



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 45 de 2015

Tunjo, Cuatro (04) de Junio de dos mil quince (2015)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No.: 150013333012-2014-00076-00
Demandante: JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-

Procede el Despacho o proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por JUAN CARLOS GALVIS MOJICA contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

- 1.- Se declare la nulidad del acto administrativo radicado 100000202-00550 del 17 de abril de 2013 y de la Resolución 005913 del 17 de julio de 2013, 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 al demandante como funcionaria de planta, desde el mismo instante de su ingreso a la entidad.
- 3.- Que se ordene la nivelación salarial al demandante, se le reconozca y pague la diferencia prestacional básica fijada para el cargo que ha venido ocupando GESTOR I NIVEL 301 GRADO 01, en relación a la asignación que efectivamente le han venido cancelando, 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 NIVEL 301 GRADO 01, que legalmente le corresponde desde la fecha en que fue vinculado 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.- Los anteriores sumos de dinero seon indexadas hasta el día en que se verifique su pago.

Medio de Control:
Radicación No.:
Demandante:
Demandado:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
150013333012-2014-00076-00
JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
DIAN

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

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

10.- Se condene en costas a la parte accionada.

2. Hechos que dan lugar a la acción.

1.- EL accionante prestó sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN" como supernumerario, desde el 23 de abril de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2011 y como funcionario temporal (nueva planta temporal), desde el 3 de febrero de 2012.

2.- Menciona que el último cargo desempeñado como supernumeraria se denomina GERSTOR I, NIVEL 301, GRADO 01, siendo su última ubicación en el Grupo Interno de Trabajo de Auditoría Tributaria I, de la División de Gestión de Fiscalización Tributaria, prestada sus servicios sin solución de continuidad.

3.- El demandante cumplía con los requisitos del cargo que exigía la entidad para su cargo de planta, pues tenía el siguiente perfil: título de pregrada en Contaduría Pública del año 2004 y con pasgrada en grada de Especialista en Fianzas del año 2011.

4.- El accionante ha venido desempeñando entre otras, las funciones certificadas por la entidad y en jornada laboral de tiempo completo de forma igual que las demás funcionarios de carrera de la UAE-DIAN.

5.- 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.

6.- Hasta el año 2006 el actor fue evaluada con el mismo instrumento aplicado a los funcionarios de planta. Siempre cumpliendo el mismo horario y bajo las órdenes de un jefe inmediata.

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

8.- Menciona, que 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.- Expone que la UAE-DIAN, ha venido cumpliendo las metas fijadas gracias al trabajo desarrollado por los 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 dispuesta en el Decreto 1268 de 1999, tal como se indica en la tabla vista a folios 513 y 514 del cuaderno principal.

10.- Sostiene que ha sido excluido del reconocimiento y pago de los incentivos antes referidos.

11.- Expone finalmente, que a través de petición de fecha 20 de marzo de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de los derechos laborales objeto de este proceso, las cuales

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandado:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOLICA
 DIAN

fueran negadas a través del Oficio 100000202-00550 del 17 de abril de 2013, frente al cual interpuso recurso de reposición, siendo resuelto de forma desfavorable a través de la Resolución No. 004331 del 29 de mayo de 2013.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

Cita como violadas las siguientes normas:

Constitucionales: artículos 1, 13, 25, 53 y 122. Así como el desconocimiento de los efectos de la sentencia proferida por la Corte Constitucional C-401 de 1998.

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

Sostiene que la Constitución Nacional ha sido trasgredida específicamente porque la vinculación del demandante como supernumerario ha sido de forma permanente, desapareciendo su condición de temporalidad, ocultando una verdadera relación laboral, y con base en esta se le ha impedido acceder a un empleo de carrera y consecuentemente a una remuneración justa e igualitaria en proporción a la carga laboral.

Así mismo, se han desconocido los mandatos constitucionales, pues el actor desarrolla la misma función y tiene la misma experiencia y preparación que los funcionarios de planta, pero no recibe las mismas 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. Explica que, 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 anuladas por cuanto las funciones desempeñadas por el demandante no tienen relación directa con las objetivas que indica la norma, y su vinculación ha sido ininterrumpida.

