

DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN - Naturaleza jurídica, objeto, creación, evolución normativa / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE ADUANAS NACIONALES - Fusión de la unidad de impuestos con la unidad de aduanas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica, son organismos descentralizados por servicios del orden nacional, que según lo estipulado por el artículo 68 de la misma Ley, tienen como objeto principal el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con autonomía administrativa y patrimonio propio. Igualmente, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la Administración al cual están adscritas, como también a las reglas señaladas en la Carta Política, en la misma Ley 489 de 1998, en la Ley de su creación y determinación de su estructura orgánica y en sus estatutos internos. En lo no previsto, se someten al régimen jurídico de los establecimientos públicos, según lo dispuesto por el artículo 82 ibídem. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, de acuerdo con lo contemplado por el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999, se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que hace que su objeto deba cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal que indique el Ministro del ramo. Cuenta con un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura y clasificación de planta, un sistema específico de carrera administrativa y un régimen disciplinario especial aplicable a sus servidores públicos. Lo anterior, no sin antes advertir que el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le fueron conferidas por la Asamblea Nacional Constituyente para reorganizar la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional, de que da cuenta el artículo 20 Transitorio de la Carta Política; dispuso mediante el Decreto 2117 de 1992, la fusión de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, en una sola Entidad, denominada Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En virtud del Decreto 1693 de 1997, se produjo la separación, solo en el aspecto funcional, de las Unidades Administrativas Especiales, que habían sido agrupadas en una sola. Ahora bien, el sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los servidores públicos de la DIAN, se encuentra contenido en el Decreto 1072 de 1999, que en su artículo 17, señala que los empleos de la planta de personal de la DIAN, tendrán el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no obsta para que existan empleos de libre nombramiento y remoción, al igual que personal Supernumerario; que según su artículo 22, se puede vincular con el fin de suplir o atender las 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 del concurso-curso.

PRIMA TECNICA - Evolución normativa. Clasificación por estudios y por buen desempeño. Excepciones a su aplicación. Unificación del régimen jurídico. Cargos a los que se aplica / DIAN - Prima técnica. Incentivo por desempeño grupal y por desempeño nacional

Inicialmente la Sala precisa que con la expedición de la Ley 60 de 1990, el Congreso de la República, confirió facultades extraordinarias al Presidente para modificar, entre otros, el régimen de Prima Técnica en las distintas Ramas y

Organismos del Sector Público. En ejercicio de dichas facultades, el Presidente de la República, expidió el Decreto Ley 1661 de 1991, en virtud del cual creó un nuevo régimen de Prima Técnica bajo dos criterios: el primero, como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, requeridos para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Y el segundo, como un beneficio para el funcionario o empleado por el buen desempeño del cargo. El reconocimiento con base en el primer criterio, aplicaba únicamente para cargos en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. Y el otorgamiento de este beneficio, por evaluación de desempeño, se habilitó para todos los niveles de empleo dentro de la Rama Ejecutiva. Luego el Decreto 2164 de 1991, reglamentario del Decreto Ley 1661 de 1991, definió con mayor precisión las reglas para el otorgamiento de la Prima Técnica, señalando los requisitos, el procedimiento, la competencia y la cuantía correspondiente para su asignación. Y en su artículo 2°, reprodujo las excepciones a la aplicación del régimen general, consignadas inicialmente en el artículo 10° del Decreto Ley 1661 de 1991. De esta manera, los empleados públicos que cuentan con un sistema especial de remuneración o de reconocimiento de primas, se encuentran excluidos de la aplicación de las normas generales sobre Prima Técnica. Posteriormente, el Decreto 1724 de 1997, en virtud del cual se unificó el régimen de Prima Técnica para todos los empleados públicos del Estado, determinó que en cualquiera de los criterios para su reconocimiento, esto es, por las calidades especiales para el desempeño del cargo y por la evaluación de desempeño, quedaron excluidos los niveles Profesional, Técnico, Administrativo y Operativo, además que se amplió su reconocimiento para todos los Organismos y Ramas del Poder Público, pero únicamente en los niveles Directivo, Asesor y Ejecutivo o equivalentes. En los demás aspectos, incluidas las excepciones a su aplicación, continuaron rigiendo las disposiciones vigentes, es decir, que bajo el alcance y limitaciones establecidas en este Decreto, se conservaron las demás regulaciones consignadas en los Decretos 1661 y 2164 de 1991. Luego, el Decreto 1335 de 1999, que modificó el Decreto 2164 de 1991, estableció que los empleados que tienen derecho a la Prima Técnica por formación avanzada y experiencia, con la modificación que introdujo el Decreto 1724 de 1997, son aquellos que se desempeñen en propiedad en los cargos de niveles Ejecutivo, Asesor y Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2164 de 1991. Específicamente en lo que hace referencia a la DIAN, 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 su artículo 1°, señaló que los funcionarios de la DIAN tendrán derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios consagrados en las normas generales para los empleados de la Rama Ejecutiva, más los contemplados en dicho Decreto, que son la Prima Técnica, la Prima de Dirección, Incentivo por Desempeño Grupal, Incentivo al Desempeño en Fiscalización y Cobranzas e Incentivo por Desempeño Nacional. En relación con la Prima Técnica, el artículo 2° del Decreto en mención, estableció: (...). De acuerdo con lo anterior se infiere, que la Entidad demandada reglamentó el beneficio, estableciendo que se concedería en los mismos términos y condiciones señalados en los decretos generales que regulan la materia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 08001-23-31-000-2003-01429-01(1393-07)

