

SUPERNUMERARIO DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES – No tiene derecho al reconocimiento de incentivos por desempeño grupal, fiscalización, cobranza y nacional, pues solo es beneficiario el servidor de Planta de Personal

De los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1990 se infiere que para tener derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, es necesario acreditar que se ostenta nombramiento como servidor de la contribución en cargos de la planta de personal de la entidad. Significa que el accionante durante todo el tiempo de vinculación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ha sido en calidad de Supernumerario y no de funcionario de la contribución de la planta de personal de la entidad, por tanto, no es posible acceder al reconocimiento de los referidos incentivos. En esas condiciones le asiste razón a la DIAN y al Agente Fiscal cuando afirma que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional porque no acreditó el cumplimiento de los requisitos. En consecuencia se revocará la sentencia impugnada que accedió al reconocimiento de los incentivos reclamados y en su lugar procederá a negarlos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1268 DE 1990 - ARTICULO 5 / DECRETO 1268 DE 1990 - ARTICULO 6

NIVELACION SALARIAL A SUPERNUMERARIO DE LA ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES- Reconocimiento

Según da cuenta el precitado Decreto a partir de 26 de febrero de 2006 en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, existía una doble escala salarial: la de los funcionarios vinculados antes de la expedición de la norma en comento, para quienes se les aplicaría el Decreto 378 de 2006 y que no se acogieron a la nueva escala; y la que establecida en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vinculen a partir de su expedición [26 de febrero] y para quienes laboraban en la entidad y se acogieron al mismo. En el presente caso, tal y como lo afirma el A-Quo el accionante no probó que hubiera optado por el régimen salarial prevista en el Decreto 618 de 2006, como lo exige el artículo 2º ibídem al personal vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN antes de 15 de marzo de 2006, en consecuencia se negará tal reconocimiento.

FUENTE FORMAL: DECRETO 618 DE 2006

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00573-01(1692-12)

Actor: MAURICIO ALEXANDER PARADA CONTRERAS

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación propuesto por las partes contra la sentencia de 16 de febrero 2012 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por Mauricio Alexander Parada Contreras contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

LA DEMANDA

Estuvo orientada a obtener la nulidad del Oficio No. 03890 de 7 de abril de 2009, expedido por el Subdirector de Gestión de Personal de la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, que negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial, por nivelación; y las Resoluciones Nos. 4829 y 5932 de 11 de mayo y 5 de junio de 2009; expedidas por el Subdirector de Gestión de Personal y el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la DIAN, mediante las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la decisión anterior, confirmando la negativa.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la Entidad accionada reconocerle y pagarle la diferencia salarial como consecuencia de la nivelación conforme a los Decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 714 y 1268 de 2009 y la normatividad complementaria; la reliquidación de las prestaciones asignadas a los funcionarios de la planta de cargos de la DIAN, en especial el incentivo por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y nacional; dando cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El actor presta sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, desde el 3 de diciembre de 2001 y actualmente ocupa el cargo de Gestor I, Código 301, Grado 01.

La vinculación con la entidad se hizo a través de nombramiento como supernumerario, por un periodo inicial de seis (6) meses en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II, Nivel 30, Grado 19, cuyas funciones a realizar estaban orientadas a la gestión de fiscalización.

De manera ininterrumpida, al accionante se le ha prorrogado su nombramiento por periodos de seis (6), tres (3) o un (1) mes en el mismo cargo. Desde el 14 de noviembre de 2008 a la fecha, ha ocupado el cargo de Gestor I, Código 301, Grado 01.

Como se puede observar, la figura de Supernumerario, ha sido utilizada de manera inmoderada por la accionada, con esta clase de prorrogas consecutivas e ininterrumpidas, privándosele de gozar de una estabilidad laboral.

En estricto sentido, las funciones y actividades realizadas por el actor en su condición de supernumerario son de carácter permanente, pues corresponden al giro ordinario de la DIAN, cumpliendo exactamente las mismas funciones y requisitos que los funcionarios inscritos en Carrera Administrativa.

Hasta hace dos (2) años, los funcionarios supernumerarios fueron evaluados con el mismo instrumento de evaluación aplicado a los funcionarios de carrera, cumple el mismo horario y están bajo las mismas órdenes de un Jefe inmediato (un Administrador y un Director).

El salario básico fue diferente al de su par de planta por la disposición contenida en el artículo 4° del Decreto 618 de 2006, discriminación salarial que se mantuvo hasta el 2009, cuando por Decreto 714, se fijó la escala de asignaciones básicas de la UEA-DIAN, y unifica las escalas salariales existentes en la entidad.

Al demandante se le excluyó de acceder al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional,

dispuestos mediante Decreto 1268 de 1999, a pesar de que cumple con las metas y requisitos exigidos, al igual que su par de la planta de personal de la DIAN, convirtiéndose en una doble discriminación salarial frente a estos últimos.

Como prueba de este desigual trato, es que el actor desempeña igual trabajo que su par Profesional, 31-21 hoy Gestor I, 301-01, devengando el mismo salario, pero a quien por ser supernumerario, no se le cancelan todos los emolumentos, estímulos y prestaciones que si se le pagan al funcionario de planta que tiene su mismo cargo y que desempeña.