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 contradiendo los principios que rigen la función pública.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La entidad accionada señala que el demandante ingresó a la entidad, no a un cargo de carrera administrativa, sino vinculada como supernumerario por autorización legal y constitucional. La 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 las leyes 488 y 443 de 1998 que autorizaran al Gobierno para reglamentar dicha vinculación, como en efecto se hizo mediante el Decreto 1072 de 1999.

Señala, que a pesar que el demandante fue vinculado como supernumerario 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 al accionante, pues le han sido reconocidos de acuerdo a la normatividad vigente, ya

¹ Contestación a folio 562 a 585 del Cuaderno No. 3.

Medio de Control:
Radicación No.:
Demandante:
Demandada:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
150013333012-2014-00076-00
JUAN CARLOS GALVIS MOLICA
DIAN

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 régimen salarial de los trabajadores de planta con las de los supernumerarios, por corresponder a dos regímenes diferentes. Finalmente, arguye que no se dan los elementos esenciales de la contratada realidad.

2.1. Excepciones Propuestas:

2.1.1.- Indebida Interpretación de las normas que se estiman violadas y en consecuencia erróneo concepto de violación

Como argumento central de este medio de defensa, expone el régimen jurídico de los supernumerarios y puntualiza que no es factible aplicar las normas que contemplan los incentivos para el personal de planta, situación que genera que no se le esté vulnerado ninguno de los derechos aludidos en el libelo introductor.

2.1.2.- Prescripción

Propuso la accionada, que en caso de resultar condenada en la sentencia dentro de este proveído, se aplique la prescripción trienal contemplada en el Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.

2.2. Decisión sobre las excepciones

En audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, llevada a cabo el día 18 de febrero de 2015 (fls. 1109-1113 C-5), se resolvió de manera desfavorable la excepción denominada por la parte accionada "Prescripción". Oportunidad procesal, donde se advirtió, que sería hasta el fondo del asunto donde se establezca en primer término si al demandante le asiste el derecho reclamado y consecuente si está afectado por prescripción.

De otra parte, frente a la excepción denominada "*Indebida Interpretación de las normas que se estiman violadas y en consecuencia erróneo concepto de violación*", este despacha considera que corresponde a una excepción de mérito, y por tanto, se resolverá en el fondo del asunto.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- De la parte Demandante:

Manifiesta el apoderada de la parte demandante, que la última ubicación como supernumerario fue en el perfil de AUDITOR FONDO, ejerciendo un cargo que fue creado para la planta de personal de la entidad, ejerciendo las mismas funciones, como se muestra en las fichas allegadas por la entidad. Concluye luego de hacer un cuadro comparativo entre ellas, que son similares, siendo diferente solamente la denominación del empleo. Finalmente, enuncia algunos pronunciamientos judiciales de diferentes corporaciones, que han concedido las pretensiones de otros procesos iguales. (fls. 1141-1144 C-5)

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandado:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

2.- De la parte Demandada:

Reiterará su posición presentada en la contestación de la demanda, y da fuerza a su argumento jurídica realizando un recuento probatorio, y trae a colación la posición del Tribunal Administrativo de Boyacá, sobre este tema. (fls. 1160-1162)

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado ante este despacho, guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Si el señor JUAN CARLOS GALVIS MOJICA tiene derecho al reanacimiento y pago de la nivelación salarial, los salarios y prestaciones sociales, así como los incentivos por desempeño, teniendo en cuenta que labará al servicio de la DIAN coma supernumerario en igualdad de condiciones a lo devengada por los empleados de la planta de personal.?

5.2. Resolución del Caso

5.2.1. De la normatividad aplicable.

De los Supernumerarios

El **Decreto 1042 de 7 de junio de 1978**², en relación con los supernumerarios en el artículo 83, dispuso la 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 transitaria.

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.*³

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

² "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de las empleos de las ministerias, departamentalas administrativas, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichas empleos y se dictan otras disposiciones".