Actor: JHON ENRIQUE BARRAGAN QUINTERO

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia de 14 de febrero de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, desestimatoria de las súplicas de la demanda instaurada por el señor JHON ENRIQUE BARRAGÁN QUINTERO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, mediante los cuales le negó el reconocimiento y pago de la Prima Técnica, de los Incentivos por Desempeño Grupal y Nacional y del Salario correspondiente al mes de noviembre de 2002, a los que estima tiene derecho en igualdad de condiciones a los demás empleados oficiales de la planta de personal que desempeñan el mismo cargo, no obstante su vinculación a la Entidad como Supernumerario y en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor JHON ENRIQUE BARRAGÁN QUINTERO presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico para obtener la nulidad del Oficio No. 7066 de 17 de febrero de 2003, mediante el cual la demandada le negó el pago de la Prima Técnica, de los Incentivos por Desempeño Grupal y Nacional y del Salario correspondiente al mes de noviembre de 2002.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la demandada a pagar la suma correspondiente a los conceptos antes referidos, con intereses, indemnización moratoria y reliquidación de prestaciones sociales; que se declare

que no ha existido solución de continuidad en los servicios y que se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.

Relata el actor en el acápite de hechos, que se vinculó al servicio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, por medio de Resolución No. 3842 de 28 de junio de 1996 en calidad de Supernumerario, desempeñando el cargo de Técnico en Ingresos Públicos I, Nivel 25, Grado 08, del cual tomó posesión el 12 de julio de 1996.

Señala que mediante Resolución No. 9606 de 1º de octubre de 2002, la Entidad demandada, le prorrogó su vinculación como Supernumerario hasta el 30 de noviembre del mismo año.

Manifiesta que fue retirado del servicio con la expedición de la Resolución No. 10427 de 25 de octubre de 2002.

Afirma que la DIAN debe reconocerle la Prima Técnica y los Incentivos por Desempeño Grupal y Nacional, en virtud del derecho constitucional a la igualdad y en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, teniendo en cuenta la modalidad de ingreso a la Entidad, su permanencia en el cargo y que las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal.

Invoca como normas violadas los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; 3º y 46 del Decreto 1950 de 1973; 1º del Decreto 1849 de 1969; Decretos 3135 de 1968, 1042 de 1978, 1268 y 1072 de 1999.

Aduce que a pesar de haber sido catalogado como Supernumerario, su vinculación real correspondía a la de un funcionario público, porque fue nombrado mediante acto administrativo, posesionado de su cargo dentro de los diez días siguientes a la comunicación del mismo y desarrolló funciones administrativas, que por disposición legal competen a los empleados oficiales, directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la DIAN; razón por la cual, la

demandada, está obligada a reconocerle las prestaciones de ley en virtud de los principios de igualdad y de contrato realidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, manifestó que el hecho de que en el acto acusado no se acceda a lo pedido por el actor, no significa que se encuentra viciado de nulidad, por infracción a las normas en que debió fundarse y por violación a la ley; pues debe tenerse en cuenta, que la vinculación del demandante es diferente, aunque desempeñó un cargo de la planta de personal de carrera de la Entidad, toda vez, que su vinculación como Supernumerario no es igual a la provisión de un empleo de carrera.

En este sentido advirtió, que no se violó el principio de igualdad, porque como se indicó, es diferente la vinculación de un Supernumerario frente a la provisión de un empleo de carrera, es decir, el vínculo no es igual. El principio de igualdad solo se vulnera si se da un tratamiento diferente a quienes ostentan la calidad de iguales, por tanto dicho principio no opera entre desiguales.

Señaló que de conformidad con los artículos 5° y 7° del Decreto 1268 de 1999, los incentivos por desempeño grupal y nacional no constituyen factor salarial y que sólo se reconocen a los cargos de la planta de personal de la Entidad.

Afirmó que al actor se le nombró y posesionó como Supernumerario, siguiendo las exigencias impuestas por la Ley, con el fin de atender la necesidades del servicio y que el hecho de haber prolongado su estancia en la Entidad demandada a través de prórrogas, no le garantizaba su permanencia ni mucho menos lo convertía en empleado de la planta de personal.

Finalmente, propuso la excepción que denominó *“inepta demanda por falta de requisitos formales”*, argumentando que el libelo introductorio carece de fundamento jurídico, teniendo en cuenta que en el mismo no se precisó el alcance de la violación de las normas citadas, tal como lo dispone el numeral 4° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico mediante providencia de 14 de febrero de 2007, luego de declarar no probada la excepción propuesta, en atención a que se dio cumplimiento al numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, porque en la demanda se señala de manera clara y completa el fundamento de la violación de cada una de las normas citadas, negó las súplicas de la demanda.

Consideró, que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 14 del Decreto 1647 de 1991, 30 del Decreto 1693 de 1997, 22 del Decreto 1072 de 1999 y 83 del Decreto 1042 de 1978; los Supernumerarios no son empleados públicos, sino auxiliares de la Administración, que solamente pueden vincularse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1792 de 1983, para suplir vacancias temporales de empleados públicos y en caso de licencia o vacaciones para desarrollar actividades transitorias relacionadas con las funciones propias del organismo; razón por la cual, no hacen parte de la planta de personal.

Señaló, que de conformidad con los artículos 2º, 5º, 7º y 11º del Decreto 1268 de 1999, la Prima Técnica y los Incentivos por Desempeño Grupal y Nacional, se circunscriben únicamente a los servidores que se encuentran vinculados a la planta de personal de la Entidad como empleados públicos.

Estableció, que al actor le fueron canceladas sus prestaciones sociales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y que la cancelación del salario del mes de noviembre de 2002 es improcedente, porque fue retirado del servicio desde el 28 de octubre de 2002, no obstante que se le hubiera prorrogado su vinculación por la Resolución 9606 de 2002, pues dicha prórroga no le otorga el derecho incondicional de permanecer laborando, de conformidad con la norma en cita.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación.

