



# Sentencia 2016-00393 de 2020 Consejo de Estado

SUPERNUMERARIOS DIAN / RECONOCIMIENTO DE INCENTIVOS POR DESEMPEÑO GRUPAL, DESEMPEÑO EN FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS, Y DESEMPEÑO NACIONAL- Requisitos

(i) como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución; (ii) su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración; (iii) en el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias; (iv) para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con una cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad; (v) el incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país; y, (vi) finalmente, se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial. (...) bajo el régimen propio de los supernumerarios, no se demostró que la DIAN haya lesionado los derechos salariales y prestacionales a los que tiene el demandante, dado que su asignación salarial fue determinada por las estipulaciones expedidas por la autoridad competente, y existe prueba del reconocimiento, entre otros conceptos, de cesantías anuales y vacaciones. Tampoco se condenará al reconocimiento, nivelación, reliquidación y pago con su respectiva indexación de los incentivos a que tienen derecho los funcionarios de planta de la DIAN, por desempeño laboral previsto por el Artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, siendo que aquel tiene como destinatarios los servidores de la contribución que ocupan cargos de planta de la entidad, lo mismo para el incentivo por desempeño en fiscalización y cobranzas, entonces no es procedente reconocer los incentivos reclamados, pues las normas son claras al preceptuar que solo se reconocen a una determinada categoría de empleados. Por tal motivo, en eventos en los cuales las reglas previstas en el ordenamiento jurídico resultan inequívocas y no hay motivos para cuestionar su aplicación en el caso, se verifica una razón de acción para el juez, que debe guiar su decisión. Y ese es el caso que se presenta ante el reconocimiento de los incentivos por desempeño que se reclaman, pues el primero de los requisitos que se exige para su otorgamiento, es desempeñar un cargo de la planta y ello no ocurrió en el particular.

FUENTE FORMAL: DECRETO EXTRAORDINARIO 1042 DE 1978 / DECRETO 1647 DE 1991 / DECRETO 1648 DE 1991 / DECRETO 1693 DE 1997 / Decreto 1072 de 1999 / DECRETO 1268 DE 1999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00393-01(2496-17)

Actor: PAOLA ANDREA HENAO GRISALES

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Asunto: Supernumerario.

Fallo de segunda instancia – Ley 1437 de 2011

La Sala decide el recurso de apelación que presenta la parte demandante contra la sentencia de 14 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se niegan las pretensiones de la demanda.

## ANTECEDENTES

La demanda<sup>1</sup>

1. La señora PAOLA ANDREA HENAO GRISALES, mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código Administrativo y lo Contencioso Administrativo, presenta demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, para que se declare la nulidad del acto que niega la inaplicación por inconstitucional e ilegal de las normas, decretos, o actos administrativos "que contienen frases discriminatorias en relación con el tipo de vinculación de los supernumerarios con la DIAN, en cuanto ejercen y detentan las mismas funciones que los funcionarios de planta" (fl.66).

#### Pretensiones

2. Declarar la nulidad del acto administrativo No. 100 000 202 00858, de 5 de junio de 2013 (fl.4, Cuaderno 1), mediante el cual se niega la reclamación realizada por la convocante, del reconocimiento de las consecuencias salariales y prestacionales como funcionaria de planta de esa Unidad Administrativa (fl.66)

3. Conforme a lo anterior, se declare la existencia de un contrato realidad como funcionaria de planta de la DIAN, sin solución de continuidad, durante el periodo del 2 de febrero de 2004, hasta el 31 de diciembre de 2011 (fl.66, C1). Así, se reconozca y pague a la demandante nivelación, reliquidación, y pago salarial y prestacional, también como de incentivos establecidos para los servidores de planta - Decreto 1268 de 1999 - causados en dicho periodo conforme a la escala salarial de un GESTOR I, CÓDIGO 301, GRADO 01 (fl.66, C1).

4. Al pago de los intereses moratorios, al pago en costas al demandado. A las demás consecuenciales (fl.67, C1).

#### Fundamentos fácticos

5. Refiere la demandante que fue nombrada en la DIAN, en calidad de supernumeraria el 2 de febrero de 2004, mediante Resolución 540 de 29 de enero de 2004 (fl.67).