³ Aparte derogado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandada:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

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 cuya contenido se infiere, dirigida a desarrollar actividades de carácter transitoria, 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 supernumeraria.

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 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 esperada por dicho plan. Estos recursos adicionales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán clasificadas como inversión.

Con estos recursos, la administración tributaria podrá contratar supernumerarias, 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." ⁴

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 las concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso-cursa.

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 establecida 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.

⁴ Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 540 de 16 de octubre de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Medio de Contra:
 Radicación No:
 Demandante:
 Demandada:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

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.

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.”⁵

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-725 de 2000, declaró exequible el precitado artículo 22, bajo la siguiente premisa:

“(…)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”.

Par su parte, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 23 de octubre de 2008, expediente 1393-07, M.P. Dr. Gustavo Gámez Aranguren, al respecto dijo la 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 lo 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.”

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, puesta que así la ordena el inciso segunda 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 aplicaría el Decreto 378 de 2006 y que no se acagieran a la nueva escala; y ii) la establecida en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vinculen a partir de su

⁵ Artículo declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandado:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

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 "matu 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"⁶.

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°. Incentiva por Desempeño Grupal. Las servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que coma resultada de su gestión hayan logrado las metas tributarios, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con las planes y abjetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimienta mensual de un incentivo que na podrá exceder del 50% de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencio remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Este incentiva na constituirá factor salarial para ningún efecta legal y se deferminara con base en lo gestián que se realice cada seis meses.

PARÁGRAFO. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo la estipulada en el artículo 4° del Decreta 046 de 1999 en el sentida que el porcentaje allí establecida se entenderá que se refiere al incentivo por desempeña grupal de que trata el presente articula y las demás normas que la adicionen o modifiquen".

"Artícuta 6°. Incentivas al desempeño en fiscalización y cobranzas. Los servidores de la contribución que ocupen cargas de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestas que impliquen el ejercicia directa de labores ejecutaras en fiscalización y cabranzas, que coma resultado de la gestión de control y cabro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con las planes y abjetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el articula anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria par designación de jefatura que se devengue.

Este incentiva na constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluacián de la gestián que se realice cada seis meses.

PARÁGRAFO. Para efectos de la dispuesta en el presente articulo, las labores ejecutoras de fiscalización comprenden igualmente, las labores ejecutaras de liquidación".

"Artículo 7°. Incentiva por Desempeño nacional. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución que ocupen cargas de la planta de personal de la entidad, referida al desempeña colectiva de los servidares de la contribución y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causara par periodos semestrales y dará derecha al reconocimienta de un pago correspondiente a dicha períado, el cual podrá ser hasta del cienta cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue

Este incentiva na constituirá factor salarial para ningún efecta legal" (resaltada y subrayas fuera del texto original).

Con respecto de estas normas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 15 de mayo de 2014, expediente 11001-03-25-000-2012-00159-00(0676-12), en ejercicio de su competencia para ejercer el control de constitucional, sobre actos administrativos de carácter general, declaró ajustado al ardenamiento jurídico la expresión "**de la planta**" contenida en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, por el cargo referente al quebrantamiento del principio de

⁶ Así la establece el Consejo de Estado en la sentencia del 31 de maya de 2012. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación Interna: 2609 de 2011.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandado:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 130013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

igualdad, respecto de los funcionarios supernumerarios. Posición sustentada en el siguiente aparte:

"Para contestar el cargo, la Sala reitera lo que se ha dicho en desarrollo del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política y del derecho subjetivo que del mismo se desprende, en el sentido que corresponde al legislador otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones fácticas que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles.⁷

Con base en esto, la proyección de dicho principio en su aspecto atinente a la no discriminación, no aboga por la existencia de igualitarismos jurídicos de orden formal; por lo tanto, es posible establecer tratos diversos para situaciones fácticas y jurídicas equiparables, siempre que exista un fundamento objetivo y razonable que lo sustente, de conformidad con el propósito que se pretende alcanzar con el trato diferenciado. De tal modo que, habría lugar a un trato discriminatorio, inaceptado constitucionalmente, cuando la diferenciación de las situaciones fácticas análogas resulta infundada⁸.