Manifiesta que extrañamente el *a quo* cita el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, norma que estipula que al personal Supernumerario se le puede vincular para suplir vacancias temporales de empleados o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio; pero las pruebas obrantes en el proceso indican, que el actor no laboró en la Entidad demandada bajo ninguna de esas dos hipótesis. Además, dicha norma consagra que la resolución administrativa de nombramiento del Supernumerario, debe señalar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios, haciendo alusión a la transitoriedad de la relación; figura que se desnaturaliza si se tiene en cuenta que en este caso, se extendió la relación laboral sin solución de continuidad por casi siete años.

Aduce que contrario a lo analizado por el Tribunal, al actor se le desconoció el derecho fundamental de igualdad ante la ley y el principio constitucional laboral de primacía de la realidad sobre las formalidades, porque al ser nombrado el actor de manera sucesiva e ininterrumpida durante un período aproximado de 6 años y 3 meses, sin solución de continuidad, nombrado mediante resoluciones sucesivas, tomando posesión del cargo en cada oportunidad, cumpliendo funciones idénticas a las de un empleado de planta, laborando festivos, jornadas nocturnas y extraordinarias, siendo su gestión evaluada y calificada permanentemente; todo ello, lo convierte en un empleado oficial perteneciente a la planta de personal, por lo que tiene derecho al reconocimiento de todas las primas, los incentivos y demás que no le fueron cancelados.

Insiste en que su relación laboral nunca recayó sobre actividades transitorias ni ajenas a las finalidades de la Entidad demandada, por lo que sus ingresos deben ser proporcionales a los de sus similares y sin ninguna diferencia, pues de lo contrario se atentaría contra su derecho a la igualdad.

Sostiene que con lo expuesto se colige, que al actor se le aplicó indebidamente el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, cuando lo correcto era que lo hubiese cobijado el Decreto 1268 de 1999, en sus artículos 5° y 7°.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandada** reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda y resalta que de conformidad con lo establecido por el Decreto 1072 de 1999, los

empleos de la planta de personal de la DIAN tienen carácter de empleos del sistema de carrera, existiendo además empleos de libre nombramiento y remoción, que no pueden asimilarse a los Supernumerarios, pues la vinculación de estos últimos se realiza conforme lo manda el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, que establece que tienen derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución y ellas son las mismas que perciben los funcionarios de planta.

Afirma, que por su parte, el Decreto 1268 de 1999, en sus artículos 5°, 6° y 7° establece los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, señalando que los mismos no constituyen factor salarial y se determinan con base en la evaluación de la gestión que se realiza cada seis meses, para funcionarios de la planta de personal.

Sostiene que la vinculación del actor a la DIAN, no se produjo para el desempeño de actividades transitorias sino para atender necesidades del servicio, tal cual como se observa en la parte motiva de las resoluciones de nombramiento, sin que ello implique que automáticamente dejó de ser Supernumerario y se convirtió en funcionario perteneciente a la planta de personal de carrera de la demandada.

La parte demandante. No alegó de conclusión.

El Ministerio Público. No emitió concepto.

CONSIDERACIONES

El asunto en debate se contrae a establecer si es nulo el Oficio No. 007066 de 17 de febrero de 2003, por medio del cual la Dirección General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, le negó al demandante el reconocimiento de la Prima Técnica, el Incentivo por Desempeño Grupal y Nacional y el Salario por el mes de noviembre de 2002; en razón de haber laborado en dicha Entidad como Supernumerario en el cargo de Técnico de Ingresos Públicos I, Nivel 25, Grado 08.

CUESTIÓN PREVIA

En el presente asunto el demandante pretende que se declare “...nulo el **Oficio No. 001066** fechado 17 de febrero de 2003, expedido por el Director General de la DIAN, mediante el cual se negó al actor el pago de los Incentivos por Desempeño Grupal y Nacional, la Prima Técnica, y el salario correspondiente al mes de noviembre de 2002” (Folios 83), y el fallo emitido por el *a quo* resolvió negativamente las súplicas de la demanda, frente al “**Oficio No. 007066** fechado 17 de febrero de 2003, expedido por el Director General de la DIAN, mediante el cual se le negó el pago de los Incentivos por Desempeño Grupal y Nacional, la Prima Técnica, y el salario correspondiente al mes de noviembre de 2002...”. (Folio 232).

Aclara la Sala, que no obstante, el actor demanda el Oficio No. 001066 de 17 de febrero de 2003 (Folios 83 Cuaderno Principal) , en realidad el acto acusado corresponde al Oficio No. 007066 de 17 de febrero de 2003 (Folios 13 a 15 Cuaderno Principal), tal como lo señaló el Tribunal; si se tiene en cuenta, que las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas al pago de los Incentivos por Desempeño Grupal y Nacional, la Prima Técnica y el Salario correspondiente al mes de noviembre de 2002; conceptos cuyo reconocimiento fue negado por la Entidad demandada, mediante el Oficio No. 007066 de 17 de febrero de 2003.

