



## Sentencia 00189 de 2018 Consejo de Estado

SUPERNUMERARIOS - Dirección de impuestos y aduanas nacionales - DIAN / DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - Naturaleza jurídica / SUPERNUMERARIOS - Regulación legal. Prestaciones sociales / VINCULACIÓN - Apoyar necesidades del servicio de manera temporal / NIVELACIÓN SALARIAL - No procedente / INCENTIVOS AL DESEMPEÑO EN FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS, DESEMPEÑO GRUPAL Y DESEMPEÑO NACIONAL - Funcionarios que ocupan cargos de planta / SUPERNUMERARIOS - No tienen derecho a incentivos

Conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el demandante en calidad de supernumerario no tiene derecho a la nivelación salarial respecto a su par de la planta de personal, toda vez que no se demostró en este proceso que materialmente la vinculación del señor Fredy Roberto Rodríguez Pedraza se haya desnaturalizado. Ello, porque: i) de conformidad con el 22 del Decreto 1072 de 1999 fue vinculado con el propósito de suplir o atender las necesidades del servicio de forma temporal y excepcional; ii) su asignación mensual se le canceló de acuerdo con la escala salarial vigente para la entidad y percibió las prestaciones sociales existentes para los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional; iii) el término de duración de la vinculación por periodos sucesivos, no resulta suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del demandante y; iv) las actividades desarrolladas por el demandante no son incompatibles con lo señalado en la normativa que autoriza la vinculación de supernumerarios. Según el Decreto 1268 de 1999, es claro que la entidad demandada reglamentó los incentivos por desempeño grupal, fiscalización y cobranzas, y nacional, solo para los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad que, como resultado de su gestión, cumplan las metas y los objetivos trazados en cada una de las áreas allí descritas, por lo que el demandante en calidad de supernumerario no tiene derecho al reconocimiento de los mismos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1070 DE 1999 / DECRETO 1042 DE 1978 / DECRETO 1647 DE 1991 / DECRETO 607 DE 2007 / DECRETO 1268 DE 1999 - ARTICULO 5 / DECRETO 1268 DE 1999 - ARTICULO 6 / DECRETO 1268 DE 1999 - ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 66001-23-33-000-2015-00189-01(3879-16)

Actor: FREDY ROBERTO RODRÍGUEZ PEDRAZA

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-079-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA<sup>1</sup>

El señor Fredy Roberto Rodríguez Pedraza, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Pretensiones<sup>2</sup>

1. Declarar la inaplicación por inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto 1268 de 1999 y la correspondiente nulidad del Oficio 100000202-00416 del 26 de marzo de 2013, a través del cual la DIAN negó el reconocimiento y pago de la nivelación, así como los incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas, desempeño nacional, y prima técnica por formación avanzada y experiencia y demás emolumentos previstos en el Decreto 1268 de 1999.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

2. Se declare la existencia del contrato realidad y como consecuencia se tenga que el demandante es funcionario de la planta de la entidad demandada, desde su ingreso y hasta el día de la terminación del vínculo laboral, es decir, entre el 28 de junio de 1996 y el 31 de diciembre de 2011.

3. Ordenar que entre el 28 de junio de 1996 y el 31 de diciembre de 2011, el demandante tiene derecho al reconocimiento, nivelación, reliquidación y pago del régimen salarial, prestacional e incentivos regulados para los servidores públicos de la planta de la DIAN, a título de indemnización o su equivalente, por haber desarrollado funciones y roles misionales, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad y primacía de la realidad.

4. Declarar que tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos o bonificación por desempeño grupal, por desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, de conformidad con los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999.

5. Reconocer, reliquidar y pagar de forma indexada los incentivos económicos a que tienen derecho los funcionarios de la DIAN, en los términos de los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 y demás emolumentos prestacionales, a título de indemnización o su equivalente, por haber sido desnaturalizada su vinculación como supernumerario, desde el 28 de junio de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 2011.

6. Reajustar, reliquidar y pagar la diferencia salarial entre el salario devengado como supernumerario con el salario equivalente del servidor público de la planta del mismo cargo que realizaba iguales funciones, siguiendo el principio trabajo igual salario igual.