*En el presente caso, tanto el Decreto Ley 1072 de 1999, como el Decreto 1268 de 1999, establecieron un trato claramente diferenciado entre los servidores de la contribución, que son las personas naturales que prestan sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, **vinculados a ella por una relación legal y reglamentaria**; y las supernumerarios, que son aquellos servidores que se vinculan 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 transitarias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso – curso.** --Resalta la Sala-*

Los primeros tienen un régimen de carrera administrativa bajo un sistema técnico específico que constituye el fundamento de la administración de personal, que ofrece igualdad de oportunidades para el ingreso a los cargos de la entidad, garantiza la promoción y permanencia en los mismos con base en el mérito, regula los mecanismos de retiro, y promueve la formación y capacitación para el desarrollo personal y para el mejor desempeño del puesto de trabajo, buscando garantizar la debida prestación del servicio fiscal y el logro de resultados efectivos en la gestión tributaria, aduanera y cambiaria que requiere el país.

*Las segundos están supeditados a que la resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación imperativamente establezca 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.**"*

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 a 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 actividades son justamente aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente a 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, 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 de la contribución.

Dentro de esta diferenciación, se diseñó el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de los servidores públicos de la DIAN cuyo objetivo es el de estimular la productividad de sus servidores, primordialmente a través de la capacitación y del

⁷ Vid. T-02 de 1992 y T-230 de 1994, entre muchas otras.

⁸ Para ahondar en estos criterios ver, entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional C-221 y T-422 de 1992, C-430 de 1993, C-223 y T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-022 de 1996., C-337, T-352 y C-563 de 1997, T-390 de 1998 y C-112 y T-1075 de 2000. y C-093 de 2001.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandada:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

bienestar de los funcionarios de la contribución, y potestativamente de estímulos especiales de carácter económico y/o de otra índole, como parte del reconocimiento de los méritos obtenidos en el desempeño de sus funciones, así como del desempeño dentro de la carrera, programa del que están excluidos los supernumerarios dada la naturaleza temporal y la función de apoyo en razón de la cual se da la vinculación.

Bajo esa óptica y distinción, que establece tanto el Constituyente como el legislador, tiene sustento el incentivo por desempeño laboral creado por el artículo 5º del decreto 1268 de 1999 para 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. – Se resalta-

De la misma manera, el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas creado en favor de 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 directa 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. – Se resalta por la Sala-

Idéntico razonamiento debe hacerse con relación al incentivo por desempeño nacional, creado" como 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 colectiva de los servidores de la contribución y relacionadas con las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que devengue.", sin constituir factor salarial para ningún efecto legal. -Se resalta por la Sala-

Lo cual significa que quien se encuentre vinculado a la entidad bajo la modalidad de supernumerario no tiene derecho a acceder al incentivo por desempeño grupal, a al desempeño en fiscalización y cobranzas y menos al incentivo por desempeño nacional, dada que igualmente está autorizada la distinción entre los servidores de la contribución y los supernumerarios de la DIAN, como se ha anotado, y por tanto no existe quebranto por las apartes normativas acusadas dada que el análisis en este caso se efectúa sobre diferencia de trata cuya punto de comparación es un trata jurídica diferente por razones potencialmente prohibidas por el artículo 13 de la Constitución, la que no se presenta en este caso, la que lleva a mantener las apartes de las normas acusadas por el actor." (sic)

La posición del Máximo Tribunal Contencioso Administrativa, será acogida por este Despacha, teniendo en cuenta que los efectos de la sentencia en ejercicio del medio de control de nulidad, cuando es negatoria de las pretensiones, son de casa juzgada erga omnes, pero sola en relación con la causa petendi juzgada, al tenor del artículo 189 del CPACA. La sentencia traída a colación, negó las pretensiones de la demanda planteada, respecto del cargo de nulidad consistente en:

"[...]se vulnera el derecho a la igualdad del personal supernumerario de la DIAN en tanto la relación laboral que este personal tiene con la entidad respecto de funciones, metas laborales, horaria y deberes a cumplir es igual a la de los funcionarios de planta de la entidad y por tanto deben tener iguales derechos."