6. Que prestó sus servicios en la demandada, en diferentes periodos sin solución de continuidad, de la siguiente manera:

Cargo	Tiempo	Resolución
Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 19	Del 02 de febrero de 2004 al 31 de Diciembre de 2004	Res. No. 00540. Acta de posesión 132; Res. Prorroga No. 06594
Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 19	Del 03 de Enero de 2005 al 30 de Noviembre de 2005.	Res. No. 001. Acta de posesión 038; Res. . P. No. 5535; Res. P. No. 8917
Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 19	Del 01 de Diciembre de 2005 al 31 de Diciembre de 2006.	Res. No. 11346. Acta de pos. 00235; res. 8351. Res 11885x
Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 19	Del 02 de Enero de 2007 al 31 de Diciembre de 2007.	Res. No. 00001; acta de Posesión 0035 Prorroga Res. No. 07508
Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado I CODIGO 301 GRADO 01	Del 02 de Enero de 2007 al 31 de Diciembre de 2008.	Res. No. 001 acta de Posesión. 0040/ 168. Resoluciones de Prorroga. No. 02058; 3866; 5727; 6988; 10576, 207.
Gestor I Código 301 grado 01	Del 02 de Enero de 2009 al 31 de Diciembre de 2009.	Res. No. 00001; Acta de Posesión. 0020; Prorroga. Res. No. 06849; No. 012909
Gestor I Código 301 grado 01	Del 04 de Enero de 2010 al 31 de Diciembre de 2010.	Res. No. 002 , acta de Posesión 019 Res. No. 019 Res. Prorroga No. 6295; 7383; 08705; 10098; 10293.
Gestor I Código 301 grado 01	Del 03 de Enero de 2011 al 31 de Diciembre de 2011.	Res. No. 0000002; acta de posesión 0033
Gestor I Código 301 grado 01	Del 03 de Enero de 2012 al 31 de Diciembre de 2014.	Res. No. 003 de 2012

7. Lo anterior refiere que lo hizo por más de 9 años, sin solución de continuidad, cumpliendo una jornada de 44 horas semanales al igual que los trabajadores de planta, ejecutando las mismas funciones misionales que aquellos, con un salario -remuneración- de \$2.321.010.

8. Sostiene que a través de la Resolución No. 003 del 3 de enero de 2012, se le convirtió de supernumeraria a empleada de planta temporal, para desempeñar las mismas funciones que anteriormente venía desempeñando, y a la postre, en tal calidad percibió todos los emolumentos e incentivos antes negados (fl.68). Esto lo explica al describir que la entidad demandada reconoce y paga una prima técnica e incentivos grupales por metas cumplidas a todos los empleados de planta siendo excluidos de estos los supernumerarios pese a recibir evaluaciones individualizadas de desempeño, y estando sujetos a cumplimientos de metas por un superior (fl.68).

9. Se establece dentro del plenario, que la actora elevó derecho de petición ante la DIAN el 13 de marzo de 2013, solicitando lo pretendido con esta demanda (fls.31 y 32), ante lo cual aquél respondió mediante el acto demandado (fls.2 a 7), negando dichas expectativas resolviendo que (fl.7):

"(...) acorde con las normas y la jurisprudencia se puede concluir que no era viable considerar a la peticionaria como funcionaria de planta y tampoco con derecho a percibir los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y cobranzas ni el incentivo por desempeño

nacional, porque estos corresponden al personal de planta conforme con los 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 y demás normas pertinentes, toda vez que como se dijo estuvo vinculada en el marco normativo previsto para la modalidad de supernumerario que es diferente del empleado de planta, para los cuales están previstos los incentivos mencionados.

Por consiguiente, las decisiones que se adopten entorno a estas materias deben fundamentarse en las normas que las establecen y los hechos que le sirven de cusa, por cuando no están dadas a la voluntad de las partes”

10. Se constata audiencia de conciliación extrajudicial declarada fallida entre las partes, ante la Procuraduría 37 - Judicial II para Asuntos Administrativos en Pereira - Quindío, el 5 de agosto de 2013 (fls.64), interpuso demanda ante el Juzgado Segundo Oral del Circuito (fl.77) el 8 de mayo de 2013, el cual asume la competencia del litigio y emite sentencia el 26 de febrero de 2016 (fl.164 a 171) apelada esta por la accionante el 4 de marzo de 2016 (fl.185), de tal forma que entra para resolverse el recurso ante el Tribunal Administrativo de Risaralda el 18 de abril de 2016 (fl.191), ante lo cual aquel colegiado decreta la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia del a quo, mediante auto de 17 de mayo de 2016, por “*falta de competencia en razón de la cuantía*” (fls.193 y 194), y somete a reparto el proceso siendo fallado el 14 de marzo de 2017 (fls.223 a 235) y apelado por la parte demandante el 15 de marzo de 2017 (fls.238 a 244).