7. Cancelar la suma que resulte de los conceptos antes anotados, debidamente indexados y, a título de lucro cesante, los intereses moratorios y demás aspectos que puedan recaer en su favor.

8. Ordenar la reliquidación y pago indexado de todas las prestaciones sociales que como funcionario de planta o de hecho, tiene derecho acorde con los valores que para el efecto debieron ser cancelados, dado el carácter de la relación.

9. No declarar la prescripción trienal. Condenar en costas.

**DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL<sup>3</sup>**

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.<sup>4</sup>

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

**Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta de saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.<sup>5</sup>

A folios 119 y 120 y CD a folio 141 del cuaderno principal, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«2.2. Decisión de excepciones previas: Respecto al medio exceptivo de prescripción propuesta por la entidad demandada, se advierte que de acuerdo al estudio en profundidad del asunto y en caso de prosperar las pretensiones, se decidirá sobre la misma. Decisión notificada a las partes en estrados. En su contra no se interpusieron recursos. [...]»

**Fijación del litigio art. 180-7 CPACA**

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.<sup>6</sup>

En el *sub lite* a folio 120 y cd que obra a folio 141 del cuaderno principal, se fijó el litigio respecto a los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

Hechos relevantes según la fijación del litigio

«2.3. Fijación del litigio: De conformidad con los documentos allegados con la demanda y su contestación, considera el despacho que no existe controversia respecto a que por medio del oficio No. 00416 del 26 de marzo de 2013, la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, negó al señor FREDY ROBERTO RODRÍGUEZ PEDRAZA el reconocimiento, nivelación y pago de algunos emolumentos salariales dejados de cancelar durante el tiempo laborado en la entidad (fls. 2 a 3). Decisión notificada personalmente el 1 de abril de 2013 (fl. 4). Por lo tanto, el litigio versará sobre los demás hechos de la demanda y la totalidad de las pretensiones. Esta decisión queda notificada a las partes en estrados. Contra ella no se interponen recursos. [...]» (Mayúsculas del texto).

#### SENTENCIA APELADA<sup>7</sup>

Luego de que el Tribunal Administrativo de Risaralda, declarara la nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pereira, por carecer de competencia en razón a la cuantía<sup>8</sup>, profirió sentencia de forma escrita el 30 de octubre de 2015, en la cual denegó las pretensiones del demandante.

En primer lugar, citó algunos apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado en relación con el control por vía de excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad, para estudiar la naturaleza de los empleos que tiene la DIAN y considerar que de conformidad con lo previsto por el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, los supernumerarios son auxiliares de la administración que solamente pueden vincularse 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.

De igual forma, sostuvo que acorde con el artículo 14 del Decreto 1647 de 1991, la Ley 223 de 1995 y el artículo 22 del Decreto 1072 de 1992, la vinculación de los supernumerarios a la DIAN, tiene el propósito de servir de apoyo en el programa de lucha contra la evasión y el contrabando, en el ejercicio de actividades de índole transitorio y también para vincular personal a concurso abierto bajo la modalidad de concurso-curso, como una figura de carácter excepcional que le permite a la administración pública vincular personal de forma temporal a efectos de garantizar la consecución de sus fines. En tal virtud, el personal supernumerario deberá percibir prestaciones sociales por el tiempo en que se encuentre vinculado.

Acorde con lo anterior, señaló que resulta improcedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por cuanto no se observa *prima facie* una situación de exclusión o discriminatoria de los derechos del demandante en su condición de supernumerario en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, pues se observa que es una situación de carácter excepcional que no es discriminatoria o excluyente.

Posteriormente, analizó las pruebas allegadas al plenario para dilucidar que a pesar que el demandante fue vinculado como supernumerario, ello obedeció a las necesidades del servicio para el apoyo de programas especiales en el Grupo Interno de Trabajo de Gestión de Recaudación de la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera, sin que en sí mismo se desdibuje la temporalidad que caracteriza esta modalidad de vinculación.