Adicionalmente en noviembre de 2008 se realizó una reestructuración de planta, en donde los supernumerarios quedaron en grados inferiores a los de sus pares, así:

NOMBRE	SUPERNUMERARIO	PAR DE LA PLANTA	PAR DE LA PLANTA
Cargo después de la Reestructuración Actual	Gestor I, Código 301, Grado 01	Gestor II, Código 302, Grado 02	Gestor III, Código 303, Grado 03
Cargo antes de la reestructuración Noviembre de 2009	Profesional, 31-21 Salario: \$1'837.546	Profesional, 31-22 Salario: \$2'216.910	Profesional, 31-21 Salario: \$2'114.463

El actor realiza las funciones de Gestor I, Código 301, Grado 01, en el Grupo Interno de Trabajo de Investigaciones Aduaneras y Control Cambiario de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los requisitos exigidos para los cargos desempeñados por el actor, son:

Gestor I, 301-01	Resolución 0013 de noviembre 4 de 2008	Título Profesional
Profesional 31-21	Resolución 02110 de marzo 9 de 2006	Título Profesional

El Decreto 1268 de 1999, en los artículos 5°, 6° y 7°, establecen el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de contribución de la UEA – DIAN, los servidores de la contribución que ocupen cargos en la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tendrán derecho a percibir los incentivos de desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional.

Al accionante no le cancelaron los anteriores reconocimientos, a pesar de que al igual que su par, cumplía con las metas y requisitos exigidos, pero se los negaban porque era supernumerario, violando el principio de igualdad laboral, según el cual a igual trabajo, igual salario.

NORMAS VIOLADAS

Citó disposiciones violadas, se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 13, 25, 53 y 122; Código Contencioso Administrativo, artículos, 85 y 206; Ley 1042 de 1978, artículo 83; Ley 1072 de 1999, artículo 23; Ley 909 de 2004. (Fls. 241-256)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por intermedio de apoderado de folios 404 a 411 contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las súplicas, con fundamento en lo siguiente:

El artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, norma que rige la vinculación de personal supernumerario de la DIAN, determina que es aquel vinculado con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la corrupción y el contrabando, para ejercer actividades transitorias y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de curso concurso.

Además los supernumerarios tendrán derecho a percibir las 'prestaciones sociales' existentes para los servidores de la contribución; se entiende por prestaciones sociales aquellas que devengan los funcionarios de la Rama Ejecutiva, tales como la bonificación por servicios prestados, las primas de servicios, vacaciones, navidad, etc., las cuales son percibidas tanto por los funcionarios de planta como por los supernumerarios.

El Decreto 1268 de 1999, establece en los artículos 6°, modificado por el artículo 5° del Decreto 618 de 2006, 6° y 7°, los incentivos por Desempeño Grupal, en Fiscalización y Cobranzas, y Nacional respectivamente, señalando en forma expresa que los incentivos no constituirán factor salarial para ningún efecto legal y se determinarán con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis (6) meses.

Advierten las normas citadas, que tales incentivos van dirigidos a funcionarios que ocupen cargos de planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Así mismo, establece el artículo 33 del Decreto 1072 de 1999 [vigente para la época de los hechos], que para la provisión definitiva de los cargos del sistema específico de carrera será obligatorio adelantar alguno de los siguientes concursos de méritos: ascenso ó abierto.

En el caso concreto del señor Parada Contreras, no participó en ninguno de los procesos de selección antes mencionado y como se afirma en la demanda, su vinculación se efectuó como personal supernumerario.

Por tanto, desde el punto de vista legal, existe diferencia entre la vinculación de un supernumerario y la provisión de un empleo de carrera, lo cual, no vulnera el principio de igualdad porque la vinculación del personal supernumerario es diferente del que forma parte de la planta de personal de Carrera de la DIAN, es decir, que no son iguales y este principio de derecho se vulnera solo si se da un tratamiento diferente a quienes ostentan la calidad de iguales.

Lo anterior significa que los incentivos consagrados en los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto 1268 de 1999, solo pueden recibirlos los servidores de la contribución que desempeñan empleos de planta y como ya se ha afirmado los supernumerarios no hacen parte de la planta de personal de la DIAN, ya que son vinculados a la misma como lo establece el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en Descongestión, mediante sentencia de 16 de febrero de 2012, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (Fls. 552-578), con la siguiente argumentación:

Del caudal probatorio recaudado se desprende que cuando el actor ingresó a la entidad demandada como Supernumerario, bajo la denominación de Profesional de Ingresos Públicos I, Nivel 30, Grado 19, fue adscrito al Despacho del Administrador de Impuestos de la ciudad de Cúcuta, luego a partir de 10 de enero de 2002, fue ubicado en la misma Administración pero en la División de Cobranzas hasta el 31 de diciembre de ese año, luego de 21 de enero hasta el 30 de noviembre de 2003, continuó en la misma división.