#### Concepto de violación

11. La DIAN vulnera la protección legal consagrada en las normas del trabajo, Artículos 1°, 13 y 53 de la Constitución Política, pues sobre los supernumerarios desconoce los principios de igualdad, primacía de la realidad y otros, al olvidar la transitoriedad que estos cargos tienen por ley. Por demás, de la actora se exigían las mismas funciones con idénticos resultados que los cargos de planta, pero con remuneración inferior (fl.71).

#### Oposición a la demanda<sup>2</sup>

12. La DIAN sostiene que el servicio de la actora siempre fue requerido con cumplimiento al Decreto 1072 de 1999<sup>3</sup>, estableciéndose un término de duración, una asignación mensual acorde con la nomenclatura y escala salarial de la entidad y reconociendo prestaciones sociales por estos servicios, conjunción de elementos que permiten ver que se atendió a las previsiones normativas (fl.96).

13. Adicionalmente considera que por disposición legal los incentivos al desempeño se otorgan a los funcionarios de planta, por lo tanto, desde el punto de vista legal existen diferencias no solo frente a la vinculación del supernumerario y un empleado de carrera, sino que se trata de dos regímenes independientes entonces de ninguna manera se viola el derecho a la igualdad (fl.97)

#### Sentencia apelada<sup>4</sup>

14. El fallo impugnado niega las pretensiones de la demanda en consideración a que en el presente caso la vinculación de la actora bajo la modalidad de supernumeraria en la DIAN, no la hace acreedora a los pretendidos incentivos por cuanto “constitucional y legalmente se encuentra autorizada la distinción entre los servidores de la contribución y los supernumerarios” y por lo tanto, no existe quebranto a través de los apartes normativos acusados cuya inaplicación solicita la actora por vía de excepción (fl.233,vto.).

15. Entonces para el a quo, no es procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, tampoco del control por vía de excepción, ni el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades ya que su nombramiento en calidad de supernumeraria se llevó a cabo para la ejecución de funciones de carácter transitorio relacionadas con el objeto y la naturaleza de esa Unidad Especial (fl.234, vto.).

16. Con condena en costas al accionante (fl.235):

#### Recurso de apelación<sup>5</sup>

#### ACCIONANTE

17. Considera la parte demandante que no se respetó el límite temporal para la vinculación de la actora como supernumeraria lo que permite establecer como permanente la relación que se estableció entre los extremos procesales y con ello por vía de indemnización reconocer y equiparar los salarios, prestaciones e incentivos entre la actora y los funcionarios de planta, en cuanto se establece que cumplieron las mismas funciones; en esos términos discurre, se demuestra la ausencia u omisión de la valoración integral de las pruebas.

#### Alegatos de conclusión y Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

18. La actora guardó silencio (fl.295). la DIAN se reitera en su contestación de demanda (fls.278 a 276). El Ministerio Público presentó Concepto en el cual solicita confirmar la sentencia de instancia, pero revocar la condena en costas impuesta a la vencida (fls.295).

#### CONSIDERACIONES

#### Planteamiento del problema jurídico

19. El problema jurídico se contrae a determinar si a un empleado supernumerario de la DIAN, vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, le es aplicable el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y con ello acceder a los incentivos a que tienen derecho los empleados de planta de la entidad.

20. Para dilucidar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: (i) Régimen legal de los supernumerarios de la DIAN; (ii) De los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, y desempeño nacional; y, (iii) Caso en concreto.

Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto<sup>6</sup>.

Régimen legal de los supernumerarios de la DIAN<sup>7</sup>

21. De acuerdo con el Artículo 1º del Decreto 1071 de 1999<sup>8</sup>, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del Orden Nacional, de carácter técnico - especializado; con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que indica que su objeto debe cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal trazados por el Ministro del ramo. Igualmente, tiene sistemas especiales de administración de personal, nomenclatura, clasificación de planta, y carrera administrativa.

22. Ahora bien, la posibilidad con la que cuenta la Administración para vincular personal supernumerario deviene directamente de la Constitución Política, cuando estableció en su Artículo 125 que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley; categoría última dentro de la cual pueden ubicarse los supernumerarios.

23. Esta clase fue prevista ya por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación, y fijó las correspondientes escalas de remuneración de los empleos, entre otros<sup>9</sup>, de las Unidades Administrativas Especiales.