Señaló que no es posible aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en la medida que no fue nombrado mediante la figura contractual sino a través de una relación legal y reglamentaria de carácter netamente transitorio.

Finalmente, adujo que de conformidad con las regulaciones del Decreto 1268 de 1999, el incentivo por desempeño laboral, se circunscribe únicamente a los servidores que se encuentran vinculados a la planta de personal de la entidad como empleados públicos y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranza únicamente a los cargos de la planta de personal que desempeñen directamente tal función.

#### RECURSO DE APELACIÓN<sup>9</sup>

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acoger las pretensiones de la demanda, conforme los argumentos que a continuación se exponen:

Señaló que lamentablemente el Tribunal entendió que la demanda se encontraba dirigida a la vinculación del demandante como funcionario de planta, lo cual no es cierto, sin realizar el análisis de la solicitud del reconocimiento de la realidad sobre las formas, pues se logró probar que el contrato de supernumerario se desnaturalizó y de esta forma, se desconoce el control de convencionalidad integral y el precedente del Consejo de Estado<sup>10</sup>.

Expuso que no se tuvo en cuenta que los múltiples contratos suscritos por el demandante, no son sinónimo de temporalidad, excepcionalidad o transitoriedad, porque entre dichos contratos no existió una ruptura superior como lo exige el inciso 3 del artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, pues su vinculación permaneció al cancelársele las vacaciones y demás prestaciones sociales, hecho que es aceptado por la demandada.

Aunado a lo anterior, indicó que no se analizó que el demandante desarrollaba funciones propias del objeto misional de la DIAN iguales a las realizadas por los funcionarios de planta, por lo que surge un contrato de trabajo, advirtiéndose una ausencia de la valoración integral de las pruebas. Agregó que los incentivos además de ser salario son grupales, nacionales y por división, sin que exista posibilidad que sean personales o individualizados para determinados funcionarios, es por ello que las calificaciones se realizaban en cumplimiento de metas.

Manifestó que el Tribunal, realizó una interpretación errónea de la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>11</sup> dado que no tuvo en cuenta que, su nombramiento se realizó por un periodo superior a siete años de forma continua, lo que desnaturaliza el carácter excepcional y transitorio de estos cargos, y da lugar a que surja la figura del contrato realidad, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas.

Finalmente sostuvo que el juzgador se abstuvo de pronunciarse respecto de la primera pretensión formulada en la demanda, esto es, la inaplicación del acto por inconstitucionalidad o ilegalidad y se omitió realizar un control de convencionalidad integral.

#### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante<sup>12</sup>: Reiteró los argumentos presentados en la demanda e hizo énfasis en que sus pretensiones tienen como fundamento el inciso 2 del artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado relativas al control de convencionalidad, conforme a las cuales prima la aplicación de las convenciones de la OIT suscritas por Colombia, por resultar más favorables ante un exceso del legislador.

Parte demandada<sup>13</sup>: Se opuso a las pretensiones de la demanda, al estimar que no existe fundamento jurídico para declarar la nulidad del acto acusado y reconocer las sumas solicitadas, pues los Decretos 1268 y 1072 de 1999 señalan que los incentivos son únicamente para los funcionarios que ocupen cargos de planta de la entidad, esto es, empleados del sistema específico de carrera administrativa, establecida en el artículo 12 del Decreto 1072 de 1999.

Explicó que al demandante se le vinculó para el desempeño de actividades transitorias relacionadas con la lucha contra la evasión y el contrabando, tal cual como se observa en la parte motiva de las diferentes resoluciones de nombramiento, sin que ello implique que pierda el carácter de supernumerario, dado que esa naturaleza fue prevista para dichas funciones en el artículo 154 de la Ley 223 de 1995.

Manifestó que es competencia del Gobierno Nacional, y no de la entidad, determinar las escalas salariales para los empleados de la misma. Los Decretos a través de los cuales se reguló la materia, configuraron diferencia salarial entre los empleados de planta y el personal supernumerario, pero dicha situación no implica el desconocimiento del derecho a la igualdad.