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la parte demandante propone respecto de este tema, el mismo cargo de nulidad, este despacha estará a lo resuelto por el Consejo de Estado, y por tanto, declara que el demandante no tiene derecho a los **incentivos por desempeño: grupal, fiscalización y cobranzas y nacional**, y por ende se negarán las pretensiones que hacen alusión a este tema.

Posición Jurisprudencial sobre la aplicación del principio de realidad sobre las farmas, y la nivelación salarial respecto de los supernumerarios frente a los empleadas de planta de la DIAN.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandado:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

Una vez analizadas las sentencias proferidas por el Consejo de Estado⁹, sobre el tema que se debate en este proceso, se identifica claramente su línea de interpretación, frente la aplicación del principio de realidad sobre las formas, contenido en el artículo 53 de la Constitución Nacional y se puede concluir lo siguiente:

"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 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 prórogas, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando.

De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación del actor, por varios meses con interrupciones, como auxiliar de la Administración, no fue el que determinó su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba."

Ahora bien, respecto del criterio asumido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se observa que la posición mayoritaria, ha acogido la interpretación del Consejo de Estado analizada, como se observa a continuación:

- a) Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 04, M.P. Felix Alberto Rodríguez Riveros, sentencia del 6 de mayo de 2014, expediente 150013333008201200006-01, se mencionó lo siguiente:

"[...] A partir de lo anterior, ha de concluir la Sala que no procede en esta 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 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.

(...)

Por otro lado, ha señalado el órgano de cierre de lo contencioso administrativa 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 prórogas expedidos, y se ocupó de unas funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la DIAN, su vínculo con ésta

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Gustavo Eduarda Gómez Aranguren, sentencia del 23 de octubre de 2008. Rad.: 08001-23-31-000-2003-01429-01(1393-07). Jahn Enrique Borragnán Quintera vs. DIAN; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 16 de abril de 2009. Rad.: 08001-23-31-000-2004-02800-01(1815-07). Juan Carlos Martínez Chóvez vs. DIAN; Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 31 de mayo de 2012, expediente 2609-12; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 24 de octubre de 2012. Rad.: 25000-23-25-000-2009-00546-01(0600-12). Diona María Ruedo Ferreira vs. DIAN; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Bertha Lucio Ramírez de Páez, sentencia del 13 de diciembre de 2012. Rad.: 25000-23-25-000-2009-00594-01(1447-12). Mario Liliana Puyana Romero vs. DIAN; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 7 de febrero de 2013. Rad.: 25000-23-25-000-2009-00605-01(1700-12). Angélico Sánchez Cartés vs. DIAN; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A", C.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 17 de abril de 2013. Rad.: 25000-23-25-000-2010-00324-01(2155-12). María Lida Bustos Bosabe vs. DIAN; Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. Luis Rafael Vergara Quintera, sentencia del 10 de octubre de 2013, expediente 25001-23-25-000-2009-00551-001; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B", C.P. Gerardo Arenas Monsolve, sentencia del 6 de Noviembre de 2014. Rad.: 68001-23-31-000-2009-00780-01(2063-13). Diana Gisella Romera González vs. DIAN.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandada:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

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."

b) Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 01, M.P. Fabio Iván Afanador García, sentencia del 9 de septiembre de 2014, expediente 150013333005201200007-01, diga lo que a continuación se transcribe:

"(...) Ahora bien, en relación con la inconformidad de la apelante, en el sentido que se desvirtuó la transitoriedad de su nombramiento, dado que laboró para la entidad demandada siete años sin solución de continuidad, dando paso a la primacía de la realidad sobre las formalidades y por ende, declarar la existencia de una relación laboral, la Sala precisa en primer lugar, que en el tiempo laborado por la demandante hubo solución de continuidad como en renglones anteriores se observó; en segundo lugar, si bien los empleados vinculados a las entidades públicas en la modalidad de supernumerarias, legalmente tiene el carácter transitorio, como igualmente lo acepta la recurrente, dicha transitoriedad puede extenderse en el tiempo mientras subsistan las necesidades del servicio, en otras palabras, la transitoriedad que exige la modalidad de vinculación, no se determina por un lapso determinada sino que se puede extender en el tiempo hasta tanto las necesidades lo exijan como claramente lo explicó el H. Consejo de Estado (...)