24. Al respecto, en su Artículo 83 previó que:

"Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán 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 cuanto se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

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.

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse."

25. La citada disposición fue objeto de análisis de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 1998, ocasión en la que consideró que no se ajustaba a la Carta de 1991 la posibilidad de que los supernumerarios vinculados por un término inferior a 3 meses no devengaran prestaciones sociales. Aunado a lo anterior, precisó que no se analizaría el enunciado relacionado con el deber de prestar servicios de salud en caso de enfermedad o accidente de trabajo, al estimar que ese aparte quedó derogado como consecuencia de la entrada en vigencia del Artículo 161 de la Ley 100 de 1993 y con ello la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

26. Bajo el referido marco, aplicable en general para la Rama Ejecutiva del orden nacional, se concluye que se puede acudir a la figura del Supernumerario en dos eventos: uno, para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, y dos, para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio<sup>10</sup>. En la referida disposición, además, se restringió el término para acudir a esta forma de vinculación a tres (3) meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando quiera que la actividad transitoria así lo exigiera.

27. Ahora bien, en lo que respecta a 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, estipuló la posibilidad de vincular personal Supernumerario, de la siguiente manera:

"(...) 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.

Cuando la vinculación de este personal no excede 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 (...)".

28. Por su parte, el Decreto 1648 de 1991<sup>11</sup>, en relación con los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, también se refirió a la figura del Supernumerario, en su Artículo 14, así:

"(...) 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 (...)".

29. Ahora bien, mediante el Decreto 2117 de 1992 se fusionó en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a la *Unidad Administrativa Especial de Impuestos* y a la *Unidad Administrativa Especial de Aduanas*. En su Artículo 112 dispuso que el régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de sus funcionarios sería el establecido en el Decreto Ley 1647 de 1991 y el Artículo 106 de la Ley 6<sup>a</sup> de 1992. Asimismo, se precisó que la vinculación, permanencia y retiro de los supernumerarios se regiría por los mandatos del Artículo 14 del Decreto 1648 de 1991.

30. Posteriormente, el Decreto 1693 de 1997, "Por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales", advirtió en su Artículo 29 que la vinculación, permanencia y retiro del personal Supernumerario se sujetaría a lo dispuesto en el Artículo 14 del Decreto 1648 de 1991, en concordancia con la Ley 223 de 1995.

31. Esta última normativa, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, estableció en su Artículo 154 la posibilidad de vincular personal Supernumerario en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, en los siguientes términos:

"(...)

*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.*" (Negrilla fuera de texto).

32. 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, en relación con la vinculación del personal Supernumerario, estableció:

"(...)

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

(...)".

33. De acuerdo con el precitado Artículo, el personal Supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del **Sentencia 2016-00393 de 2020 Consejo de Estado**

servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias y para adscribir personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso. Dicho personal ostenta el derecho a percibir prestaciones sociales por el tiempo de labores y puede ser desvinculado en cualquier momento por el nominador. Este tipo de relación, además, permite hacer prácticos los principios de eficacia y celeridad administrativa, impidiendo la paralización del servicio.

34. Este enunciado fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. 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 (...)”.

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

35. Los Artículos 5°, 6° y 7° del Decreto 1268 de 1999, establecieron los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas, desempeño grupal y desempeño Nacional 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 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 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.

ARTÍCULO 6º. 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 comprende, igualmente, las labores ejecutoras de liquidación.

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.”.

36. De la lectura de los referidos enunciados normativos se puede concluir que: (i) como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución; (ii) su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración; (iii) en el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias; (iv) para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con una cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad; (v) el incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país; y, (vi) finalmente, se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial.

#### El caso concreto

37. Se aprecian certificación laboral de 31 de mayo de 2013 (fl.20), y copia de historia laboral (fls.11 a 29), de las cuales se evidencia que la señora PAOLA ANDREA HENAO GRISALES, se vinculó desde el 2 de febrero de 2004, como Supernumerario, a la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en donde desempeñó los cargos de Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 – Grado 19 desde el 2 de febrero de 2004 a 31 de diciembre de 2008, y Gestor I - Código 301 Grado 01 del 2 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011.

38. Luego, como empleada temporal, asumió a partir del 2 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2014, prestando sus servicios en el cargo de Gestor I - Código 301 - Grado 01. Se tiene que en los actos de nombramiento referidos, se señaló como propósito atender necesidades del servicio fundamentado en el Artículo 154 de la Ley 223 de 1995, conexo con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando (fls.203 a 206, Cuaderno 2).