Concepto del Ministerio Público<sup>14</sup>: La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado solicitó modificar la sentencia apelada en el sentido de que se revoque lo concerniente a la condena en costas a la parte demandante, y se confirme en todo lo demás, es decir, denegar las pretensiones de la demanda, en la medida que al demandante se le designó formalmente como supernumerario y el carácter excepcional de las funciones que desempeñó le impedía ser acreedor de un tratamiento igualitario con sus análogos empleados públicos vinculados legal y reglamentariamente.

#### CONSIDERACIONES

##### Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>15</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>16</sup>, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

##### Problema jurídico

El problema jurídico en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿El señor Fredy Roberto Rodríguez Pedraza, en su calidad de supernumerario de la DIAN y, con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, tiene derecho a que se le reconozca y pague la nivelación salarial tomando como base las prestaciones que devenga su cargo homólogo en la planta de personal de la entidad demandada?
2. ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional, de que tratan los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1268 de 1999?

##### Primer problema jurídico

¿El señor Fredy Roberto Rodríguez Pedroza, en su calidad de supernumerario de la DIAN y, con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, tiene derecho a que se le reconozca y pague la nivelación salarial tomando como base las prestaciones que devenga su cargo homólogo en la planta de personal de la entidad demandada?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante no tiene derecho a la nivelación salarial deprecada, con base en los argumentos que proceden a explicarse:

##### Naturaleza Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1071 de 1999, la DIAN 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.

Igualmente 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 empleados públicos.

El sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los empleados públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 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 entidad 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.

El sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los servidores públicos de la DIAN estaba previsto en el Decreto 1072 de 1999. Dicha norma fue derogada en su mayoría por el artículo 62 del Decreto 765 del 17 de marzo de 2005<sup>17</sup>, sin embargo, quedó vigente el artículo 22 según el cual 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.

Régimen jurídico de los supernumerarios

La posibilidad con la que cuenta la administración para vincular personal supernumerario deviene directamente de la Constitución Política cuando señala en su artículo 125 que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto, 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, dentro de los cuales pueden ubicarse los supernumerarios.

Esta clase de nombramiento fue prevista por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, que señaló el sistema de nomenclatura y clasificación, y fijó las correspondientes escalas de remuneración de los empleos, entre otro<sup>18</sup>, de las Unidades Administrativas Especiales. Al respecto, el artículo 83 previó que:

«[...] De los supernumerarios. 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 cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores<sup>19</sup>.

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<sup>20</sup>. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo<sup>21</sup>.

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 [...]».

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, indicó 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 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. [...]»

Conforme a la normativa precitada, la vinculación de personal supernumerario por parte de la DIAN puede realizarse para el desarrollo de actividades de carácter transitorio que no deben exceder de seis meses, excepto cuando la administración requiriera de un término superior,

caso en el cual, debe contar con autorización especial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A su turno, el artículo 14 del 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», consagró la posibilidad de vincular personal supernumerario, en los siguientes términos:

«[...] 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 [...]»

Mediante el Decreto 2117 de 1992 se fusionó la Unidad Administrativa Especial de Impuestos con la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, creándose la DIAN. Respecto de la administración de personal, el artículo 112 señaló lo siguiente:

«[...] El régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, será el establecido en el Decreto -ley 1647 de 1991, y el artículo 106 de la Ley 6 de 1992 con las siguientes precisiones:

Al factor plural de que trata el artículo 66 literal B del Decreto 1647 de 1991, tendrán derecho los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los funcionarios que sean vinculados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante nombramiento temporal o en cargos de libre nombramiento y remoción tendrán derecho a la prima de productividad contemplada en los artículos 65 y 66 del Decreto 1647 de 1991.

La vinculación, permanencia y retiro del personal supernumerario se regulará por el artículo 14 del Decreto 1648.

Respecto del sistema nomenclatura, clasificación, remuneración, requisitos mínimos para el ejercicio de los empleos, requisitos para ejercer funciones de jefatura por designación así como los porcentajes a reconocer como prima de dirección, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se regirá por las normas del Decreto 1865 de 1992, correlacionándolos con las denominaciones y dependencias que se establecen en el presente Decreto. [...]»

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 (ya transcrito), en concordancia con la Ley 223 de 1995.