Luego entre el 1° al 31 de diciembre de 2003 fue asignado al Grupo de Persuasiva; desde el 16 de enero al 31 de agosto de 2004 permaneció en el Grupo de Persuasiva y Cobranzas; en esa misma anualidad desde el 1° de septiembre al 31 de diciembre del mismo año, estuvo en la Administración de Impuestos de Cúcuta, pero no se pudo establecer en qué grupo continuó.

De 3 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2006, se mantuvo en el Grupo de Persuasiva; para el 2007, entre el 2 de enero al 30 de junio fue dispuesto para el Grupo de cobranzas, y desde el 1° de julio hasta el 31 de diciembre de ese año, pasó nuevamente a persuasiva; desde el 2 de enero hasta el 13 de noviembre de 2008, fue asignado al Grupo de Persuasiva; finalmente como Gestor I, Código 301, Grado 01, entre el 14 al 31 de diciembre de 2008, lo ubicaron en el Grupo de división de Gestión de Recaudo y Cobranzas; y desde el 2 al 30 de enero de 2009, permaneció en el Grupo Interno de Trabajo de Gestión de Cobranzas.

De lo anterior se desprende que la mayor parte del tiempo que ha estado vinculado el actor a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ha prestado sus servicios a la División de Cobranzas, aunque, de lo acreditado se deduce igualmente que en algunas ocasiones [pocas], fue comisionado para atender necesidades de la División de Gestión y Asistencia al Cliente, entre el 12 de junio y el 25 de julio de 2002, así como entre el 25 y el 29 de junio y el 3 al 31 de julio de 2007.

Ahora bien, en cuanto a las funciones, advierte que obran en el expediente Comunicaciones (27 de octubre de 2003, 9 de febrero de 2004, 22 de febrero de 2005 y 1° de febrero de 2006) dirigidas al actor por la Líder de Cobranzas, Seccional Cúcuta, indicándole las funciones que debía desarrollar, en todas ellas contemplan las mismas tareas que y se impartieron desde 2003 hasta 2006, con el fin de sanear contablemente la entidad, en cumplimiento de la Orden Administrativa No. 2 de 13 de mayo de 2003.

Por otra parte, en cada una de las Resoluciones por las cuales se vinculaba al actor y se le prorrogaba su estadía en la entidad, se indicaba en las consideraciones que se acudía a la figura aludida, para atender necesidades del servicio en las diferentes dependencias de la DIAN y que de acuerdo con el artículo 154 de la Ley 223 de 1995, podían vincular Supernumerarios para el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando.

No obstante aparecer claro el propósito en los actos administrativos por los cuales se vinculaba al accionante en la DIAN, de la realidad probatoria se desprende una situación fáctica distinta, pues lo que se evidencia es que, por el contrario, el actor se mantuvo en la entidad cumpliendo tareas de División de cobranzas y de otro, las funciones en ciertos años no cambiaron y para otros se fijaron de acuerdo al Manual de Funciones y el rol de los empleados de la accionada.

Esa situación del actor de permanencia de conformidad con lo probado entre diciembre de 2001 y noviembre de 2009, año hasta el cual se tiene información, permanencia que no solo se predica del factor tiempo, sino de las labores, ya que como se dijo anteriormente, algunas se han impuesto con base en el Manual de Funciones que son fijadas para los empleos permanentes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así las cosas, la desnaturalización de la vinculación de Supernumerario, en tanto que se ha desbordado el límite que la caracteriza, esto es, la transitoriedad y no permanencia e indefinición para ejecutar labores ordinarias de la entidad, así como su excepcionalidad, y según da cuenta el acervo probatorio lo que enseña, es que ante las constantes necesidades de servicio, era pertinente generar los procesos respectivos para adecuar la planta de la DIAN, “es decir, crear los empleos suficientes.”

Todo lo anterior demuestra que durante el tiempo en que el actor se ha mantenido en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, verdaderamente ha ejercido su labor como empleado de carácter permanente, esto es, como si se tratara de un empleado de planta de personal, a pesar de los cortos periodos de interrupción en la prestación del servicio.

Por tanto concluyó que el actor en verdad dentro de la entidad accionada tenía el carácter de personal permanente y así es procedente aplicar el principio de supremacía de la realidad sobre las formas y de contera, dar plena protección al trabajo en condiciones justas.

Ahora bien, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la activación del principio antes aludido, no implica per se, que el empleo ocupado por el actor sea tenido como de planta, ya que solo tendrá efectos para otorgar las prestaciones sociales no reconocidas, con fundamento en la normatividad pertinente y no debe olvidarse, de igual forma, que según lo ha trazado la jurisprudencia, la vinculación como Supernumerario constituye una verdadera relación laboral.

De manera que de no extenderse la aplicación de todos los beneficios al demandante, por su permanente prestación del servicio para cubrir actividades del giro ordinario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, resultaría desconocido el derecho a la igualdad que le reconoce la Carta Política, pues si realizó su trabajo en la DIAN casi de manera continua durante aproximadamente ocho (8) años, porque presentó algunas interrupciones, que en criterio del A-Quo son mínimas, por tanto deber ser tomado como permanente, para que le sea aplicado en su integridad el régimen salarial y prestaciones que a los empleados de la planta de personal se reconoce.