39. Se observa además que dentro del acervo probatorio figuran, copias de actos administrativos a través de los cuales anualmente se le concedió el auxilio de cesantía a la actora (fls.57, 88. Cuaderno 2), otros por los cuales se reconoció la indemnización por vacaciones, o se le concede el descanso legal.

40. Así lo primero que resalta la Sala, es que de acuerdo al marco jurídico citado, por regla general los empleos de la planta de personal de la DIAN tienen 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 se halla vinculado a través de una relación legal y reglamentaria.

41. Ahora bien, la figura del supernumerario en el ámbito de la DIAN opera en varios supuestos, uno de los cuales tiene relación con el Artículo 154 de la Ley 223 de 1995, de lucha contra la evasión y el contrabando, razones del servicio que de manera clara fueron explicitadas en las resoluciones de vinculación de la demandante.

42. Igualmente se acepta que el personal supernumerario de la entidad demandada, según el Artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, puede ser vinculado para<sup>12</sup>:

"i) suplir o atender las necesidades del servicio, ii) apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, iii) el ejercicio de actividades transitorias, o iv) para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad del concurso-curso."

Entonces, la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para el ejercicio de su profesión en el marco de una relación legal y reglamentaria, pero ajena a la de la carrera administrativa, determina que el mero transcurso del tiempo no permite la mutación de la naturaleza de la relación laboral del interesado, dado que mientras persistieron las necesidades del servicio y bajo la regulación legal hasta ese momento vigente fue imperioso para la Entidad contar con personal de apoyo para el ejercicio de las funciones ya referidas."

43. Entonces, al proceso se allegó documental que indica las funciones que desempeñó la actora, en su condición de supernumerario, en los cargos señalados, aquellas aunque pudieran ser similares a las desarrolladas por los funcionarios de planta, no por ello, es suficiente para acceder a las súplicas de la demanda, dado que legalmente esta permitido, pues los supuestos considerados por la norma para el ingreso de tal personal no difiere del curso normal de las actividades de la Entidad, como lo es el relacionado con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, por lo que es evidente que el personal supernumerario realiza tareas afines con las del personal que ostenta una vinculación en planta.

44. No es dable de tal forma, según se constata en lo expuesto, pedir la configuración del principio de realidad sobre las formas, en cuanto debe darse prevalencia a aquella relación que formalmente se estableció con la Administración, cuya constitucionalidad y legalidad ha sido avalada tanto por la Corte Constitucional como por esta Corporación, y en condiciones en las que se verifica que a esa figura se ha acudido cumpliendo con los parámetros normativos.

45. Esta posición ha sido pacífica, en casos idénticos el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, en providencia de 15 de agosto de 2013<sup>13</sup>, esgrimió lo siguiente:

*"(...)En este orden de ideas, no resulta procedente 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 sucesivos actos administrativos de nombramiento y prórroga del mismo, y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN, lo cierto es que su vínculo con la Administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, que obedecían a las necesidades del servicio, y al plan de lucha contra la evasión y el contrabando, de manera que, el término de duración de la vinculación, por períodos sucesivos, no resultaba suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del actor al servicio de la DIAN.*

*Adicionalmente, resulta útil precisar que, el reglamento especial adoptado por la entidad, permite que dicha vinculación se dé no sólo para desarrollar actividades transitorias, sino también de apoyo a la lucha contra la evasión y el contrabando, actividades que fueron desarrolladas por el demandante, durante el tiempo de vinculación con la DIAN, pues de ello da cuenta la certificación allegada a folio 141. De otra parte, no advierte la Sala que dichas actividades sean incompatibles con lo establecido en la normatividad que autoriza la vinculación de supernumerarios, de modo que el desempeño de las mismas no es suficiente para desvirtuar el tipo de vinculación con el servicio público. (...)".*

46. En análogo sentido, en la Sentencia de esta Corporación - Sección Segunda - Subsección A, de 12 de mayo de 2014<sup>14</sup>, se precisó lo siguiente:

"(...)

*Para esta Sala no existe duda que el hecho de estar vinculado como supernumerario, no para ejercer actividades transitorias, sino por necesidades del servicio y para el apoyo de la lucha contra la evasión y el contrabando, implica que es ajustado a derecho que su vinculación pueda extenderse en tanto exista la necesidad y el motivo, sin que ello -en sí mismo- desdibuje la temporalidad que caracteriza esta modalidad de vinculación, de ahí que el simple paso del tiempo no tenga la virtud de mutar su forma de vinculación, como lo busca en su demanda el actor, ni mucho menos -amparado en el Artículo 53 Superior como lo hace el a quo-, estimar que su condición debe ser la de un funcionario de planta.*

(...)”.