Así entonces, la Sala considera que no es posible dar aplicación al principio de la primacía de la realidad que reclama la accionante, pues se repite, la misma estuvo vinculada con la entidad demandada desde el 2 de febrero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011 como supernumeraria en apoyo al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, situación que impide ir más allá de la filosofía que orienta las normas que regulan esta clase de vinculación tratándose de personal supernumerario de la DIAN."

5.3 Caso concreto.

Con fundamento en lo expuesto en precedencia, es dable indicar que, de conformidad con el plenario se pueden tener por ciertos y probados los siguientes hechos:

-A folios 12 a 15 del expediente, milita petición presentada por el actor ante la DIAN de fecha 20 de marzo de 2013, 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.

-A folios 24 a 31 del Cuaderno 1, se encuentra respuesta de la DIAN a la petición anterior, mediante Oficio 10000020200550 de fecha 17 de abril de 2013, negando los derechos reclamados.

-A su vez, a folios 17 a 23 del expediente, se observa recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo antes mencionado.

-A través de la Resolución No. 005913 de 17 de julio de 2013, se desota el recurso de reposición desfavorable, como se tiene a folios 2 a 10 del Cuaderno 1.

- A continuación se observa, una vez analizadas las pruebas documentales relacionadas, la vinculación del demandante en calidad de supernumerario:

CARGO	DESDE	HASTA	DEPENDENCIA	RESOLUCIÓN	FOLIOS
Técnico en ingresos públicos III nivel 22 grado 15	23-04-1999	31-12-1999	División para el Control y Penalización tributaria de la DIAN de Tunja	3120 y 2230	339 a 346 C-2 y 33 y 34 C-1

Medio de Control:
Radicación No.:
Demandante:
Demandada:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
150013333012-2014-00076-00
JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
DIAN

Técnica nivel 27 grado 15	01-02-2000	31-12-2000	Fiscalización tributaria de Tunja	0578, 6966 y 8806	347 a 357 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnica nivel 27 grado 15	17-01-2001	31-12-2001	Fiscalización tributaria de Tunja	291, 5218 y 9521	358 a 369 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnico nivel 27 grado 15	09-01-2002	31-12-2002	Fiscalización tributaria de Tunja	0056, 6094, 9606 y 11488	370 a 382 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnico nivel 27 grado 15	21-01-2003	31-12-2003	Fiscalización tributaria de Tunja	293, 5287, 9692	383 a 393 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnico nivel 27 grado 15	16-01-2004	31-12-2004	Fiscalización tributaria de Tunja	0144 y 07679	394 a 405 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnico nivel 27 grado 15	24-01-2005	30-11-2005	Fiscalización tributaria de Tunja	0002, 5535 y 8917	406 a 416 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnica nivel 27 grado 15	1-12-2005	31-12-2006	Fiscalización tributaria de Tunja	11346 y 8351	417 a 423 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnico nivel 27 grado 15	02-01-2007	31-12-2007	Fiscalización tributaria de Tunja	0001 y 7508	425 a 431 C-2 y 33 y 34 C-1
Técnico nivel 27 grado 15	02-01-2008	13-11-2008	Fiscalización tributaria de Tunja	0001, 2058, 3866, 5727, 6988 y 10576	432 a 452 C-2 y 33 y 34 C-1
Analista III código 203 grado 03	14-11-2008	31-12-2008	Fiscalización tributaria de Tunja	207	453 a 457 C-2 y 33 y 34 C-1
Analista III código 203 grado 03	02-01-2009	30-06-2009	Fiscalización tributaria de Tunja	0001	461 a 464 C-2 y 33 y 34 C-1
Gestor I código 301 grado 01	01-07-2009	31-12-2009	Fiscalización tributaria de Tunja	6850 y 012909	465 a 470 C-2 y 33 y 34 C-1
Gestor I código 301 grado 01	04-01-2010	31-12-2010	Fiscalización tributaria de Tunja	002, 6295, 7383, 8705, 10098, 10293	472 a 486 C-2 y 33 y 34 C-1
Gestor I código 301 grado 01	03-01-2011	31-12-2011	Auditoría Tributaria I	0002	487 a 490 C-2 y 33 y 34 C-1