La permanencia predicada de la vinculación del demandante, al confrontarse con las normas que consagran las prerrogativas reconocidas al personal de planta, en principio no daría lugar al reconocimiento de las mismas, pues las contenidas en el Decreto 1268 de 1999, exigen que se trate de un servidor que ocupe un cargo de la planta de personal; no obstante, el alcance de

dicha condición, comporta en sí misma el carácter de permanencia de la labor realizada por el empleado público.

De este modo, si en las actividades que el actor desarrolló es evidente la característica aludida, el tenor literal de la norma contenida en el Decreto 1268 de 1999, no puede tener la virtualidad de impedirle el goce de los incentivos que reconoce, pues su aplicación exegética al caso concreto, implicaría un quebrantamiento al principio de igualdad y la perseguida efectividad del derecho al trabajo; sin embargo, deberán acreditarse por el servidor las otras condiciones que establece el cuerpo normativo aludido para acceder a los beneficios, es decir, su estadía en la División de Cobranzas y las metas que imponen los artículos 5°, 6° y 7° del referido Decreto, las cuales se encuentran debidamente demostradas mediante las documentales visibles en el proceso, así como que en este punto concreto, la accionada no manifiesta oposición.

En cuanto a la nivelación salarial prevista por el Decreto 618 de 2006, sería del caso ordenarla bajo lo considerado en la presente providencia, pero como el actor, no acreditó que optó por el régimen salarial en él establecido antes de 15 de marzo de 2006, tal como lo exigía el artículo 2° del mentado Decreto para quienes estuvieran vinculados a la DIAN antes de ser expedido, no procede.

LOS RECURSOS

La parte actora por intermedio de apoderado interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (Fls. 579-590), sustentándolo de la siguiente manera:

El Tribunal reconoce el derecho que tiene el accionante de percibir las mismas prestaciones e incentivos que devengan los demás funcionarios de planta, al demostrarse la primacía de la realidad sobre las formalidades, no obstante, disiente de la negativa de acceder a las demás pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión en que “la activación del principio aludido, no implica per sé, que el empleo ocupado por el actor sea tenido

como de planta “, por cuanto persiste la violación del derecho a la estabilidad laboral del demandante.

De igual manera, el A-Quo no accedió a la pretensión de nivelación salarial prevista por el Decreto 618 de 2008, indicando que el actor “no acreditó que optó por el régimen salarial establecido antes del 15 de marzo de 2006”, sin embargo, no consideró que en la realidad, los supernumerarios no tenían la opción de escoger entre un régimen y el otro, pues como bien lo explica el Tribunal, la diferencia entre estas dos escalas salariales existentes entre el 2006 y el 2008, era la compensación del incentivo que había disminuido del 50% al 26%, reconocido únicamente a los funcionarios de planta.

Por tal razón, solo estos funcionarios de planta podían escoger el régimen al cual pertenecer, mientras que los funcionarios supernumerarios, debían acogerse, sin opción a elegir, a la escala salarial más baja sin ningún tipo de compensación, pese a desempeñar las mismas funciones que su par en la planta de personal.

La demanda pretendía precisamente que se desvirtuara la “temporalidad” del nombramiento del actor con la UAE – DIAN, por cuanto se efectuó en periodos consecutivos por más de diez (10) años, desnaturalizando el carácter excepcional y temporal de la vinculación como supernumerario, lo que da lugar a que se declare el contrato realidad, con la administración a través de un empleo de la planta de cargos de la entidad.

La figura del supernumerario no esta prevista para reemplazar la planta de personal, pues se estaría promoviendo la conformación de “plantas paralelas”; por el contrario, las necesidades de la entidad se tornan permanentes, y se debieron crear los cargos correspondientes, tal y como lo previene la ley para el caso.

Por lo anterior solicita se revoque parcialmente la sentencia impugnada para ordenar la nivelación salarial y la declaración de ser funcionario de planta, y en su lugar acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN por intermedio de apoderado interpuso recurso de apelación (Fls. 584-590), y solicitó se revoque la decisión del Tribunal y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda.

El actor no fue vinculado como supernumerario en un cargo de la planta de personal de la DIAN; su vinculación se realiza por autorización legal y para efectos salariales se asimila a un cargo análogo de la planta de personal, sin que esta vinculación se considere de carácter permanente como erróneamente lo entendió el A-Quo.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de conformidad con lo establecido en los artículos 79 de la Ley 489 de 1998 y 4° de la Ley 443 del mismo año, expidió el Decreto 1072 de 1999 que en su artículo 22 permite la vinculación de supernumerarios a la entidad. Norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-725 de 2000.

Además la Ley 223 de 1995 mediante la cual se dictaron normas sobre la racionalización tributaria, en su artículo 154 estableció dentro del Plan Anual Antievasión, la posibilidad de que la DIAN pueda contratar personal supernumerario.

Así mismo, si bien es cierto que el demandante fue vinculado como Supernumerario por periodos de tiempo sucesivos, también lo es que dicha vinculación no se efectuó mediante concurso público para acceder a un cargo de carrera en la DIAN, sino que su vinculación fue como supernumerario y con las condiciones establecidas en la ley para este tipo de cargos, que el accionante conocía a la fecha de su vinculación.