47. Así, bajo el régimen propio de los supernumerarios, no se demostró que la DIAN haya lesionado los derechos salariales y prestacionales a los que tiene el demandante, dado que su asignación salarial fue determinada por las estipulaciones expedidas por la autoridad competente, y existe prueba del reconocimiento, entre otros conceptos, de cesantías anuales y vacaciones.

48. Tampoco se condenará al reconocimiento, nivelación, reliquidación y pago con su respectiva indexación de los incentivos a que tienen derecho los funcionarios de planta de la DIAN, por desempeño laboral previsto por el Artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, siendo que aquel tiene como destinatarios los servidores de la contribución que ocupan cargos de planta de la entidad, lo mismo para el incentivo por desempeño en fiscalización y cobranzas, entonces no es procedente reconocer los incentivos reclamados, pues las normas son claras al preceptuar que solo se reconocen a una determinada categoría de empleados.

49. Por tal motivo, en eventos en los cuales las reglas previstas en el ordenamiento jurídico resultan inequívocas y no hay motivos para cuestionar su aplicación en el caso, se verifica una razón de acción para el juez, que debe guiar su decisión. Y ese es el caso que se presenta ante el reconocimiento de los incentivos por desempeño que se reclaman, pues el primero de los requisitos que se exige para su otorgamiento, es desempeñar un cargo de la planta y ello no ocurrió en el particular.

50. En conclusión, el pedimento de la actora de proceder a inaplicar por inconstitucionalidad o ilegalidad lo previsto en el Artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, sobre los incentivos pretendidos, no es procedente dado que su nombramiento como supernumeraria se ajustó a la ejecución de funciones administrativas de carácter transitorio atinentes al objeto y naturaleza de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, criterio jurisprudencial reiterado hasta el presente<sup>15</sup>.

51. En consecuencia se confirmará la sentencia de instancia pero de forma parcial, ya que al realizar un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, no se encuentra evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de sus derechos, por ello, esta sentencia se abstendrá de condenarla, revocando el numeral segundo de la Instancia.

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

PRIMERO: CONFIRMAR CON MODIFICACIÓN la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral “SEGUNDO” de la sentencia de primera instancia, en cuanto condeno en costas al demandante.

TERCERO: Por la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Risaralda y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión

Firma electrónica  
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firma electrónica Firma electrónica

CARMELO PERDOMO CUÉTER CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 65 a 76.

2. Folios 92 a 101.

3. 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

4. Folios 238 a 244.

5. Folios 238 a 244.

6. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00108-00(0325-14). Actor: RENE JULIAN VILLAMIZAR OCHOA. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

7. Este marco normativo ha sido objeto de reiteración en múltiples ocasiones por esta Corporación, evidenciándose que no hay diferencias sustanciales relevantes en su entendimiento. Al respecto ver, entre otras, las sentencias: (i) Sección Segunda - Subsección A, de 12 de mayo de 2014, radicado interno No. 1940-2013, actor: Wilfrido Martínez Terán, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (ii) Sección Segunda - Subsección B, de 15 de agosto de 2013, radicado interno No. 1693-2012, actor: Jesús Alberto Herrera Prieto, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; (iii) Sección Segunda - Subsección A, de 17 de abril de 2013, radicado interno No. 2155-2012, actora: María Lida Bustos Basabe, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; y, (iv) Sección Segunda- Subsección B, de 7 de febrero de 2013, radicado interno No. 1692-2012, actor: Mauricio Alexander Parada Contreras, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

8. "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".

9. Además de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos.

10. En este sentido el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 11 de septiembre de 1980, Radicado 1441, C.P. Dr. Osvaldo Abello Noguera, manifestó lo siguiente: "...*Como se vio en el punto primero de estas conclusiones, los supernumerarios se vinculan para suplir dos clases de necesidades, como son llenar vacancias temporales de empleados públicos en licencia o vacaciones o desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.* (...)".

11. 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*".

12. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00108-00(0325-14). Actor: RENE JULIAN VILLAMIZAR OCHOA. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

13. Radicado interno No. 1693-2012, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

14. Radicado interno No. 1940-2013, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

15. Ibídem

---

*Fecha y hora de creación: 2025-12-20 05:00:02*