- A través de Resoluciones No. 0003 y 10432 de 2012 se le nombró al demandante como empleado temporal, Gestor I código 301 grado 01, desde el 2 de enero de 2012 al 31 de enero de 2014 (fls. 494 a 502 C-3 y 33 y 34 C-1).

-Se encuentra acreditado que el actor ostenta el título profesional de contador público (fl. 47 C1) y que cursó estudios de especialización en finanzas (fl. 45 C1).

-A folios 48 a 50 milita el aficio No. 120238416-596 de fecha 6 de mayo de 2009, suscrito por el Jefe de Grupo Interno de Trabajo de Auditoría Tributaria – División Gestión de Fiscalización, mediante el cual pone en conocimiento del actor las actividades y responsabilidades que le correspondían en desarrollo de su vinculación como supernumeraria.

- A folios 33 a 44 militan certificaciones donde constan la experiencia del demandante y las funciones asignadas.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandado:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 : 30013333012-2014-00076-06
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

- De folios 59 a 250 C-1 y 251 a 324 C-2 del expediente, aparece copia de actas de reparto de expedientes a cargo del demandante.

- De igual forma, de folios 328 a 332, obra copia de documentos relacionados con el control, seguimiento y evaluación de los objetivos de desempeño para el año 2002 y 2004 entregadas al demandante.

- Obra a folio 1064 del C-5, Oficio dirigido por el demandante a la DIAN de fecha 6 de junio de 2013 a través del cual manifiesta acogerse al régimen salarial del Decreto 2635 de 2012.

-Oficio radicado el 12 de marzo de 2015, mediante el cual la DIAN señala que no existe manual de funciones para las siguientes cargos: técnico en ingresos públicos III nivel 27 grado 15 y Analista III código 201 grado 01 (fls. 1131 C-5).

-A folio 1137 se encuentra manual de funciones del cargo de planta de Gestor I código 301 grado 01, para un total de 167 fichas.

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:

La vinculación del actor a la DIAN, en calidad de supernumerario, está contemplada en el ordenamiento jurídico y en tal virtud el 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. Es claro también, contrario a lo narrado en la demanda, que se presentaron interrupciones entre cada uno de los nombramientos realizados al demandante, como se advierte en la tabla realizada ut supra.

De otra parte, el demandante no probó que durante su vinculación como supernumerario en los cargos de Técnico en Ingresos Públicos III nivel 22 grado 15 y Analista III código 203 grado 03, haya existido un cargo similar en la planta de personal de la DIAN, máxime cuando la misma entidad ha certificado que éstos no se encontraban contemplados, pues na existen manual de funciones. (fl. 1131 C-5)

Respecto al cargo ocupado, denominado Gestor I código 301 grado 01, en calidad de supernumerario, no fue desarrollada una actividad ininterrumpida como lo quiere hacer ver la parte accionante, pues existieron interrupciones a principio de cada anualidad, esto es, a principios de 2010 y 2011. Así mismo, la tesis acogida por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Boyacá, consiste en que la temporalidad no se refiere a las labores realizadas por el servidor, sino que estas se tienen que ver a las necesidades del servicio que respaldan la vinculación, por ministerio de la Ley, como en este caso, el plan denominado "plan de lucha contra la evasión y el cantrabando".

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 el actor.

En armonía con lo anterior, el Juzgado no comparte la tesis del actor, quien sostiene que si bien existe fundamenta legal para su vinculación como supernumerario, la misma se encuentra desvirtuada como quiera que desbarda 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.