DEL FONDO DEL ASUNTO

A fin de decidir el objeto de la litis, corresponde a la Sala inicialmente establecer, la naturaleza jurídica de la DIAN, luego el régimen jurídico de los Supernumerarios, a fin de determinar si la demandada puede, de acuerdo a su naturaleza, vincular personal Supernumerario. Posteriormente debe establecer, de conformidad con el recaudo probatorio, si la vinculación del actor como Supernumerario de la Entidad, le generó el derecho al reconocimiento y pago de la Prima Técnica, el Incentivo por Desempeño Grupal y Nacional y el Salario por el mes de noviembre de 2002, de conformidad con ese tipo vinculación, no sin antes realizar el estudio pertinente de cada concepto.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIAN

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 ¹, las Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica, son organismos descentralizados por servicios del orden nacional, que según lo estipulado por el artículo 68 de la misma Ley, tienen como objeto principal el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con autonomía administrativa y patrimonio propio. Igualmente, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la Administración al cual están adscritas, como también a las reglas señaladas en la Carta Política, en la misma Ley 489 de 1998, en la Ley de su creación y determinación de su estructura orgánica y en sus estatutos internos. En lo no previsto, se someten al régimen jurídico de los establecimientos públicos, según lo dispuesto por el artículo 82 ibídem.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, de acuerdo con lo contemplado por el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999 ², se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que hace que su objeto deba cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal que indique el Ministro del ramo. Cuenta con un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura y clasificación de planta, un sistema específico de carrera administrativa y un régimen disciplinario especial aplicable a sus servidores públicos.

Lo anterior, no sin antes advertir que el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le fueron conferidas por la Asamblea Nacional Constituyente para reorganizar la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional, de que da cuenta el artículo 20 Transitorio de la Carta Política; dispuso mediante el Decreto 2117 de

¹ 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 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*”

² Decreto 1071 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*”.

1992 ³, la fusión de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, en una sola Entidad, denominada Unidad Administrativa Especial Dirección de **Impuestos y Aduanas Nacionales**.

En virtud del Decreto 1693 de 1997 ⁴, se produjo la separación, solo en el aspecto funcional, de las Unidades Administrativas Especiales, que habían sido agrupadas en una sola.

Ahora bien, el sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los servidores públicos de la DIAN, se encuentra contenido en el Decreto 1072 de 1999 ⁵, que en su artículo 17, señala que los empleos de la planta de personal de la DIAN, tendrán el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no obsta para que existan empleos de libre nombramiento y remoción, al igual que personal Supernumerario; que según su artículo 22 ⁶, se puede vincular con el fin de suplir o atender las 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 del concurso-curso.

REGIMEN JURÍDICO DE LOS SUPERNUMERARIOS

La posibilidad con la que cuenta la Administración para vincular personal Supernumerario, deviene directamente de la Carta Política, cuando establece en

³ Decreto 2117 de 1992 *“Por el cual se fusiona la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones complementarias”*

⁴ Decreto 1693 de 1997 *“Por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”*

⁵ Decreto 1072 de 1999 *“Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”.*

⁶ El artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-725-00 del 21 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, *“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 vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales”, según se expresó en el numeral 3.16.5., de la parte motiva de esta providencia”.*

su artículo 125, que por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, siendo la excepción, los de elección popular, libre nombramiento y remoción, 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.

Esta forma de vinculación fue contemplada por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 ⁷, por medio del cual se estableció el sistema de clasificación, nomenclatura y escalas de remuneración de los empleos, entre otros, los de las Unidades Administrativas Especiales. En su artículo 83 ⁸, hizo alusión a la figura en mención, en los siguientes términos:

“Artículo 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

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

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

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

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

⁷ Decreto 1042 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”.

⁸ La Corte Constitucional, en Sentencia C- 401 de 1998, declaró la exequibilidad del artículo 83 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978 con excepción de su inciso 3° y de la expresión “Cuando la Vinculación del personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales” contenida en su inciso 5°. Y la expresión “Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo, igualmente contenida en su inciso 5°, con antelación había sido derogada por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993.

accidente de trabajo. (Aparte en negrilla declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998 y aparte subrayado derogado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993).

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

De la norma transcrita se colige entonces, como otrora lo consideraba la Corporación ⁹, que la Administración podía acudir a la figura del Supernumerario, en dos eventos: el primero, para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones y el segundo, para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

Además se infiere, que el término de vinculación de dicho personal, por regla general no excedía de tres meses; exceptuándose el caso en que se requiriera personal transitorio por lapsos mayores, para lo cual se necesitaba autorización especial del Gobierno. Igualmente, que su remuneración se fijaba de acuerdo a las actividades que desarrollara, teniendo en cuenta las escalas establecidas en el mismo Decreto Extraordinario. En relación con el pago de prestaciones sociales, tenía derecho a percibir las establecidas para los empleados públicos, cuando el término de vinculación excediera los tres meses.

Específicamente, en relación con los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Dirección de **Impuestos** Nacionales, el Decreto 1647 de 1991, *“Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones”*; en su artículo 14, contempló la posibilidad de vincular personal Supernumerario, de la siguiente manera:

“Artículo 14. SUPERNUMERARIOS. *Para suplir las necesidades del servicio podrá vincularse personal supernumerario que desarrolle actividades de carácter transitorio. En ningún caso, la vinculación excederá de seis (6) meses, salvo autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando se trate de actividades a ejecutarse en un período superior a dicho término.*

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 11 de septiembre de 1980. Radicado 1441. Consejero Ponente Dr. Osvaldo Abello Noguera.

Cuando la vinculación de este personal no exceda de seis (6) meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales; sin embargo, la Dirección de Impuestos Nacionales deberá suministrar la atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Su vinculación se hará mediante resolución y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual”.

De esta norma se infiere, que la vinculación del personal Supernumerario a la Dirección de Impuestos Nacionales, se efectuaba a fin de que desarrollara actividades de carácter transitorio. Vinculación que no debía exceder de seis meses, a excepción de que la Administración requiriera de un término superior, caso en el cual se requería autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, teniendo dicho personal, derecho al reconocimiento de prestaciones sociales.

Por su parte, el Decreto 1648 de 1991 ¹⁰, en relación con los funcionarios de la Dirección General de **Aduanas**, contempló en su artículo 14, igualmente la posibilidad de vincular personal Supernumerario.

