte la posibilidad que tiene la entidad para vincular personal supernumerario, 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. Régimen salarial de los funcionarios y supernumerarios de la DIAN

Antes del 28 de febrero de 2006, la escala salarial para los supernumerarios y para el personal de planta era la misma, puesto que así lo ordena el inciso segundo del artículo 22 del Decreto 1072 de 1999. A partir de la fecha antes indicada, se creó una doble escala salarial: i) la de los funcionarios vinculados antes de la norma precitada, a quienes se les

[4] Artículo declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

aplicaría el Decreto 378 de 2006 y que no se acogieron a la nueva escala; y ii) la establecida en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vinculen a partir de su expedición y para quienes ya laboraban en la entidad y se acogieron al mismo, la que fue reglamentada a partir de enero de 2007, por el Decreto 607 de 2007. Sin embargo, para el año 2008, la DIAN "motu propio comenzó a aplicar la nueva escala salarial que se encuentra contenida en el Decreto 4050 de 2008, de manera uniforme tanto para personal de planta como para los supernumerarios"[5].

3.3. De los incentivos por desempeño: grupal, fiscalización y cobranzas y nacional.

El **Decreto 1268 de 1999**, 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:

> *"**Artículo 5°. Incentivo por Desempeño Grupal**. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del 50% de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.*
>
> *Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinara con base en la gestión que se realice cada seis meses.*
>
> *PARÁGRAFO. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4° del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen".*
>
> ***"Artículo 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 comprenden igualmente, las labores ejecutoras de liquidación".*
>
> ***"Artículo 7°. Incentivo por Desempeño nacional**. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, referida al desempeño colectivo de los servidores de la contribución y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causara por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho período, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue*

[5] Así lo establece el Consejo de Estado en la sentencia del 31 de mayo de 2012. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación Interna: 2609 de 2011.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal" (resaltado y subrayas fuera del texto original).

3.4. La posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema.

El H. Consejo de Estado, en sentencias del 23 de octubre de 2008[6], 24 de octubre de 2012[7], 07 de febrero de 2013[8] y 17 de abril de 2013[9], casos de similares contornos al sub examine, dejó sentado que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad alegada por la parte actora, indicando al respecto: "*...tampoco encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de igualdad, cuya vulneración alega el demandante, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal; pues a todas luces, el modo excepcional de vinculación del actor a la Administración, no es el mismo que el del personal de planta de la U.A.E. DIAN, advirtiendo además, que dicho modo precario de vinculación, solo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación, tal como se desprende de la certificación de pagos por salarios y deducciones emitida por el Jefe de la División de tesorería de la DIAN*".

En igual sentido, estableció que no se advierte la configuración del principio de primacía de la realidad reivindicado por la actora, argumentando al respecto que: "*...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 y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN; no lo es menos, que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, con solución de continuidad, por períodos que no excedieron los once meses, incluidas las prórrogas, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando*". Adicionalmente, dichas providencias hicieron claridad que el término de vinculación de los respectivos demandantes por varios años en calidad de supernumerarios no fue el que determinó su permanencia, sino que obedeció a la finalidad de la actividad desarrollada.

---

[6] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad.: 08001-23-31-000-2003-01429-01(1393-07). John Enrique Barragán Quintero vs. DIAN.
[7] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Alfonso Vargas rincón. Rad.: 25000-23-25-000-2009-00546-01(0600-12). Diana María Rueda Ferreira vs. DIAN.
[8] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Alfonso Vargas Rincón. Rad.: 25000-23-25-000-2009-00605-01(1700-12). Angélica Sánchez Cortés vs. DIAN.
[9] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Alfonso Vargas Rincón. Rad.: 25000-23-25-000-2010-00324-01(2155-12). María Lida Bustos Basabe vs. DIAN.

Con fundamento en los precitados argumentos, el Consejo de Estado ha negado reiteradamente la nivelación salarial y el reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, por tratarse de prerrogativas previstas legalmente exclusivamente para los servidores públicos de la contribución que ocupan cargos de la planta de personal de la DIAN.

4. Situación probatoria

Dentro del presente proceso aparecen demostrados los siguientes hechos relevantes para resolver la *litis*:

-A folios 16 a 19 milita petición presentada por la actora ante la DIAN en fecha 12 de octubre de 2011, solicitando el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y homologación de su par de la planta, así como las prestaciones sociales e incentivos dejados de pagar durante el tiempo laborado para la entidad.

-La entidad demandada emitió respuesta a la petición anterior a través del oficio No. 100000202-001284 del 31 de octubre de 2011, negando lo solicitado por la actora (fls.2-9).

-La parte actora interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior (fls.20-27), el cual fue resuelto por la entidad accionada a través de la Resolución No. 000851 del 9 de febrero de 2012, confirmando en su integridad el acto recurrido (fls.10-14).

-Según certificación emitida por la DIAN de fecha 28 de noviembre de 2011 que milita en el expediente a folios 29 a 37 y las diferentes resoluciones de vinculación que se encuentran en los anexos 01, 02 y 03, los cargos desempeñados por la demandante como supernumeraria son los siguientes:

CARGO	DESDE	HASTA	DEPENDENCIA	RESOLUCIÓN	FOLIOS
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	13-02-1998	31-12-1998	División de Control Tributario Yopal	0538 y 5975	10-13 y 22-24 anexo 01
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	20-01-1999	31-12-1999	División de Control Tributario Yopal	0260 y 5635	26-28 anexo 01

Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	01-02-2000	31-12-2000	División de Control Tributario Yopal y Despacho Seccional Pereira	0578, 04733 y 8806	39-42 y 56-58 anexo 01
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	18-01-2001	31-12-2001	División de Fiscalización Tributaria, Pereira y Sogamoso	0291, 5218 y 9521	62-64, 88-91 y 104-106 anexo 01
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	08-01-2002	31-12-2002	Seccional Sogamoso.	0056, 6094, 9606 y 11488	107-110, 118-120, 121-123 y 125-127 anexo 01
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	22-01-2003	31-12-2003	Seccional Sogamoso.	00293, 05287 y 09692	129-131, 142-144 y 148-150 anexo 01
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	16-01-2004	31-12-2004	Seccional Sogamoso.	00144 y 07679	152-154 y 169-171 anexo 01
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	24-01-2005	30-11-2005	Seccional Sogamoso.	00002, 05535, 08917	179-181, 192-195 y 196-199 anexo 01
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	01-12-2005	31-12-2006	Seccional Sogamoso.	11346 y 08351	203-206 y 218-220 anexo 02
Profesional de Ingresos Públicos I 30-18	03-01-2007	31-12-2007	Seccional Sogamoso.	00001 y 07508	227-229 y 234-236 anexo 02
Gestor I 301-01	02-01-2008	31-12-2008	Seccional Sogamoso.	00001, 02058, 03866, 05727, 0006988, 10576 y 0000207	253-256, 259-261, 262-264, 265-267, 268-270, 274-277 y 280-282 anexo 02
Gestor I 301-01	02-01-2009	31-12-2009	Seccional Sogamoso.	00001, 6849 y 012909	288-290, 308-310 y 325-328 anexo 02
Gestor I 301-01	04-01-2010	31-12-2010	Seccional Sogamoso.	000002, 6295, 7383, 8705,	332-334, 358-360,

				10098 y 10293	363-365, 367-370, 372-374 y 376-378 anexo 02
Gestor I 301-01	03-01-2011	31-12-2011	Seccional Sogamoso.	0000002	395-397 anexo 02

-Se encuentra acreditado que la actora ostenta el título profesional de contador público con especialización en revisoría fiscal (fls.38-39).

-A folio 40 milita el oficio No. 126238-1372 de fecha 26 de octubre de 2009, suscrito por la jefe división de gestión de fiscalización de la DIAN seccional Sogamoso, mediante el cual la citada funcionaria pone en conocimiento de la actora las actividades y responsabilidades que le corresponden en desarrollo de su vinculación como supernumeraria gestor I código 301 grado 01.

-A folio 464 milita medio magnético (CD) que contiene las actas del comité del programa de promoción e incentivos al desempeño de la entre el mes de febrero de 2000 a julio de 2012, y el manual de funciones del cargo de planta Gestor I Código 301 Grado 01.

5. Solución del presente caso

La respuesta al problema jurídico formulado, siguiendo el precedente del Consejo de Estado, cuyas citas jurisprudenciales presentan analogía fáctica con el *sub examine*, se funda en los siguientes argumentos esenciales:

i) La vinculación de la actora a la DIAN, en calidad de supernumeraria, está contemplada en el ordenamiento jurídico y en tal virtud la accionante accedió a las prerrogativas salariales y prestacionales previstas en dicha modalidad de vinculación laboral durante todo el tiempo de permanencia en el cargo ocupado. Argumento del que se deriva la improcedencia de cualquier juicio de igualdad entre el empleado supernumerario con su equivalente de la planta de personal de la DIAN y, en consecuencia, se descarta la vulneración del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades alegado por la actora.

ii) En armonía con lo anterior, el Juzgado no comparte la tesis de la actora, quien sostiene que si bien existe fundamento legal para su vinculación como supernumeraria, la misma se encuentra desvirtuada como quiera que desborda el carácter excepcional y temporal, por lo que debe aplicarse el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y declarar que existe una relación laboral de hecho. Tesis que fue desvirtuada por la línea

jurisprudencial referida, puesto que la temporalidad a que aluden las normas aplicables a la vinculación de supernumerarios no se determina por la permanencia en el cargo por un tiempo establecido, sino que la misma depende de las necesidades del servicio, por lo que puede extenderse en el tiempo mientras subsistan los motivos de la vinculación. En efecto, en el presente caso está demostrado que la vinculación en forma periódica de la actora, por varios años, se ha motivado en la permanente necesidad de desarrollar actividades relacionadas con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, estrategia adoptada por la UAE DIAN, la que hace parte de la Ley 223 de 1995.

Con los anteriores argumentos el Despacho concluye que no se configura la relación laboral de hecho alegada por la parte actora, dado que su vinculación laboral con la DIAN corresponde a la modalidad de supernumerario y en tal condición ha accedido a las prerrogativas salariales y prestacionales fijadas legalmente para los cargos temporales de Profesional de Ingresos Públicos I 30-18 y Gestor I Código 301 Grado 01. Circunstancia por la que se negará la nivelación salarial pretendida.

iii) En el mismo sentido, en lo que hace relación a la pretensión de reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, el Despacho igualmente los negará, por tratarse de prerrogativas previstas en el orden jurídico exclusivamente para los servidores públicos de la contribución que ocupan cargos de la planta de personal de la DIAN.

6. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Atendiendo el Acuerdo 1887 de 2003[10], expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones negadas, a favor de la entidad demandada y a cargo de la demandante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

[10] "3.1.2. Primera Instancia. (...)
Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

***FALLA*:**

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora María Consuelo Calixto López contra la UAE DIAN.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fija como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones negadas, a favor de la entidad accionada y a cargo de la demandante. Por Secretaría realícese la liquidación de las costas.

TERCERO: En firme esta providencia, archívense el expediente, previa liquidación de los gastos ordinarios del proceso, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RONALD CASTELLAR ARRIETA
Juez

ap