Esta última normativa, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, señaló en su artículo 154, 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 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 [...]»

Por su parte, 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, indicó:

«[...] Vinculación 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 [...]

La Corte Constitucional declaró exequible la norma anterior, mediante sentencia C-725 de 21 de junio de 2000<sup>22</sup>, bajo el entendido de que la vinculación del personal supernumerario requiere una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicará, las cuales deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales. Al respecto, expresó la Corte Constitucional lo siguiente:

«[...] no resulta contrario a la Carta que la vinculación de personal supernumerario a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se lleve a cabo sin sujeción a las normas propias de la carrera administrativa, pues, como en la propia norma acusada se indica, ello sólo es posible cuando las actividades a desarrollar sean transitorias, o cuando con ese carácter temporal se vincule al servicio a quienes, posteriormente podrían llegar a ser funcionarios de carrera previa su participación en un "concurso-curso".

Se observa al efecto que el artículo 125 de la Constitución permite que no sean "de carrera", entre otros, los empleos "que determine la ley", que es, precisamente, lo que sucede en este caso, determinación que no resulta razonable, desproporcionada o ilegítima, supuesta como está por la propia disposición acusada que lo sea de manera coyuntural, efímera, transitoria, para atender necesidades del servicio, o para reclutar de esta manera personal que participe en un "concurso-curso", de entre quienes se seleccionará luego a empleados que ingresarán de esa manera a la carrera administrativa especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. [...]

De lo anterior se colige que 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 y, éstos, conforme el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, pueden ser vinculados: i) con el propósito de suplir o atender las necesidades del servicio; ii) apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando; iii), atender actividades transitorias y iv) para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad del concurso-curso<sup>23</sup>.

De acuerdo en lo precedente, en el presente caso no está en discusión que el señor Fredy Roberto Rodríguez Pedraza fue nombrado como supernumerario en la DIAN desde el 2 de julio de 1996, en los siguientes cargos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (cuaderno de pruebas 1-A, 1-B y 1-C):

Cargo	Fecha	Resolución de nombramiento	Folios
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Del 15 de julio <sup>24</sup> al 31 de diciembre de 1996	3842	10 a 12, 23 y 39 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Del 6 de febrero al 5 de agosto de 1997.	0314	29 a 31, 34 y 39 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Del 21 de agosto al 20 de octubre de 1997	0313	40 a 42, 44 y 44 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se proroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 1997.	1310	45 y 46 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 12 de febrero al 11 de agosto de 1998	0538	50 a 52 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se proroga el nombramiento por 1 mes	5266	66 y 67 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se proroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 1998	5975	68 a 71 del cuaderno 1-A

Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 22 de enero al 21 de julio de 1999	0260	77 a 79 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 1999	5635	92 a 94 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 3 de febrero al 31 de agosto de 2000	0578	103 a 105 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 9 de noviembre de 2000	6966	116 a 118 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2000	8806	121 a 123 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 18 de enero hasta el 30 de junio de 2001	0291 aclarada por la 1276	125 a 127 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de octubre de 2001	5218	152 a 155 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2011	9521	163 a 165 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Del 9 de enero al 30 de junio de 2002	0056	176 a 178 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de septiembre de 2002	6094	186 a 188 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2002	9606	190 a 191 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2002	11488	192 a 193 del cuaderno 1-A
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 22 de enero hasta el 30 de junio de 2003	0293	204 a 205 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2003	5287	225 a 226 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2003	9692	229 a 231 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 16 de enero hasta el 31 de agosto de 2004	0144	240 a 241 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2004	7679	255 a 256 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 24 de enero hasta el 30 de junio de 2005	0002	265 a 267 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de septiembre de 2005	5535	287 a 289 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2005	8917	290 a 292 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 1.º de diciembre de 2005 hasta el 31 de julio de 2006	11346	293 a 295 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2006	8351	302 a 304 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 2 de enero hasta el 30 de junio de 2007	0001	323 a 325 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2007	7508	337 a 340 del cuaderno 1-B

Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Desde el 2 de enero hasta el 29 de febrero de 2008	0001	349 a 352 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de abril de 2008	2058	359 a 361 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de junio de 2008	3866	364 a 366 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de julio de 2008	5727	367 a 369 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de octubre de 2008	6988	370 a 372 del cuaderno 1-B
Profesional en ingresos públicos I nivel 30 grado 18	Se prorroga el nombramiento hasta el 13 de noviembre de 2008	10576	381 a 383 del cuaderno 1-B
Gestor I nivel 301 grado 01	Desde el 14 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2008	0207	384 a 387 del cuaderno 1-B
Gestor I nivel 301 grado 01	Desde el 2 de enero hasta el 30 de junio de 2009	0001	399 a 402 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de noviembre de 2009	6849	422 a 425 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2009	12909	429 a 431 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Desde el 4 de enero hasta el 30 de junio de 2010	0002	438 a 441 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de julio de 2010	6295	458 a 461 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de agosto de 2010	7333	464 a 466 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Se prorroga el nombramiento hasta el 30 de septiembre de 2010	8705	467 a 469 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Se prorroga el nombramiento hasta el 5 de octubre de 2010	10098	470 a 473 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Se prorroga el nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2010	10293	474 a 476 del cuaderno 1-C
Gestor I nivel 301 grado 01	Desde el 3 de enero hasta el 31 de diciembre de 2011	0002	479 a 482 del cuaderno 1-C

De igual forma, a través de la Resolución 003 del 2 de enero de 2012, se nombró al demandante en empleo temporal desde el 3 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad y a través de Resolución 10432 del 28 de diciembre de 2012, se prorroga el empleo temporal hasta el 31 de ediciembre de 2014.<sup>25</sup>

De las resoluciones de nombramiento y prórroga del demandante como supernumerario, se colige lo siguiente:

- 1.- Su vinculación desde el inicio se realizó en virtud del artículo 154 de la Ley 223 de 1995, según consta en las diversas resoluciones de nombramiento y prórroga, para atender necesidades del servicio en las diferentes dependencias y apoyo para el plan de lucha contra la evasión y el contrabando, las cuales desarrolló de forma temporal o excepcional, bajo diferentes vinculaciones por periodos de tiempo previamente señalados por la entidad demandada.
- 2.- La asignación mensual se le canceló de acuerdo con la escala salarial vigente para la entidad y percibió las prestaciones sociales existentes para los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional, con lo cual se cumplió con el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999.
- 3.- Se le liquidó y canceló como supernumerario las siguientes prestaciones<sup>26</sup>: i) prima de vacaciones, ii) bonificación por recreación y iii) prima de servicios, iv) prima de navidad, v) bonificación por servicios, vi) cesantías, y todos los beneficios del régimen de seguridad en salud y pensiones.

En consecuencia, se le otorgó un trato en igualdad de condiciones al resto del personal supernumerario, de ahí que no aparezca que se le haya puesto en condición de desigualdad con sus iguales.

- 4.- Tal como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia<sup>27</sup>, no es posible 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 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 periodos sucesivos, no resulta suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del demandante al servicio de la DIAN, autorizada por el artículo 22 del Decreto 1072 de 1996.

Adicionalmente, resulta útil precisar que, el reglamento especial adoptado por la entidad, permite que dicha vinculación se dé no solo 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 y sin que las mismas sean incompatibles con lo señalado en la normativa que autoriza la vinculación de supernumerarios, de modo que el desempeño de dichas actividades no es suficiente para desvirtuar el tipo de vinculación con el servicio público.

En conclusión: Conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, el demandante en calidad de supernumerario no tiene derecho a la nivelación salarial respecto a su par de la planta de personal, toda vez que no se demostró en este proceso que materialmente la vinculación del señor Fredy Roberto Rodríguez Pedraza se haya desnaturalizado.

Ello, porque: i) de conformidad con el 22 del Decreto 1072 de 1999 fue vinculado con el propósito de suplir o atender las necesidades del servicio de forma temporal y excepcional; ii) su asignación mensual se le canceló de acuerdo con la escala salarial vigente para la entidad y percibió las prestaciones sociales existentes para los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional; iii) el término de duración de la vinculación por periodos sucesivos, no resulta suficiente para desvirtuar la modalidad de vinculación del demandante y; iv) las actividades desarrolladas por el demandante no son incompatibles con lo señalado en la normativa que autoriza la vinculación de supernumerarios.