El Decreto 2117 de 1992 ¹¹, en virtud del cual 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 Unidad Administrativa Especial Dirección de **Impuestos y Aduanas** Nacionales; dispuso en su artículo 112, que el régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de sus funcionarios, era el establecido por el Decreto Ley 1647 de 1991 y el artículo 106 de la Ley 6ª de 1992. Y en lo que a los Supernumerarios se refiere, su vinculación, permanencia y retiro, se regía por lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991.

A *posteriori*, el Decreto 1693 de 1997, por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en

¹⁰ Decreto 1648 de 1991 “Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera aduanera, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, se crea el fondo de gestión aduanera y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ Decreto 2117 de 1992 “Por el cual se fusiona la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones complementarias”

el artículo 29, señaló, de la misma manera, que en cuanto a la vinculación, permanencia y retiro del personal Supernumerario, era aplicable lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 en concordancia con la Ley 223 de 1995.

El artículo 14 del Decreto 1648 de 1991, consagró:

“ARTÍCULO 14. SUPERNUMERARIOS. *Sin perjuicio de las disposiciones vigentes, podrá vincularse personal supernumerario para suplir las vacantes temporales de los funcionarios aduaneros o para desarrollar actividades de carácter transitorio.*

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

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

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

Por su parte, la Ley 223 de 1995, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, en su artículo 154 ¹², estableció la posibilidad de vincular personal Supernumerario, en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, en los siguientes términos:

“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*

¹² El artículo 154 de la Ley 223 de 1995, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 540 de 1996 de 16 de octubre de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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”.

De otro lado, el Decreto 1072 de 1999, “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”; en su artículo 22 ¹³, prescribió en relación con la vinculación del personal Supernumerario, que:

“ARTÍCULO 22. VINCULACION DE PERSONAL SUPERNUMERARIO. 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.

(...)

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”.

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

¹³ El artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-725 de 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, bajo el entendido de que cuando se trate de personal supernumerario, su vinculación requiere “una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales”.

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.

ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO

Luego de determinar la naturaleza jurídica de la U.A.E. DIAN y de establecer el régimen jurídico de los Supernumerarios; aspectos que permiten inferir que dicha Entidad puede vincular a ese personal para la prestación de servicios temporales o cuando exista la necesidad de desarrollar actividades de carácter netamente

transitorio; se hace necesaria la revisión del acervo probatorio obrante en el proceso a fin de precisar, si al actor en virtud de su vinculación a la DIAN en calidad de Supernumerario, le asiste el derecho al reconocimiento de la Prima Técnica, de los Incentivos por desempeño Grupal y Nacional y el Salario del mes de noviembre de 2002.

Pues bien, el expediente da cuenta, que el demandante fue nombrado por la DIAN, mediante Resolución No. 3842 de 28 de junio de 1996, como Supernumerario en la División Operativa de la Administración Local de Impuestos y Aduanas de Barranquilla de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos I, Nivel 25, Grado 8, a partir del 2 de julio de 1996 y hasta el 31 de diciembre del mismo año. (Folio 55 a 60 Cuaderno 2). Y tomó posesión del cargo mediante Acta No. 052 de 23 de julio de 1996. (Folio 195 Cuaderno 2). Laboró en consecuencia en el año 1996 un total de 5 meses, 12 días.

El Acta de Posesión No. 014 de 3 de febrero de 1997, permite inferir que el actor trabajó como Supernumerario en la misma División y desempeñando el mismo cargo, desde dicha fecha hasta el 2 de agosto de 1997, de conformidad con la Resolución No. 314 de 31 de enero de 1997. (Folios 193 Cuaderno 2). En consecuencia laboró 6 meses.

El Acta de Posesión No. 001 de 12 de agosto de 1997, da cuenta que el demandante laboró como Supernumerario en la División Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando, desempeñando el mismo cargo, desde dicha fecha hasta el 11 de octubre de 1997, de acuerdo con la Resolución No. 133 de 8 de agosto de 1997. (Folios 191 Cuaderno 2). Este nombramiento fue prorrogado por medio Resolución No. 1310 de 2 de octubre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997. (Folios 189 Cuaderno 2). Laboró 4 meses, 19 días, incluida la prórroga. En el año 1997, en total laboró 10 meses, 19 días.

De igual manera, mediante Resolución No. 0538 de 2 de febrero de 1998, se le nombró como Supernumerario, en la misma División y en el mismo cargo, a partir de esa fecha por el término de 6 meses. (Folio 33 Cuaderno Principal). Y tomó posesión del cargo el 6 de febrero de 1998 hasta el 2 de agosto del mismo año (Folio 186 Cuaderno 2). Nombramiento que fue prorrogado a través de las Resoluciones Nos. 5266 de 31 de julio de 1998, por el término de un mes (Folio

180 Cuaderno 2) y No. 5975 de 31 de agosto de 1998 hasta el 31 de diciembre del mismo año. (Folios 173 Cuaderno 2). En consecuencia, incluidas las dos prórrogas en el año 1998 laboró 10 meses, 23 días.

Nuevamente fue vinculado a la DIAN en calidad de Supernumerario, en el mismo cargo en la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando por Resolución No. 260 de 19 de enero de 1999, a partir del 20 de enero del mismo año y por el lapso de 6 meses. (Folio 166 Cuaderno 2). Tomando posesión el 21 de enero de 1999. (Folios 165 Cuaderno 2). Dicho nombramiento fue prorrogado por Resolución No. 5635 de 19 de julio de 1999 hasta el 31 de diciembre del mismo año. (Folios 160 Cuaderno 2). Laboró en el año 1999, incluida la prórroga un total de 11 meses, 10 días.