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandado:

UNIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVIS MOJICA
 DIAN

En efecto, en el presente caso está demostrado que la vinculación en forma periódica del demandante, 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. Circunstancia por la que se negará la nivelación salarial pretendida, más aún cuando la diferencia salarial expuesta, tiene su explicación en un incremento otorgada a los empleados de planta de la entidad, situación que releva a este despacho a considerar, pues el Consejo de Estado ha precisado que esta diferenciación se ajusta a la Constitución, ya que su justificación está dirigida a premiar el mérito, pues la vinculación del servidor en carrera administrativa considera este aspecto, caso diferente a los supernumerarios, que no han surtido este tipo de procedimiento de selección.

En ese mismo orden, también es clara para el despacho que no es posible acceder a la nivelación solicitada, respecta o la equivalencia del último cargo desempeñado por el demandante, Gestor I código 301 grado 01, pues en el periodo comprendido entre el 2 de enero de 2012 al 31 de enero de 2014, se dio como empleado temporal, según las Resoluciones Na. 003 y 10432 de 2012 (fs. 404 a 502 C-3 y 33 y 34 C-1), lo que significa que para tales periodos dejó de ser un supernumerario.

Finalmente, como se expuso respecto a la pretensión de reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, el Despacho se atiene a lo establecido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 15 de mayo de 2014, expediente 11001-03-25-000-2012-00159-00(0676-12), en la cual, declaró ajustada al ordenamiento jurídico la expresión "de la planta" contenida en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, por el cargo referente al quebrantamiento del principio de igualdad, respecto de los funcionarios supernumerarios, en consecuencia se negará esta pretensión.

5.4. Conclusión

Se negarán las pretensiones, por tanto se mantendrá la legalidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio 100000202-00550 del 17 de abril de 2013 y de la Resolución 005913 del 17 de julio de 2013 y por ende prospera la excepción propuesta por la parte accionada denominada "*Indebida Interpretación de las normas que se estiman violadas y en consecuencia erróneo concepto de violación*".

5.5. Costas.

Finalmente, respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del C.P.A.C.A., establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con lo anterior, se impondrá la correspondiente condena en costas a la parte vencida, como lo ordenan los artículos 365 y 366 del CGP. En lo que atañe a las Agencias en Derecho, teniendo en cuenta la tarifa prevista en el Acuerdo 1887 de 2003, modificada por el Acuerdo 2222 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta el valor de las pretensiones; así como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la DIAN,

Medio de Control:
 Radicación No.:
 Demandante:
 Demandada:

NULLIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 150013333012-2014-00076-00
 JUAN CARLOS GALVÉS MOJICA
 DIAN

se fija como Agencias en Derecho, a favor de esta entidad, por lo anotado anteriormente, en el presente asunto la suma correspondiente al Uno (1%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia. Por Secretaría liquidense las costas.

Contra la presente providencia proceden los recursos de ley.

Por lo expuesta, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARA PROBADA la excepción denominada "*Indebida Interpretación de las normas que se estiman violadas y en consecuencia erróneo concepto de violación*", propuesta y denominadas así, por el apoderado de la DIAN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, atendiendo a los argumentos de esta sentencia.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, por lo señalado ut supra, a favor de la DIAN. Por Secretaría, Liquidense.

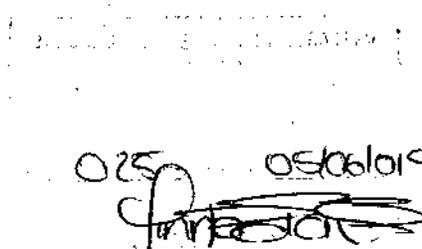
CUARTO.- Se fijan coma Agencias en Derecho la suma correspondiente al Una por ciento (1%) del valor de las pretensiones negadas, a favor de la DIAN.

QUINTO.- En firme y realizada la liquidación de costas; por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase


EMILSEN GELVES MALDONADO

Juez


 025 ... 05/06/15
[Handwritten Signature]