Segundo problema jurídico

¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional, de que tratan los artículos 5.º, 6.º y 7.º del Decreto 1268 de 1999?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante en su calidad de supernumerario de la DIAN, no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incentivos, con base en los siguientes argumentos:

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

Los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1268 de 1999 señalaron 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 comprenden, 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. [...]»

De la lectura de los referidos enunciados normativos se puede concluir que:

- 1.- Como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución.
- 2.- Su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración.
- 3.- En el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias.
- 4.- Para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad.
- 5.- El incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país.
- 6.- Se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial.

Aunado a lo anterior, debe anotarse que la Sección Segunda de esta Corporación, mediante sentencia del 15 de mayo de 2014<sup>28</sup>, denegó la nulidad de los artículos 5.º, 6.º y 7.º del Decreto 1268 de 1999, que consagran solo para los empleados de planta o de la contribución de la DIAN, el incentivo por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas, y nacional.

En dicha acción el demandante esgrimía que con las palabras «de planta» contenidas en los artículos 5.º y 6.º, y «de la planta» contenida en el artículo 7.º del Decreto 1268 de 1999, se vulneraban los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política. La Corporación, para despachar desfavorablemente lo pretendido, entre otras cosas expresó:

«[...] Lo cual significa que quien se encuentre vinculado a la entidad bajo la modalidad de supernumerario no tiene derecho a acceder al incentivo por desempeño grupal, o al de desempeño en fiscalización y cobranzas y menos al incentivo por desempeño nacional, dado que legalmente está autorizada la distinción entre los servidores de la contribución y los supernumerarios de la DIAN, como se ha anotado, y por tanto no existe quebranto por los apartes normativos acusados dado que el análisis en este caso se efectúa sobre diferencia de trato cuyo punto de comparación es un trato jurídico diferente por razones potencialmente prohibidas por el artículo 13 de la Constitución, lo que no se presenta en este caso, lo que lleva a mantener los apartes de las normas acusadas por el actor. [...]»

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C-725 de 2000<sup>29</sup> declaró inexecutable el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999 que señalaba el programa de promoción e incentivos de carácter económico para los servidores de la contribución de la DIAN al considerar que los estímulos económicos resultan contrarios a los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Carta Política. En efecto, consideró:

«[...] El desempeño de las funciones propias del cargo se remunera por el Estado con el salario fijado conforme a la ley a quien lo desempeña, por lo que tales "estímulos económicos" resultan extraños al ordenamiento constitucional y, abiertamente contrarios al artículo 209 de la Carta en el cual se dispone que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y ha de cumplirse, entre otros, con sujeción a los principios de igualdad, moralidad y eficacia, por lo que no resulta acompasado con la Constitución que a quien ajusta su conducta a tales prescripciones, se le haga beneficiario de sumas de dinero que ingresan de manera extraordinaria a su patrimonio, simplemente por adecuar su conducta a lo que dé él se espera como funcionario público [...]»

En las anteriores condiciones y como los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y desempeño nacional están destinados a los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, no es procedente otorgarlos al personal supernumerario como es el caso del demandante.

En este orden de ideas, ante la falta de prueba en relación con una presunta mutación del vínculo laboral, tampoco es procedente reconocer los incentivos reclamados, pues las normas son claras al preceptuar que solo se reconocen a una determinada categoría de empleados.

Finalmente, en cuanto al argumento expuesto por la parte demandante en el sentido de que el *a quo* omitió pronunciarse respecto a la inaplicación por inconstitucionalidad o ilegalidad y realizar un control de convencionalidad integral, se observa que en la sentencia recurrida sí se efectuó el estudio de tales efectos endilgados por la parte demandante en el libelo introductor en contra del Decreto 1268 de 1999, argumentos que comparte la Subsección, toda vez que, como se estudió en precedencia, la vinculación como supernumerarios fue creada con el fin de suplir las necesidades del servicio y desarrollar actividades de carácter transitorio.