Posteriormente, mediante Resolución No. 578 de 1° de febrero de 2000, fue nombrado como Supernumerario en el mismo cargo, en la División de Fiscalización Aduanera, a partir de dicha fecha y hasta el 31 de agosto del mismo año, tomando posesión el mismo día. (Folios 153 y 128 Cuaderno 2). Se produjo la prórroga en dos oportunidades: la primera, mediante Resolución No. 6966 de 31 de agosto de 2000 hasta el 9 de noviembre del mismo año, en el Grupo de Reconocimiento y Avalúo (Folios 149 Cuaderno 2). Y la segunda vez, por Resolución No. 8806 de 30 de octubre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2000, en el mismo cargo y grupo. (Folios 120 Cuaderno 2). En consecuencia laboró en el año 2000, incluidas las dos prórrogas, un total de 11 meses.

El Acta de Posesión No. 007 de 2 de enero de 2001, da cuenta que el actor fue nombrado mediante Resolución 025 de 2 de enero de 2001 hasta el 31 de agosto del mismo año en el mismo cargo en la División de Fiscalización Aduanera (Folios 118 Cuaderno 2). Sin embargo, dicho acto administrativo fue objeto de aclaración por medio de la Resolución No. 1276 de 15 de febrero de 2001, en el sentido que las vinculaciones de los Supernumerarios son hasta el 30 de junio de 2001 (Folios 117 Cuaderno 2). Se efectuó prórroga en dos oportunidades: la primera, por Resolución No. 5218 de 11 de junio de 2001 hasta el 31 de octubre de 2001, en el mismo cargo pero en el Grupo de Reconocimiento y Avalúo (Folio 47 Cuaderno Principal). La segunda, por Resolución No. 9521 de 31 de octubre de 2001 hasta 31 de diciembre de 2001. (Folios 88 Cuaderno 2). En total laboró en el año 2001, incluidas las dos prórrogas, un total de 11 meses.

A través de Resolución No. 0056 de 8 de enero de 2002, se dispuso ordenar la vinculación del actor en calidad de Supernumerario en el mismo cargo en la Fiscalización Aduanera, a partir de la misma fecha hasta el 30 de junio de 2002. Y tomó posesión el 9 de enero de 2002. (Folios 83 y 84 Cuaderno 2). Por Oficio No. 80-02-001- A -0270 de 26 de septiembre de 2002, firmado por el Administrador Local de Aduanas de Barranquilla, se le informa al actor que por Resolución No. 269 de 16 de enero de 2002, su nombramiento como Supernumerario, vence el 30 de septiembre de dicho año. (Folios 74 Cuaderno 2). Laboró en total 8 meses, teniendo en cuenta la prórroga.

Mediante la Resolución No. 9606 de 1° de octubre de 2002, se prorroga el anterior nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2002 (Folios 67 Cuaderno 2). Pero, por medio de la Resolución No. 10427 de 25 de octubre de 2002, se desvinculó al actor de la Entidad a partir del 28 de octubre de 2002. (Folios 63 Cuaderno 2). Con la terminación anticipada de la relación laboral, trabajó 28 días, para un total laborado en el año 2002 de 8 meses, 28 días.

De las probanzas referenciadas, advierte la Sala, que la vinculación del actor a la Entidad demandada, tuvo ocurrencia en el año 1996 por el término de 5 meses, 12 días, en la División Operativa; en el año 1997 por el término de 10 meses, 19 días, en la División Operativa y en la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando; en el año 1998 por el término de 10 meses, 23 días, en la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando; en el año 1999 por el término de 11 meses 10 días, en la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando; en el año 2000 por el término de 11 meses, en la División de Fiscalización Aduanera y en el Grupo de Reconocimiento y Avalúo; en el año 2001 por el término de 11 meses, en la División de Fiscalización Aduanera y en el Grupo de Reconocimiento y Avalúo; y en el año 2002 por el término de 8 meses, 28 días en Fiscalización Aduanera.

Igualmente consta en los actos administrativos relacionados, que dichos períodos laborados, lo fueron siempre en calidad de Supernumerario en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos I, Nivel 25, Grado 8, con los siguientes propósitos: según la Resolución 3842 de 1996 “... **de atender las necesidades del servicio...**”; en las Resoluciones No. 1310 de 1997 y No. 0538 de 1998, “... **de atender las**

necesidades del servicio... y con fundamento en el artículo 154 de la Ley 223 de 1995 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales puede nombrar supernumerarios **para el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando ...**"; según la Resolución No. 5266 de 1998 "... se requiere de manera ineludible este **personal para cumplir funciones transitorias que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta**, resulta viable la prórroga de estas vinculaciones...; en la Resolución No. 5975 de 1998 "Que en razón de las renunciaciones de funcionarios y retiros de supernumerarios que se han presentado en el transcurso del año, **a las necesidades del servicio**, a las vacantes que actualmente existen en la entidad y a las anteriores consideraciones, se hace necesario prorrogar algunos nombramientos"; en la Resolución No. 260 de 1999 "...**en razón a las necesidades del servicio** y a las vacantes que actualmente existen en la entidad se hace necesario nombrar a algunos supernumerarios para cumplir con los diferentes programas asignados por la DIAN..."; y mediante las Resoluciones No. 5635 de 1999, No. 578 de 2000, No. 6966 de 2000, No. 8806 de 2000, No. 5218 de 2001, No. 9521 de 2001, No. 0056 de 2002 y No. 9606 de 2002 "... **de atender las necesidades del servicio... y con fundamento en el artículo 154 de la Ley 223 de 1995** la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales puede nombrar supernumerarios **para el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando ...**".