La vinculación del accionante con la entidad, se extendió por un término superior al inicialmente fijado, debido a las necesidades del servicio en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por razones de conveniencia tanto para la accionada como para el actor, debido a las funciones de carácter técnico que realiza la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, que haría inoperante contratar personal supernumerario distinto cada seis meses para no prolongar la vinculación de aquellos que ya conocen el funcionamiento y el cumplimiento de sus deberes.

Igualmente, si la DIAN no podía realizar directamente concurso para vincular a la carrera especial de la entidad, al personal suficiente para cubrir sus

necesidades, tenía que acudir a la figura del supernumerario, la cual esta autorizada por la Constitución y la Ley, sin que con ello se pueda afirmar que estas vinculaciones se consideren permanentes.

Las funciones desarrolladas por el actor en la entidad, fueron transitorias y se realizaron por necesidades del servicio dentro del Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando, tal como se depende de los actos administrativos de vinculación.

Como da cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha reconocido que la vinculación del personal supernumerario con la DIAN, se ajusta al ordenamiento jurídico, por lo tanto, la accionada en ningún momento ha desconocido los derechos del actor y por el contrario los ha reconocido de acuerdo con las normas que los establecen; teniendo en cuenta el tiempo durante el cual el accionante estuvo vinculado con la entidad, le canceló todos los salarios y prestaciones sociales a las que tenía derecho.

Igualmente, el pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas y nacional, desconociendo que estos solo se pueden cancelar a los funcionarios que hacen parte de la planta de personal de la DIAN y no al personal supernumerario.

Tampoco es posible ordenar el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho el señor Parada Contreras desde el 26 de febrero de 2004 a 30 de junio de 2008, sin tener en cuenta la prescripción trienal de las prestaciones sociales.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, a folios 483 a 488 emitió Concepto solicitando confirmar la sentencia apelada que negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

De conformidad con el ordenamiento jurídico y las pruebas documentales, se demostró que el demandante fue vinculado a la DIAN en calidad de supernumerario, en el cargo de Gestor I y posteriormente como Profesional de Ingresos Públicos I, Nivel 30, Grado 19, igualmente esta acreditado que fue comisionado para laborar en la División de Gestión y Asistencia al Cliente, en diversas épocas.

De acuerdo con lo anterior, si bien laboró la mayor parte de tiempo en el área de administración de impuestos en la ciudad de Cúcuta, al revisar las pruebas advierte que los incentivos pretendidos por el demandante, se reconocen solo a los funcionarios de planta de la DIAN y no a los supernumerarios, condición que ostenta el accionante.

Los diferentes actos de nombramiento del actor reflejan las necesidades del servicio que debía atender la entidad y que no era posible desarrollar con el personal de planta; por ello la ley permite la utilización de la figura del supernumerario, pensando en la calidad de temporales que necesita una entidad como la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en épocas de recaudos del calendario tributario.

En el plenario está claro que su vinculación no fue permanente, sino transitoria, a pesar de ser diversas, nótese que el término era por tres, cuatro, seis, once meses, hecho este que no puede significar que le asistan derechos de carrera, como lo pretende al reclamar los incentivos, pues no superó la etapa del concurso para tal efecto, y así poder ser incorporado a la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN en las dependencias arriba citadas, para ser beneficiario de los incentivos solicitados con la demanda.

Finalmente solicita aplicar el presedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado, en sentencia de 23 de octubre de 2008, expediente 1393-07, M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas la siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a establecer si el actor tiene derecho a la nivelación salariales de conformidad con el Decreto 618 de 2006 y siguientes, así como al reconocimiento de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, teniendo en cuenta que laboró en la DIAN como

Supernumeraria en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II, 31-21, que actualmente es equivalente al de Gestor I, 301-01.

ACTOS ACUSADOS

- **Oficio No. 03890 de 7 de abril de 2009**, proferido por el Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN, por el cual, negó el reconocimiento y pago de la nivelación salarials de conformidad con el Decreto 618 de 2006 y siguientes, así como el de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional previstos en el Decreto 1268 de 1999, por considerar que el actor no reunió los requisitos en la normatividad indicada. (Fls. 381-389)

- **Resolución No. 00004829 de 11 de mayo de 2009**, expedido por el Subdirector de Gestión de Personal, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el referido Oficio, confirmándolo en su integridad. (Fls. 375-380)

- **Resolución No. 005932 de 5 de junio de 2009**, suscrita por el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica, de la DIAN, por medio de la cual, resolvió el recurso de apelación y confirmó la negativa contenida en el Oficio 03890 de 7 de abril de 2009. (Fls. 2-8)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

De la vinculación del actor

Según dan cuenta las diferentes Resoluciones de vinculación visibles de folios 56 a 123, se pudo constatar que el accionante prestó sus servicios a la UAE – DIAN como Supernumerario, ocupando los siguientes cargos:

CARGO	DESDE	HASTA	DEPENDENCIA	RESOLUCIÓN
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	03-12-2001	31-12-2001	División de Cobranzas	10492
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	08-01-2002	30-06-2002	División de Cobranzas	00056
Profesional de Ingresos	28-06-2002	30-09-	Seccional Cúcuta	06094