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 se acreditó por parte del señor Rodríguez Pedraza. En consecuencia, las distinciones previstas por las autoridades competentes, en este caso el Ejecutivo respecto de los regímenes salariales y prestacionales, no tienen la virtualidad de afectar el derecho a la igualdad, pues los supuestos en comparación no son equiparables.

En conclusión: Según el Decreto 1268 de 1999, es claro que la entidad demandada reglamentó los incentivos por desempeño grupal,

fiscalización y cobranzas, y nacional, solo para los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad que, como resultado de su gestión, cumplan las metas y los objetivos trazados en cada una de las áreas allí descritas, por lo que el demandante en calidad de supernumerario no tiene derecho al reconocimiento de los mismos.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez<sup>30</sup> sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» -CCA- a uno «*objetivo valorativo*» -CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>31</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas al demandante en segunda instancia y a favor de la DIAN, toda vez que resultó vencido en el proceso de la referencia y la entidad demandada intervino en el trámite de la segunda instancia tal como lo señala el ordinal 1.º artículo 365 del Código General del Proceso. Las costas serán liquidadas por el a *quo* en atención al artículo 365 del citado código.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 30 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Fredy Roberto Rodríguez Pedraza contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.

Segundo: Condenar en costas de la segunda instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán por el a *quo*.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y, ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

*NOTAS DE PIE DE PÁGINA*

1 Folios 59 a 71 del cuaderno 1.

2 Folios 59 a 61 del cuaderno 1.

3 En folios 119 y 122 y CD a folio 141

4 Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

5 Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

6 Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

7 Folios 271 a 285.

8 Folios 244 y 245 del cuaderno 1-1.

9 Folios 288 a 298 del cuaderno 1-1.

10 Para tal fin citó entre otras, apartes de las sentencias del 31 de mayo de 2012, radicado: 26-09. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila y del 25 de julio de 2013, radicado 0271-13. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez Páez.

11 El actor hace referencia, en particular, a la Sentencia del 23 de octubre de 2008, Radicación: 730012331000200201248 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

12 Folios 323 a 330 del cuaderno 1-1.

13 Folios 353 a 359 del cuaderno 1-1.

14 Folios 360 a 368 del cuaderno 1-1.

15 El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

16 «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos

por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

17 «Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.».

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

19 La Corte Constitucional mediante sentencia C-401 de 1998 declaró inexecutable el aparte subrayado.

20 El aparte subrayado se declaró inexecutable en sentencia C-401 de 1998.

21 El artículo 161 de la Ley 100 de 1993 derogó el aparte en negrillas.

22 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

23 A esta misma conclusión se llegó en las sentencias de 23 de octubre de 2008, radicación 08001-23-31-000-2003-01429-01 (1393-2007), actor: Jhon Enrique Barragán Quintero, Magistrado Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y 7 de febrero de 2013, radicación 25000-23-25-000-2009-00605-01(1700-2012), actor: Angélica Sánchez Cortés, Magistrado Ponente doctor Alfonso Vargas Rincón, entre otras.

24 Si bien la Resolución 3842 del 28 de junio de 1996 señaló que el nombramiento era a partir del 2 de julio, el señor Rodríguez Pedraza solo se posesionó hasta el 15 de julio de 1996 según acta de posesión visible a folio 23 del cuaderno 1-A.

25 Folios 513 a 516 y 546 a 549 del cuaderno de pruebas 1-C.

26 Ver folios 28, 49, 74 a 76, 100, 102, 134, 182 del cuaderno 1-A; 202 a 203, 214, 247, 274, 358 del cuaderno 1-B; y 413, 434 a 437, 450, 452 a 454, 505 y 550 del cuaderno 1-C.

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3904-2013; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, número interno 3132-2013.

28 Radicado interno 0676-12, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Demandante: Luís Alfonso Pedraza. Demandado: Gobierno Nacional.

29 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

30 Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

31 «Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del

proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Relatoria JORM/DCSG

---

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 16:23:16