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

En efecto, en la descripción genérica del cargo desempeñado para los años 2000 y siguientes, en el apartado de Asignación de Funciones, se indica que el actor debía realizar "... **labores de apoyo** en los operativos de control aduanero a establecimientos, vías, depósitos y demás sitios identificados como vulnerables para el contrabando en coordinación con otras autoridades (POLFA), planear, recopilar, examinar, evaluar la información, comunicar los resultados y hacer el seguimiento de cada uno de los casos u operativos asignados" además "**Apoyar eficazmente** la realización de los operativos a nivel nacional ordenados por la Subdirección en coordinación con la policía fiscal". (Folio 72 y 78 Cuaderno Principal, 79 Cuaderno 2).

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

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.

En igual sentido, tampoco encuentra la Sala que se haya desconocido el principio de igualdad, cuya vulneración alega el demandante, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal; pues a todas luces, el modo excepcional de vinculación del actor a la Administración, no es el mismo que el del personal de planta de la U.A.E. DIAN, advirtiendo además, que dicho modo precario de vinculación, solo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación, tal como se desprende de la certificación de pagos por salarios y deducciones emitida por el Jefe de la División de tesorería de la DIAN. (Folios 173 a 179 Cuaderno Principal).

Ahora bien, probado como se encuentra, que el demandante laboró en la Entidad en calidad de Supernumerario, la Sala abordará el estudio de los conceptos que pretende le sean reconocidos, a fin de establecer, si le asiste el derecho a percibir

la Prima Técnica y los Incentivos por desempeño Grupal y Nacional, al igual que el salario del mes de noviembre de 2002.

DE LA PRIMA TECNICA

Inicialmente la Sala precisa que con la expedición de la Ley 60 de 1990 ¹⁴, el Congreso de la República, confirió facultades extraordinarias al Presidente para modificar, entre otros, el régimen de Prima Técnica en las distintas Ramas y Organismos del Sector Público.

En ejercicio de dichas facultades, el Presidente de la República, expidió el Decreto Ley 1661 de 1991¹⁵, en virtud del cual creó un nuevo régimen de Prima Técnica bajo dos criterios: el primero, como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, requeridos para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Y el segundo, como un beneficio para el funcionario o empleado por el buen desempeño del cargo. El reconocimiento con base en el primer criterio, aplicaba únicamente para cargos en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. Y el otorgamiento de este beneficio, por evaluación de desempeño, se habilitó para todos los niveles de empleo dentro de la Rama Ejecutiva.

Luego el Decreto 2164 de 1991, reglamentario del Decreto Ley 1661 de 1991, definió con mayor precisión las reglas para el otorgamiento de la Prima Técnica, señalando los requisitos, el procedimiento, la competencia y la cuantía correspondiente para su asignación. Y en su artículo 2°, reprodujo las

¹⁴ Ley 60 de 1990. Artículo 2o. *“De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adoptar las siguientes medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público. (...). 3o. Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación”.*

¹⁵ *“Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones”.*

excepciones a la aplicación del régimen general, consignadas inicialmente en el artículo 10º del Decreto Ley 1661 de 1991, así:

“ARTICULO 2o. EXCEPCIONES A SU APLICACION. *La prima técnica de que trata el Decreto-Ley 1661 de 1991 no se aplicará:*

a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan sus servicios en el exterior.

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, salvo al de las universidades;

c) A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas, dentro de los cuales se recompensen pecuniariamente los estudios, la experiencia y la evaluación del desempeño, sea dentro de la determinación de la asignación básica mensual o dentro de otras primas;

d) Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional;

e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma;

f) A los beneficiarios de la prima técnica de que tratan los Decretos-Leyes 1016 y 1624 de 1991. (...).” (Resalta la Sala).

De esta manera, los empleados públicos que cuentan con un sistema especial de remuneración o de reconocimiento de primas, se encuentran excluidos de la aplicación de las normas generales sobre Prima Técnica.

Posteriormente, el Decreto 1724 de 1997, en virtud del cual se unificó el régimen de Prima Técnica para todos los empleados públicos del Estado, determinó que en cualquiera de los criterios para su reconocimiento, esto es, por las calidades especiales para el desempeño del cargo y por la evaluación de desempeño, quedaron excluidos los niveles Profesional, Técnico, Administrativo y Operativo, además que se amplió su reconocimiento para todos los Organismos y Ramas del Poder Público, pero únicamente en los niveles Directivo, Asesor y Ejecutivo o equivalentes. En los demás aspectos, incluidas las excepciones a su aplicación ¹⁶, continuaron rigiendo las disposiciones vigentes, es decir, que bajo el alcance y limitaciones establecidas en este Decreto, se conservaron las demás regulaciones consignadas en los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

¹⁶ Artículo 10º del Decreto Ley 1661 de 1991 y Artículo 2º del Decreto Reglamentario 2164 del mismo año.

Luego, el Decreto 1335 de 1999, que modificó el Decreto 2164 de 1991, estableció que los empleados que tienen derecho a la Prima Técnica por formación avanzada y experiencia, con la modificación que introdujo el Decreto 1724 de 1997, son aquellos que se desempeñen en propiedad en los cargos de niveles Ejecutivo, Asesor y Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2164 de 1991.

Específicamente en lo que hace referencia a la DIAN, 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 su artículo 1°, señaló que los funcionarios de la DIAN tendrán derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios consagrados en las normas generales para los empleados de la Rama Ejecutiva, más los contemplados en dicho Decreto, que son la **Prima Técnica**, la Prima de Dirección, **Incentivo por Desempeño Grupal**, Incentivo al Desempeño en Fiscalización y Cobranzas e **Incentivo por Desempeño Nacional**.