Públicos I 30-19		2002		
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	01-10-2002	30-11-2002	Seccional Cúcuta	09606
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	26-11-2002	31-12-2002	Seccional Cúcuta	11488
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	21-01-2003	30-06-2003	División de Cobranzas	00293
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	27-06-2003	30-11-2003	División de Cobranzas	05287
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	24-11-2003	31-12-2003	Grupo Persuasivo	09692
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	15-01-2004	31-08-2004	Grupo Persuasivo y Cobranzas	00144
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	31-08-2004	31-12-2004	Seccional Cúcuta	07679
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	03-01-2005	30-06-2005	Grupo Persuasivo	00001
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	30-06-2005	30-09-2005	Grupo Persuasivo	05535
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	20-09-2005	30-11-2005	Grupo Persuasivo	08917
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	25-11-2005	31-07-2006	Grupo Persuasivo	11346
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	31-07-2006	31-12-2006	Grupo Persuasivo	08531
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	02-01-2007	30-06-2007	División de Cobranzas	00001
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	26-06-2007	31-12-2007	Grupo Persuasivo	07508
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	02-01-2008	29-02-2008	Grupo Persuasivo y Cobranzas	00001
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	29-02-2008	30-04-2008	Grupo Persuasivo y Cobranzas	02058
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	30-04-2008	30-06-2008	Grupo Persuasivo	03866
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	01-07-2008	31-07-	Grupo Persuasivo	05727

Públicos I 30-19		2008		
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	01-08-2008	31-10-2008	Grupo Persuasivo	06988
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	31-10-2008	13-11-2008	Grupo Persuasivo	10576
Gestor I 301-01	14-11-2008	31-12-2008	Grupo de Recaudo y Cobranzas	00207
Gestor I 301-01	02-01-2009	30-06-2009	Gestión de Cobranzas	00001
Gestor I 301-01	01-07-2009	30-11-2009	Gestión de Cobranzas	06849

Además fue objeto de las siguientes comisiones de servicio (Fls. 146-152):

RESOLUCIÓN	DESDE	HASTA	DEPENDENCIA
0025	12-06-2006	17-07-2006	División de Gestión y Asistencia al Cliente
0011	20-06-2006	17-07-2006	División de Gestión y Asistencia al Cliente
0029	10-07-2006	25-07-2006	División de Gestión y Asistencia al Cliente
0035	25-06-2007	29-06-2007	División de Gestión y Asistencia al Cliente
0037	03-07-2007	31-07-2007	División de Gestión y Asistencia al Cliente

Según da cuenta la certificación expedida por el Subdirector de Gestión de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, al demandante se le cancelaron los siguientes factores salariales y prestacionales: sueldo, primas de servicio, navidad y vacaciones, las bonificaciones por servicio y recreación, vacaciones, indemnización por vacaciones. (Fls. 39-54)

Igualmente se aportaron los diferentes formularios de evaluación del personal supernumerario realizada al demandante previa concertación y evaluación de

objetivos, que dan cuenta que siempre fue calificado satisfactoriamente. (Fls. 94, 142, 153, 155-156, 158, 161, 168-177, 185-191).

ANÁLISIS DE LA SALA

Naturaleza Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

De conformidad con el Decreto 1071 de 26 de junio de 1999, “Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones”, el artículo 1° establece que La Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, estará organizada como una Unidad Administrativa Especial, del orden nacional, de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por su parte la Ley 489 de 1998, “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, organizó la estructura y organización de la Administración Pública, y en el artículo 38, indicó que la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

“1. (...)

2. Del Sector descentralizado por servicios: a) (...)

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; (...)” (Negrilla fuera de texto)

Quiere decir, que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, es una entidad descentralizada por servicios, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y patrimonio propio.¹

¹ En relación con la organización interna de la Unidad Administrativa Especial –Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN-, se puede consultar lo establecido en el Decreto 1265 del 13 de julio de 1999.

Del Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de Carrera Administrativa y se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; “pudiendo ésta última precisar, qué empleos no son de carrera, entre los que se encuentran los nombramientos temporales con las restricciones que imponen las Leyes de carrera administrativa, pudiéndose ubicar dentro de ellos a los Supernumerarios.”²

A su turno el Decreto 1072 de 26 de junio de 1999, “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”, en el artículo 17 dispone lo siguiente:

“Los empleos de la planta de personal de la DIAN tendrán el carácter de empleos del sistema específico de carrera. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la designación de jefaturas, en la DIAN existirán los siguientes empleos de libre nombramiento y remoción: (...)” (Negrilla fuera de texto)

De los Supernumerarios

Ahora bien, según da cuenta el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978, “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”, con relación a 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.

~~En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de~~

² Sentencia de 31 de mayo de 2012, expediente 2609-12, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

~~actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.~~³

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

~~Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales.~~ Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.⁴

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.”