En relación con la Prima Técnica, el artículo 2° del Decreto en mención, estableció:

“Artículo 2°. Prima Técnica. Consistirá en un reconocimiento económico que, a criterio del Director General de la Entidad y previa certificación de disponibilidad presupuestal, podrá ser otorgado a servidores de la contribución en los siguientes casos:

1. Cuando desempeñen labores de jefaturas de la Dirección General, de las Secretarías, Direcciones, Oficinas, Subdirecciones, Subsecretarías, Direcciones Regionales, Administraciones y Divisiones, y mientras permanezcan en tal situación. En este caso, el monto máximo a otorgarse será hasta del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual y no constituirá factor salarial para ningún efecto. El reconocimiento de la prima a que se refiere éste numeral excluye la prima de dirección y no será procedente cuando se trate de jefaturas que tengan asignada prima técnica automática.

2. Para mantener al servicio de la entidad funcionarios que acrediten títulos de formación avanzada y experiencia altamente calificada, que se desempeñen en cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados. El porcentaje máximo que podrá ser asignado en este en este caso podrá ser hasta del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual y constituirá factor salarial.

El Director General de la DIAN reglamentará el procedimiento y demás condiciones necesarias para la cabal aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.

PARAGRAFO 1°. Para efectos de asignar la prima técnica ésta se concederá en los mismos términos y condiciones señalados en los decretos generales que regulan la materia.

PARAGRAFO 2°. Los servidores de la contribución pertenecientes al sistema específico de carrera que tengan asignada prima técnica conforme a las normas generales aplicables a los funcionarios públicos, continuarán percibiéndola en los términos y condiciones allí previstas".
(Resalta la Sala).

De acuerdo con lo anterior se infiere, que la Entidad demandada reglamentó el beneficio, estableciendo que se concedería en los mismos términos y condiciones señalados en los decretos generales que regulan la materia.

Estima entonces la Sala, que de acuerdo a la normativa general y específica que regula la figura, al actor no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la Prima Técnica, en consideración a que no acreditó las exigencias contempladas en dichas regulaciones; porque tal como se probó en el expediente, de ninguna manera laboró en la U.A.E. DIAN, en un cargo en propiedad y con carácter permanente, que correspondiera a labores de Directivo, Asesor o Ejecutivo y en particular a jefaturas de la Dirección General, de las Secretarías, Direcciones, Oficinas, Subdirecciones, Subsecretarías, Direcciones Regionales, Administraciones y Divisiones, como tampoco acreditó títulos de formación avanzada y experiencia altamente calificada, para el desempeño del cargo. El cargo que ejecutaba el demandante, es claro que no requería la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, en tanto que era Técnico en Ingresos Públicos. Lo anterior, aunado al hecho de que su hoja de vida da cuenta que cursó estudios superiores por 6 semestres, como Técnico Profesional en Comercio Exterior, en la Universidad del Litoral, del Municipio de Barranquilla. (Folio 50 y siguientes Cuaderno 2).

INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL

El Decreto No. 1268 de 1999, en su artículo 5°, determinó que el Incentivo por Desempeño Grupal, es reconocido mensualmente a los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal, en los siguientes términos:

“Artículo 5º. Incentivo por Desempeño Grupal. 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 4º del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen”. (Resalta la Sala).*

En consideración a lo normado por la disposición transcrita, para la Sala es evidente que al actor no le asiste derecho al reconocimiento y pago del incentivo en mención, en atención a que el mismo, solo puede ser reconocido en relación con el personal de la contribución que ocupe cargos de la planta de personal de la entidad.

INCENTIVO POR DESEMPEÑO NACIONAL

De igual manera, el Decreto No. 1268 de 1999 en su artículo 7º, contempló el Incentivo por Desempeño Nacional para los servidores de la contribución que se encuentren en la planta de personal de la entidad, de la siguiente manera:

“Artículo 7º. 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.”
(Resalta la Sala).

Se tiene entonces que al demandante tampoco le asiste el derecho al reconocimiento y pago de dicho incentivo, habida cuenta que no ocupó cargo alguno en la planta de personal de la U.A.E. DIAN.

Atendiendo a lo dicho en párrafos anteriores, encuentra la Sala que le asiste razón al *a quo* para negar al demandante el reconocimiento de la Prima Técnica y de los Incentivos por desempeño Grupal y Nacional, en consideración a que tales beneficios, como se advirtió, son susceptibles de reconocimiento para el personal de planta de la Entidad, según lo dispuesto por la normativa especial que regula la materia en estudio.

SALARIO MES DE NOVIEMBRE AÑO 2002

Aparece probado en el proceso, que el demandante fue desvinculado de la Entidad por medio de la Resolución No. 10427 del 25 de octubre de 2002, a partir del 28 de octubre de 2002, (Folios 63 y ss. Cuaderno 2). Es por ello, que en relación con el pago del salario del mes de noviembre de 2002, también se confirmará la decisión que deniega su reconocimiento, porque aunque mediante la Resolución No. 9606 de 1° de octubre de 2002, se produjo la prórroga de su nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2002 (Folios 67 Cuaderno 2), lo cierto es, que su desvinculación de la Entidad se efectuó a partir del 28 de octubre de 2002; de modo que mal puede la Administración, reconocer sumas que no han sido causadas, porque el actor para el mes de noviembre ya no laboraba en la Entidad.

Por lo expuesto se confirmará la decisión del Tribunal.

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

F A L L A:

1. CONFÍRMASE la sentencia de 14 de febrero de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso instaurado por el señor JHON ENRIQUE BARRAGÁN QUINTERO, contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, que denegó las súplicas de la demanda.

2. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

PUBLÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Ausente con Excusa