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-401 de 1998, dijo lo siguiente:

“(…) La vinculación de servidores supernumerarios llamados a prestar servicios temporales en la Administración Pública, no desconoce los derechos de quienes se hallan inscritos en la carrera administrativa. En efecto, en cuanto la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo sólo cuando se presentan vacancias temporales por licencia o vacaciones y cuando existe necesidad de desarrollar actividades de carácter meramente transitorio, resulta evidente que no conlleva el desplazamiento ni la desvinculación del cargo de otros funcionarios de carrera. Las labores que se adelantan por dichos funcionarios supernumerarios 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 del rol ordinario de actividades, por tratarse también de actividades temporales. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. (…)

La Corte encuentra entonces, que las facultades que el inciso tercero otorga al Gobierno para autorizar la vinculación de personal transitorio por cualquier período de tiempo, y sin ninguna restricción, contradicen la normatividad constitucional, que exige 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. (…)”

De lo anterior se infiere lo siguiente:

³ Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-401-1998.

⁴ Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-401-1998 y aparte subrayado derogado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993.

- I. Era posible que el Gobierno Nacional, por Decreto Extraordinario, autorizara contratar Supernumerarios.
- II. Para cubrir las vacaciones y licencias de los empleados públicos, y para el cumplimiento de labores de carácter transitorio.
- III. El término de vigencia de la vinculación no excedía de tres (3) meses, a menso que se tratara de labores transitorias.
- IV. La remuneración correspondía a la actividad que desarrollaba teniendo en cuenta la escala establecida en la autorización gubernamental.
- V. Las prestaciones sociales, eran las establecidas para los empleados públicos, cuando en término excediera de tres (3) meses.

Del Nombramiento de Supernumerarios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

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

Mediante la Ley 223 de 1995, “Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”, 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.”⁵

Posteriormente el artículo 22, del Decreto 1072 de 26 de junio de 1999, prevé 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 al 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.

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.”⁶

La Corte Constitucional en sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró condicionalmente exequible la norma en comento, teniendo en cuenta la siguiente argumentación:

⁵ Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 540 de 16 de octubre de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Artículo declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

“(...) 3.13.2. Se observa por la Corte que la existencia de una carrera administrativa especial en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, per se no es contraria a la Carta Política, dado que el artículo 125 de la misma no ordena al legislador el establecimiento de una carrera administrativa única, sino simplemente dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado se sometan a ese régimen, que se nombren por concurso público que el ingreso a los cargos y ascenso en los mismos se realicen previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, reglas estas que no resultan quebrantadas por las disposiciones acusadas, sino, al contrario, desarrolladas por el legislador extraordinario para hacerlas efectivas en las circunstancias particulares y concretas propias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, razón por la cual se declararán conformes a la Constitución. (...)”

3.14.2. Se observa por la Corte que la limitación impuesta a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que "sólo" puedan ser nombrados como director regional, administrador especial, administrador local y administrador delegado miembros del "personal activo" de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares comisionados para el efecto, es violatorio de la Constitución, pues, si bien es verdad que ocasionalmente ellos pueden ser designados para el desempeño de funciones públicas, no puede el legislador excluir a los ciudadanos no militares ni miembros de la Policía del derecho de acceder a tales cargos públicos en una entidad oficial determinada, como ocurre en este caso respecto de los mencionados en el parágrafo del artículo 17 del Decreto 1072 de 1999, pues de esa manera se quebranta el artículo 40, numeral 7 de la Carta que garantiza como uno de los derechos políticos el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, "salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad" excepción esta que habrá de reglamentarse por la ley. (...)”

La Sección Segunda del Consejo de Estado, 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.”

De conformidad con la normatividad y la jurisprudencia que se ha venido analizando se infiere lo siguiente:

- I. Los empleos de la plantas de personal de la DIAN, tendrán carácter de empleos del sistema específico de carrera.**
- II. No obstante, pueden existir empleos de libre nombramiento y remoción.**
- III. Podrá efectuarse la vinculación de Supernumerarios para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando.**
- IV. El ejercicio de las actividades debe ser transitoria y para vincular personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso.**
- V. Los Supernumerarios, pueden percibir prestaciones sociales por el tiempo de vinculación.**
- VI. Los Supernumerarios pueden ser desvinculados en cualquier momento. Teniendo en cuenta lo anotado, la Sala efectuará el análisis normativo y del caso concreto con relación a los incentivos reclamados por el actor.**

De los Incentivos

El actor solicita el reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional. El A-quo, accedió a dichos incentivos por considerar que el demandante desempeñaba un cargo de la planta de personal de la UAE- DIAN y probó que cumpliera funciones propias de la misma.

El Decreto 1268 de 1999, “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, en los artículos 5°, 6° y 7°, prevé el reconocimiento de los incentivos por Desempeño Grupal, Fiscalización y Cobranzas, y Nacional, de la siguiente manera:

“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 determinará 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 causará 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

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.”
(Subraya y negrilla nuestro)

De la normatividad transcrita se infiere que para tener derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, es necesarios acreditar que se ostenta nombramiento como servidor de la contribución en cargos de la planta de personal de la entidad.

En el sub-lite, está probado que el demandante presta sus servicios a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como Supernumerario, de la siguiente manera:

CARGO	DESDE	HASTA	DEPENDENCIA	RESOLUCIÓN
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	03-12-2001	31-12-2001	División de Cobranzas	10492
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	08-01-2002	30-06-2002	División de Cobranzas	00056
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	28-06-2002	30-09-2002	Seccional Cúcuta	06094
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	01-10-2002	30-11-2002	Seccional Cúcuta	09606
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	26-11-2002	31-12-2002	Seccional Cúcuta	11488
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	21-01-2003	30-06-2003	División de Cobranzas	00293
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	27-06-2003	30-11-2003	División de Cobranzas	05287
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	24-11-2003	31-12-2003	Grupo Persuasivo	09692
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	15-01-2004	31-08-2004	Grupo Persuasivo y Cobranzas	00144
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	31-08-2004	31-12-2004	Seccional Cúcuta	07679
Profesional de Ingresos	03-01-2005	30-06-	Grupo Persuasivo	00001

Públicos I 30-19		2005		
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	30-06-2005	30-09-2005	Grupo Persuasivo	05535
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	20-09-2005	30-11-2005	Grupo Persuasivo	08917
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	25-11-2005	31-07-2006	Grupo Persuasivo	11346
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	31-07-2006	31-12-2006	Grupo Persuasivo	08531
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	02-01-2007	30-06-2007	División de Cobranzas	00001
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	26-06-2007	31-12-2007	Grupo Persuasivo	07508
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	02-01-2008	29-02-2008	Grupo Persuasivo y Cobranzas	00001
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	29-02-2008	30-04-2008	Grupo Persuasivo y Cobranzas	02058
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	30-04-2008	30-06-2008	Grupo Persuasivo	03866
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	01-07-2008	31-07-2008	Grupo Persuasivo	05727
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	01-08-2008	31-10-2008	Grupo Persuasivo	06988
Profesional de Ingresos Públicos I 30-19	31-10-2008	13-11-2008	Grupo Persuasivo	10576
Gestor I 301-01	14-11-2008	31-12-2008	Grupo de Recaudo y Cobranzas	00207
Gestor I 301-01	02-01-2009	30-06-2009	Gestión de Cobranzas	00001
Gestor I 301-01	01-07-2009	30-11-2009	Gestión de Cobranzas	06849

Significa que el accionante durante todo el tiempo de vinculación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ha sido en calidad de Supernumerario y no de funcionario de la contribución de la planta de

personal de la entidad, por tanto, no es posible acceder al reconocimiento de los referidos incentivos.

Con relación al cumplimiento de funciones, al proceso no se aportó el Manual de Funciones y Requisitos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, durante el periodo reseñado, lo que quiere decir, que el accionante no cumplió con el deber de probar los hechos de la demanda, como lo dispone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

En esas, condiciones le asiste razón a la DIAN y al Agente Fiscal cuando afirma que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional porque no acreditó el cumplimiento de los requisitos.

En consecuencia se revocará la sentencia impugnada que accedió al reconocimiento de los incentivos reclamados y en su lugar procederá a negarlos.

De la Nivelación Salarial

El demandante solicita que su salario se nivele de conformidad con la escala establecida por el Decreto 618 de 2006, por considerar que, a partir de su expedición se dio una desigualdad respecto de su homólogo de planta.

El Decreto 618 de 26 de febrero de 2006 “Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial”, dispuso lo siguiente:

“ART. 1º—El régimen salarial establecido en el presente decreto será de obligatorio cumplimiento para quienes se vinculen a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con posterioridad a la vigencia del mismo.

ART. 2º—Los empleados vinculados actualmente a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán optar por una sola vez antes del 15 de marzo de 2006 por el régimen salarial que se establece en el presente decreto. Los empleados

que no opten por el régimen aquí establecido, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes sobre la materia.”

Según da cuenta el precitado Decreto a partir de 26 de febrero de 2006 en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, existía una doble escala salarial: la de los funcionarios vinculados antes de la expedición de la norma en comento, para quienes se les aplicaría el Decreto 378 de 2006 y que no se acogieron a la nueva escala; y la que establecida en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vinculen a partir de su expedición [26 de febrero] y para quienes laboraban en la entidad y se acogieron al mismo.

En el presente caso, tal y como lo afirma el A-Quo el accionante no probó que hubiera optado por el régimen salarial prevista en el Decreto 618 de 2006, como lo exige el artículo 2° ibídem al personal vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN antes de 15 de marzo de 2006, en consecuencia se negará tal reconocimiento.

Finalmente el actor en la alzada considera que se debe declarar que su vinculación fue como funcionario de la Planta de Personal de la DIAN, empero la Sala no puede estudiar dicha petición toda vez que no fue objeto de debate en el proceso de la referencia, pues no se agotó la vía gubernativa, ni fue planteado en la demanda.

En consecuencia se revocará el fallo impugnado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, y en su lugar se negarán de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1°. REVÓCASE la sentencia de 16 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda

incoada por el Mauricio Alexander Parada Contreras contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en su lugar se dispone:

2°. NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

3°. Se le reconoce personería al Doctor Nelson Javier Otalora Vargas, abogado con Tarjeta Profesional No. 93.275, como apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, de conformidad con el poder especial visible a folio 625 del expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA