

DIFERENCIA SALARIAL - Reconocimiento / ASIGNACIÓN DE TAREAS DE NIVEL SUPERIOR AL CARGO OCUPADO / PRINCIPIO DE TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS / NOMBRAMIENTO EN EL CARGO - Improcedencia

Pese a que el sistema normativo permite encomendar a los servidores públicos actividades que cotidianamente no realizan, estas no deben involucrar tareas que pertenezcan a un nivel superior al que ocupan, pues de ser así se originaría un enriquecimiento sin justa causa de la administración, porque pagaría un salario inferior por labores que son más onerosas, y un detrimento de los derechos laborales de los trabajadores. La jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando se desconoce el principio de «*salario igual, trabajo igual*», se crea una discriminación laboral reprochable que debe ser eliminada por parte del funcionario judicial siempre que se pruebe que dos (2) o más sujetos desempeñan las mismas funciones, pero reciben contraprestaciones diferentes. (...) Si bien la accionante fue nombrada como facilitador III (nivel asistencial), esto no impide que se ordene reconocer las diferencias salariales correspondientes al empleo de gestor I (nivel profesional) por desempeñarse como auditora tributaria de gestión y control, en razón a que dentro de una relación laboral lo que determina el salario de los trabajadores son las tareas que efectivamente cumplen y no las formalidades, tal como lo establece el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política. (...) Pero ello, no da lugar a ordenar que sea nombrada en un cargo profesional, ya que el artículo 125 de la Constitución Política establece que la vinculación y ascenso en las plantas de personal de las entidades públicas se encuentran condicionadas a un concurso de méritos, y ella no demostró haber aprobado proceso de selección alguno.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 122 CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01072-01(4233-13)

Actor: GLORIA INÉS PARDO PUENTES

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

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Diferencia salarial

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 9 de noviembre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección F, sala de descongestión), que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 95 a 113 c. 1). La señora Gloria Inés Pardo Puentes, mediante apoderada, ocurre ante la jurisdicción contencioso-administrativa a incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Dian, para que se acojan las pretensiones que en el apartado se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del (i) oficio 21403391 de 4 de mayo de 2010, por medio del cual el subdirector de gestión de personal de la Dian negó la petición de 20 de abril del mismo año formulada por la actora, orientada a obtener el aumento de su salario en atención a las funciones que desempeña; (ii) Resolución 5522 de 10 de junio siguiente, con la que dicho funcionario desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión en el sentido de confirmarla; y (iii) Resolución 6238 de 28 de junio de 2010, en la que el director de gestión de recursos y administración económica de la entidad, al resolver la apelación presentada contra el acto administrativo inicial, lo confirmó.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene (i) reconocerle y pagarle sus salarios y prestaciones como si se desempeñara como gestor II; (ii) promoverla a dicho cargo por realizar las funciones que les son propias y cumplir los requisitos exigidos para ello; y (iii) cancelarle las sumas de dinero pretendidas desde la fecha en que se hicieron exigibles, de acuerdo con los artículos 176 a 178 del CCA.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la actora que el 9 de diciembre de 1992 se vinculó a la Dian para ocupar el cargo de auxiliar III, denominado actualmente facilitador III.

Que ha desempeñado las funciones asignadas al cargo de gestor II en los siguientes lapsos: (i) del 17 de julio de 1994 al 1º de agosto de 1999, en la división de tesorería de la subsecretaría financiera; (ii) desde el 2 de agosto de 1999 hasta

el 5 de marzo de 2007, como revisora de cuentas de la misma dependencia; (iii) del «1º de agosto de 2006» al «31 de enero de 2007», como analista de tesorería II; y (iv) del 6 de marzo de 2007 a la fecha de presentación de la demanda, en condición de auditora tributaria de gestión y control.

Dice que a pesar de que las labores que efectúa corresponden al cargo de gestor II, se le reconocen sus salarios y prestaciones como si ejerciera las de facilitador III, en desconocimiento del principio constitucional «*salario igual, trabajo igual*».

Que mediante escrito de 8 de abril de 2010, pidió de la entidad accionada el pago de las diferencias salariales y prestaciones entre lo que devenga como facilitador III y lo asignado al cargo de gestor II, lo que fue negado por el subdirector de gestión de personal de la Dian, a través de oficio 21403391 de 4 de mayo de 2010.

Agrega que contra el anterior acto administrativo interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación, desatados por el subdirector de gestión de personal y director de gestión de recursos y administración económica del organismo accionado, mediante Resoluciones 522 de 10 de junio de 2010 y 6238 de 28 de los mismos mes y año, respectivamente, en el sentido de confirmar la negativa de pagarle los emolumentos pedidos.

Que ha permanecido en el empleo de facilitador III pese a que las actividades que realiza son complejas y requieren de conocimientos especializados, lo que contraría el principio de «*trabajo igual, salario igual*», entre otros mandatos constitucionales y legales, y hace imperioso designarla en uno que corresponda a gestor II.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados los artículos 1, 22, 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 53, 58 y 193 de la Constitución Política; 39 de la Ley 200 de 1995; 33 de la Ley 734 de 2002; 55 de la Ley 909 de 2004; 7 del Decreto 2400 de 1968; 37 del Decreto 1950 de 1973; 143 del Código Laboral; y 84 del CCA.

Arguye que las decisiones administrativas acusadas desconocen los convenios internacionales suscritos por Colombia, que tienen plena validez y supremacía sobre el ordenamiento jurídico interno, los cuales coinciden en señalar que la remuneración de los trabajadores debe garantizar su digna subsistencia y corresponder a las actividades que realizan, es decir, que deben recibir un «*salario*

equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción», tal como lo dispone la letra a) del artículo 7 del protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

Que la Corte Constitucional ha explicado que en virtud del derecho a la igualdad, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, mandato que en materia laboral se materializa en el principio *«trabajo igual, salario igual»*, que se desconoce cuando varios trabajadores cumplen una función idéntica pero reciben contraprestaciones disímiles, tal como acontece en el presente asunto, pues a pesar de cumplir funciones del cargo de gestor II, el salario que devenga corresponde al de facilitador III, que es inferior.

Aduce que la entidad demandada desconoce al no pagarle en debida forma su salario, además de los fines esenciales del Estado, sendos preceptos constitucionales, como el trabajo en condiciones dignas, el derecho a percibir una retribución proporcional al rol que se desempeña, y los artículos 7 del Decreto 2400 de 1968, 37 del Decreto 1950 de 1973, 39 de la Ley 200 de 1995 y 33 de la Ley 734 de 2002, entre otros, los cuales prevén que los trabajadores deben percibir una remuneración acorde con las labores que realizan.

Que en razón a que cumple los requisitos exigidos para ser gestora II, ha debido ser nombrada en encargo como tal por ser funcionaria de carrera administrativa, en atención al artículo 28 del Decreto 770 de 2005, pero ello no ha ocurrido en perjuicio de sus prerrogativas laborales.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 145 a 151 c. 1). La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian), a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que los actos administrativos acusados se profirieron conforme al ordenamiento jurídico.

Afirma que la entidad demandada no ha desconocido los tratados internacionales sobre derechos laborales ratificados por Colombia, ya que les paga a sus funcionarios la remuneración fijada para los cargos en que están nombrados.

Que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la igualdad se desconoce en los eventos en que se dé un trato diferente a personas que se encuentran en idénticas condiciones, lo que no ocurre en el presente asunto, pues la demandante por estar nombrada como facilitador

III no se encuentra en la misma situación de los gestores II, lo que hace improcedente reconocerle el salario pretendido.

Argumenta que a la actora se le han asignado tareas diferentes a las previstas para el cargo que ocupa por demostrar esfuerzo personal y académico, pero ello no conlleva al reconocimiento de un salario superior porque el sistema normativo no prevé promociones automáticas en la carrera administrativa.

Que las agencias estatales no tienen la facultad de disponer discrecionalmente los ascensos de los empleados escalafonados ni el pago de salarios superiores a los señalados en la ley, pues para ello debe surtir un concurso de méritos.

1.6 La sentencia apelada (ff. 220 a 254 c. 1). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección F, sala de descongestión), con sentencia de 9 de noviembre de 2012, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Sostiene que la demandante se vinculó a la entidad demandada el 9 de octubre de 1992, en calidad de supernumeraria, y fue nombrada en provisionalidad el 9 de diciembre siguiente como facilitador III.

Que si bien el artículo 122 de la Constitución Política establece que no habrá empleo público que no cuente con funciones detalladas en el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional¹ ha indicado que el nominador está facultado para asignar tareas no previstas en las normas cuando la necesidad del servicio así lo exija, siempre que correspondan al marco funcional de los trabajadores, es decir, sean afines con las actividades propias del cargo que ocupan.

Explica que en el «*cuadro de roles*» allegado al expediente, mediante documento digitalizado, se evidencia que el cargo de facilitador III de la subdirección de recursos físicos de la Dian tiene las siguientes funciones: «*recepcionar, almacenar, y custodiar, los bienes y documentos soportes que ingresan al almacén y/o inventarios, para que exista organización y conservación de los bienes almacenados; incorporar al sistema informático los ingresos y salidas de elementos para legalizar los movimientos; revisar los traslados de elementos entre funcionarios para establecer la responsabilidad en la custodia de los mismos*», entre otros trabajos relacionados con el manejo de los elementos materiales de la entidad.

¹ Sentencia T-105 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Que de acuerdo con la certificación de 16 de marzo de 2010, proferida por el subdirector de gestión de personal de la Dian, la demandante ejerció actividades de control de cuentas contables de efectivo en la división de tesorería de la subsecretaría de recursos financieros desde el 2 de agosto de 1999 hasta el 5 de marzo de 2007, donde era responsable de «[...] *depurar las cuentas reciprocas; colaborar a las administraciones en el sistema financiero; causar contablemente las obligaciones a cargo de la DIAN; registrar y controlar los recursos que ingresen a las arcas de la entidad; realizar los asuntos contables de la división* [...]», entre otras relacionadas con el manejo de los recursos del ente.

Advierte que el 6 de marzo de 2007 fue adscrita a la división de contabilidad general de la subsecretaría de recursos financieros y allí se encargaba de revisar la «*conciliación*» de la cuenta principal, vigilar las partidas, seguir «*las resoluciones de trasposos, asesorar a las administraciones en el sistema de registro de información financiera y elaborar instrucciones para el manejo contable*».

Que la actora fue asignada a partir del 4 de marzo de 2008 al «*grupo interno de trabajo de control a obligaciones formales de la división de gestión de fiscalización para no obligados a llevar contabilidad de la dirección seccional de impuestos de Bogotá*», dependencia en la que debe fijar el plan de auditoría de las sanciones e investigaciones dentro de los programas de control, gestión y omisos, investigar la destinación de los tributos, proferir el informe final de investigación tributaria y demás actividades relacionadas con la indagación de hechos sancionables.

Señala que al analizar el manual de funciones de la agencia estatal accionada se evidencia que al empleo de «*gestor I, rol auditor tributario gestión y control*» le corresponden las siguientes labores: «[...] *analizar la información sustanciada en el expediente con el fin de continuar con la labor de auditoría, relacionada con las investigaciones y proponer sanciones dentro de los programas de gestión y control; elaborar el plan de auditoría, para su aprobación, donde se establezcan los aspectos a verificar o investigar en un determinado expediente teniendo en cuenta la naturaleza del programa de gestión y control; proyectar las actuaciones administrativas pertinentes para el desarrollo de la investigación teniendo en cuenta el plan de auditoría, la normatividad vigente y aplicable al caso, conservando el debido proceso; entre otras*».

Que el profesional en ingresos públicos IV asignado al subproceso de recursos financieros, debe recibir y revisar las órdenes de pago, verificar los giros, cruzar

información contable con el presupuesto y demás tareas relacionadas con el análisis financiero de las cuentas y emolumentos de la entidad.

Expresa que la certificación de 16 de marzo de 2010 prueba que la accionante adelanta actuaciones de «gestor I» y profesional en ingresos públicos IV asignado al subproceso de recursos financieros, situación que contraría el ordenamiento jurídico, ya que estas no corresponden a las desempeñadas por un funcionario del nivel asistencial o auxiliar, por lo que en virtud del principio constitucional «*salario igual, trabajo igual*» debe reconocerse la diferencia salarial pretendida.

Que, sin embargo, debido a que la actora no solicitó el reconocimiento de las diferencias salariales por ejercer funciones del cargo de profesional en ingresos públicos IV, no se hará pronunciamiento alguno al respecto.

Asevera que desconoce el derecho constitucional fundamental a la igualdad de la demandante el hecho de que esté nombrada como facilitador III, código 103, grado 03, cuyo requisito para ocuparlo es contar con cuatro (4) años de bachillerato, y desarrolle actividades propias de un profesional nombrado en el cargo de gestor I.

Que no es procedente ordenarle a la parte demandada nombrarla como tal, pues si bien la entidad contraría el ordenamiento jurídico al asignarle oficios que no eran propios de su empleo, ello no implica una vinculación automática a la carrera administrativa en razón a que debe aprobar un concurso de méritos previamente, como lo prevé el artículo 125 de la Constitución Política.

Concluye que se le debe reconocer a la actora la diferencia salarial y prestacional entre lo que devengó en el nivel asistencial y lo asignado a un funcionario que ocupa cargos de gestor I, por el período comprendido entre el 9 de julio de 2009 y el 16 de marzo de 2010, a título de indemnización, «*que fue lo único demostrado en el proceso*».

1.7 Recursos de apelación.

1.7.1 La parte demandante (ff. 256 a 264 c. 1), a través de apoderado, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, en el que pidió «*revocarla y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda*», para lo cual argumentó que el manual de funciones y perfil del rol de la Dian allegado con la acción no corresponde al que se encontraba vigente cuando desempeñaba las labores de

gestor I.

Que el *a quo* valoró erróneamente los hechos y pruebas obrantes en el expediente, pues ordenó pagarle las diferencias salariales comprendidas entre el 9 de julio de 2009 y el 16 de marzo de 2010, sin tener en cuenta que ejerce actividades profesionales desde el 2 de agosto de 1995.

Replica que realizó tareas de auditora tributaria de gestión y control, propias del cargo de gestor I, entre el 4 de noviembre de 2008 y el 9 de julio de 2009, según la certificación de calificaciones obrante en los folios 71 a 85. Sumado a ello, cumplió funciones de la misma naturaleza entre el 6 de marzo de 2007 y el 3 de noviembre de 2008, mientras era analista contable financiera.

Que entre el 2 de agosto de 1999 y el 5 de marzo de 2007 efectuó oficios de analista contable financiera, revisora de cuentas y analista de tesorería en la subsecretaría de recursos financieros de la Dian (actividades no detalladas en el manual de funciones allegado en la demanda), que corresponden a las asignadas al gestor III.

Arguye que el 30 de septiembre de 2004, le fue otorgado el título de contadora pública e interrumpió el término prescriptivo el 8 de abril de 2010 con la formulación de una petición orientada a obtener el reconocimiento de la diferencia salarial materia de controversia, negada a través de los actos administrativos demandados.

1.7.2 La entidad demandada (ff. 279 a 282 c. 1) interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el que pidió revocarla y, en su lugar, negar las súplicas de la demanda bajo el argumento de que a la actora no le asiste derecho a devengar las diferencias salariales pretendidas y ser nombrada en un cargo superior al que ocupa, por cuanto no se encuentra inscrita en carrera administrativa.

II. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos fueron concedidos mediante proveído de 20 de junio de 2013 (ff. 306 y 307 c. 1) y admitidos por esta corporación a través de auto de 20 de noviembre siguiente (f. 312 c. 1); posteriormente se ordenó el traslado de ley a las partes y al Ministerio Público (f. 317 c. 1), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara.

2.1 Parte demandante (ff. 318 a 322 c. 1). La actora reiteró los argumentos planteados en la demanda y en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

2.2 Entidad demandada (ff. 323 a 326 c. 1). El apoderado de la Dian solicitó revocar la sentencia apelada porque no es procedente reconocerle a la accionante los emolumentos pretendidos, dado que el ordenamiento jurídico estipula que la remuneración de los empleados está supeditada a los cargos en que se encuentren nombrados.

2.3 Ministerio Público (ff. 328 a 331). La señora procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público, es del criterio que se debe confirmar el fallo apelado, ya que la actora cumplió funciones del nivel profesional que no tienen relación con el empleo en el que está nombrada.

Que no obstante, no hay lugar a ordenar ascenderla en la planta de personal de la Dian, en razón a que la única forma de promoción de cargos en el sector público es mediante la aprobación de un concurso de méritos, al cual ella no se ha sometido.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva de artículo 129 del CCA, esta corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

3.2 Cuestión previa. La demandante en el libelo introductorio solicitó anular los actos administrativos demandados y a título de restablecimiento del derecho, reconocerle y pagarle la diferencia salarial entre lo que percibió en el cargo de facilitador III y lo devengado por un gestor II.

Empero, el *a quo* en la sentencia recurrida ordenó reconocerle a la accionante la diferencia salarial entre lo que recibió como facilitador III y lo que gana un gestor I, al estimar que las labores que desempeñó en la Dian entre el 9 de julio de 2009 y el 16 de marzo de 2010 correspondían a este último empleo.

Así las cosas, la Sala observa que aunque en la demanda la actora solicitó reconocerle la diferencia salarial materia de controversia respecto del cargo de gestor II, no contraría el ordenamiento jurídico estudiar la *litis* con fundamento en

las funciones que realiza un gestor I, máxime cuando su denominación es similar.

De abstenerse de decidir el litigio por el hecho de no identificar en debida forma el empleo al que corresponden las tareas desarrolladas por la actora en la Dian, desconocería el artículo 228 de la Constitución Política, que contempla el principio de primacía del derecho sustancial sobre el procesal y, de paso, se configuraría lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado «*exceso ritual manifiesto*»².

Comoquiera que la denominación de los cargos invocados en la demanda es parecido al analizado por el juez de primera instancia, la Sala decidirá el litigio bajo el entendido de que la diferencia salarial pretendida corresponde al de gestor I.

3.3 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si a la demandante le asiste derecho a que (i) se le reconozcan las diferencias salariales pretendidas, porque supuestamente ejerce funciones que corresponden al empleo de gestor I, las cuales son de carácter profesional, y (ii) se le nombre en dicho cargo.

3.4 Vinculación de empleados a entidades públicas. El artículo 125 constitucional dispone que los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

En atención a lo previsto en la citada norma constitucional, el legislador expidió la Ley 443 de 1998 y posteriormente la Ley 909 de 2004, en virtud de las cuales estableció, como regla general, que los cargos públicos deben ser provistos por personas que aprueben un concurso de méritos, es decir, determinó como sistema de selección de los servidores públicos las capacidades intelectuales, con la finalidad de profesionalizar la función pública, lograr una mejor prestación del servicio a los ciudadanos, aumentar la eficacia de las actuaciones administrativas y eliminar las prácticas clientelistas en el ámbito público.

3.5 Sistema específico de carrera administrativa de la Dian. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el congreso de la República mediante el artículo 79 de la Ley 488 de 1998, profirió el Decreto

² Sentencia T-158 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla: «[...] Cuando se sobreponen las formas rituales al derecho sustantivo que claramente deriva de los hechos objeto de decisión, se puede transgredir lo normado en el artículo 228 superior, a causa de la aplicación excesiva de una norma formal, que de esa manera impide la efectividad de un derecho sustancial [...]».

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*».

Con la expedición de la Ley 909 de 2004, se establecieron unos sistemas específicos de carrera administrativa que obedecen a la especialidad de las entidades públicas, dentro de los que se encuentra el aplicable al personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian), tal como lo dispone el artículo 4º ibídem, cuyo tenor es el siguiente:

Sistemas específicos de carrera administrativa.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

[...]

- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

[...].

El ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 53 de la Ley 909 de 2004 y con el propósito de modificar el régimen específico de carrera administrativa de la Dian (Decreto 1072 de 1999), el presidente de la República expidió el Decreto 765 de 2005³, en el cual se previó el mérito como sistema de selección.

El mencionado Decreto 765 de 2005 dispuso como objetivo del sistema específico de carrera administrativa de la Dian, la debida prestación del servicio fiscal, el fortalecimiento institucional del ente y el efectivo cumplimiento de las funciones que le otorga el ordenamiento jurídico.

El empleo público al interior de la aludida entidad está definido «*por el perfil del rol*», tal como lo dispone el artículo 19 del Decreto 765 de 2005, encontrándose

supeditado a los oficios e incidencia del cargo, las condiciones o requisitos que exijan las actividades a desarrollar y las aptitudes para cumplir eficientemente la gestión, con dependencia del grado de complejidad de las tareas efectuadas. La citada norma dispone:

Para efectos del sistema específico de la carrera administrativa, el empleo público en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, se define por su perfil del rol, es decir por los objetivos, mediciones y metas de la posición del empleo, provenientes de las estrategias de la organización, el mapa de ejecución de la función, las habilidades técnicas, los conocimientos que deben cumplirse para lograr estas metas y los comportamientos que se requieren para crear una cultura de excelencia en el desempeño.

El artículo 26 del Decreto 765 de 2005 preceptúa las siguientes clases de nombramiento al interior de la Dian, así:

La provisión de los empleos se sujetará a las siguientes clases de nombramiento:

26.1 Nombramiento ordinario: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos que, de conformidad con el presente decreto, tienen el carácter de empleos de libre nombramiento y remoción.

26.2 Nombramiento en período de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los empleos del Sistema Específico de Carrera con una persona seleccionada por concurso abierto ~~que no se encuentre inscrita en el Sistema Específico de Carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN~~⁴, y por un término de seis (6) meses a partir de la terminación de la etapa de inducción para el ejercicio del empleo, la cual tendrá la duración que en cada caso establezcan los términos de la convocatoria.

26.3 Nombramiento provisional: Es aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, previa convocatoria a concurso y siempre que no hubiese sido posible el encargo. Su duración no podrá exceder de seis (6) meses y no habrá lugar a prórroga.

El concurso de méritos dentro de la Dian se adelanta en atención al procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004, en concordancia con las normas previstas en el Decreto 765 de 2005, como lo prevé su artículo 31.

3.6 Funciones de los empleos públicos. El artículo 122 de la Constitución Política prescribe que todo empleo público debe contar con funciones

³ «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».

⁴ El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-1262 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto.

establecidas en el ordenamiento jurídico, estar contemplado en la planta de personal del ente y contar con el presupuesto necesario para cubrir sus emolumentos.

Para una adecuada organización de la función pública, garantizar los derechos laborales y alcanzar los fines esenciales del Estado, es indispensable adoptar una clasificación, nomenclatura y requisitos de los cargos públicos.

El artículo 2° de la Ley 4ª de 1992 prevé los criterios y objetivos que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional al fijar el régimen salarial y prestacional, en lo que interesa al presente asunto, de los servidores públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional, entre los que se encuentran:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;
 - b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura; [...]
 - j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;
 - k) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;
 - l) La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;
- [...].

A su vez, el artículo 3.º de la misma Ley 4ª señala que el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada categoría de los cargos.

El presidente de la República, en ejercicio de la facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992, profirió el Decreto 4049 de 2008, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Dian y, en lo pertinente al caso, estipuló en su artículo 4.º que los cargos de facilitador III y gestor I corresponden a los niveles asistencial y profesional, respectivamente.

3.7 Caso concreto. En el *sub lite* se tiene que la demandante se vinculó como supernumeraria a la Dian el 9 de octubre de 1992 y el 9 de diciembre siguiente fue nombrada en provisionalidad en la planta de personal para desempeñar el empleo de facilitador III, código 103, grado 03, el cual ocupaba al momento de la presentación de la demanda (f. 43 c. 1).

El 8 de abril de 2010, la actora pidió del director de la Dian el pago de las diferencias salariales entre lo que devengaba como facilitador III y lo devengado por los empleados que ejercen el empleo de gestor II, dado que realizaba las mismas funciones asignadas a estos desde el 1º de julio de 1998 (ff. 3 y 4 c. 1), lo que le fue negado por el subdirector de gestión de personal de esa agencia estatal, a través de oficio 21403391 de 4 de mayo de 2010, al estimar que su salario corresponde al cargo en el que está nombrada (ff. 6 y 7 c. 1).

Contra el anterior acto administrativo la accionante interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación (ff. 26 a 31 c. 1), desatados mediante Resoluciones 5522 de 10 de junio de 2010 y 6238 de 28 de los mismos mes y año, por el subdirector de gestión de personal y director de gestión de recursos y administración económica, respectivamente, en el sentido de confirmar la decisión inicial (ff. 32 a 39 c. 1).

Visto lo anterior, la Sala evidencia que no se encuentra demostrado que la demandante tenga la calidad de funcionaria escalafonada, pues no obran pruebas que permitan inferir que aprobó un concurso de méritos. Adicionalmente, el cargo en el que fue nombrada no tiene la calidad de libre nombramiento y remoción⁵, motivo por el cual se infiere que su vinculación es en provisionalidad.

Ahora bien, con la finalidad de establecer la procedencia de las pretensiones de la actora, es menester determinar el nivel de las funciones que ejerció la actora en la Dian y si estas involucran actividades de gestor I.

De acuerdo con la certificación de 16 de marzo de 2010, proferida por el subdirector de gestión de personal de la entidad accionada (ff. 43 a 47 c. 1), la demandante, desde el 2 de agosto de 1999 hasta el 5 de marzo de 2007, realizó labores de revisora de cuentas de la división de tesorería de la subsecretaría de recursos financieros de la Dian, y en el período comprendido entre el 6 de marzo de 2007 y el 3 de noviembre de 2008, cumplió labores de analista contable financiera

⁵ Artículo 6 del Decreto 765 de 2005.

de la misma división, que corresponden a las funciones asignadas a los profesionales en ingresos públicos III y IV, respectivamente, tal como consta en las descripciones de labores y perfiles de rol allegadas por el apoderado de la parte actora (ff. 48 y 94 c. 1).

No obstante, debido a que la accionante tanto en la vía gubernativa como en la demanda solicitó el reconocimiento de la diferencia salarial entre lo que devenga como facilitador III y la remuneración de quienes ocupan empleos de gestor I, y no la que perciben quienes ocupan cargos correspondientes a profesionales de ingresos públicos III y IV, no hay lugar a estudiar la procedencia del pago del salario por el tiempo en que desempeñó las funciones propias de aquellos, en atención al principio de congruencia previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (CPC)⁶, aplicable al proceso contencioso-administrativo en virtud del artículo 267 del CCA, cuyo tenor es el siguiente:

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

[...].

Por otra parte, la actora sostiene en el recurso de apelación que mediante el artículo 5 del Decreto 4049 de 2008 se equiparó el empleo de profesional en ingresos públicos al de gestor, por lo que se le debía reconocer las diferencias salariales pretendidas, sin embargo, la Sala observa que dicha afirmación no fue formulada en la demanda, lo que le impedía plantearla en la alzada, dado que la segunda instancia no es un instrumento para suplir vacíos del libelo introductorio.

Resulta menester anotar que entre lo deprecado en la demanda y los argumentos esbozados en el recurso de apelación debe mediar correspondencia, pues de lo contrario el *ad quem* se pronunciaría sobre aspectos no debatidos en primera

⁶ Dicha norma debe tenerse en cuenta en el presente asunto, en razón a que los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia se interpusieron cuando aún no había entrado en vigor el Código General del proceso (CGP).

instancia, en desconocimiento del derecho de defensa y los principios de lealtad procesal y congruencia.

Por las razones expuestas y debido a que la actora en la demanda no solicitó la diferencia salarial al haber desarrollado funciones del cargo de profesional en ingresos públicos, que según lo afirma en la alzada, fue equiparado al de gestor a través del artículo 5.º del Decreto 4049 de 2008, esta Sala no analizará dicha pretensión.

Una vez analizado lo anterior y en aras de establecer si a la demandante se le debe reconocer los emolumentos pretendidos, es necesario efectuar las siguientes precisiones.

En atención a los principios constitucionales de primacía del derecho sustancial sobre el procesal, igualdad (a trabajo igual, salario igual), irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966⁷, los empleados deben recibir como retribución por su labor una remuneración acorde con las tareas que desempeñan.

Aunque el sistema normativo prevé que en las entidades públicas se pueden impartir órdenes a los empleados para que realicen ocupaciones que si bien no corresponden a las que normalmente desarrollan son necesarias para la prestación del servicio, estas deben estar acordes con su perfil y las calidades que se requieren para cumplirlas, dado que no es dable encargarlas si atañen a un nivel superior al que se encuentra el trabajador.

En otras palabras, pese a que el sistema normativo permite encomendar a los servidores públicos actividades que cotidianamente no realizan, estas no deben involucrar tareas que pertenezcan a un nivel superior al que ocupan, pues de ser así se originaría un enriquecimiento sin justa causa de la administración, porque pagaría un salario inferior por labores que son más onerosas, y un detrimento de los derechos laborales de los trabajadores.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando se desconoce el principio de *«salario igual, trabajo igual»*, se crea una discriminación laboral reprochable que debe

⁷ Que entró en vigor el 3 de enero de 1976, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1.968 y ratificado el 29 de octubre de 1969, en el que se dispuso que *«Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas»*.

ser eliminada por parte del funcionario judicial siempre que se pruebe que dos (2) o más sujetos desempeñan las mismas funciones, pero reciben contraprestaciones diferentes. Sobre este particular sostuvo:

El principio *a trabajo igual, salario igual*, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente.⁸

En el *sub lite*, la Sala observa que durante el período comprendido entre el 4 de noviembre de 2008 y la fecha de expedición de la certificación laboral (16 de marzo de 2010), la demandante fue asignada a la *«dirección seccional de impuesto de Bogotá, al grupo interno de trabajo de control a obligaciones formales de la división de gestión de fiscalización y al grupo interno de trabajo y control a obligaciones formales de la división de gestión de fiscalización para personas naturales y asimiladas de la dirección seccional de impuestos de Bogotá»*, donde ejerció las labores de auditora tributaria de gestión y control, que según el archivo *«cuadro de consulta de roles»*, obrante en el CD allegado con la demanda, y las valoraciones individuales del desempeño que están en los folios 72 y 73 del cuaderno principal del expediente, corresponden al empleo de gestor I (nivel profesional).

Al establecerse que las actividades realizadas por la actora entre el 4 de noviembre de 2008 y el 16 de marzo de 2010, atañen al rol de auditora tributaria de gestión y control, la Sala en atención a las tareas dispuestas en el formato 1350_12 del manual de funciones de la Dian, que corresponde a dicho cargo, las comparará con las previstas en el formato 1350_120 para el de facilitador III, con la finalidad de determinar si son disímiles:

Funciones de gestor I como auditor tributario de gestión y control (nivel profesional)	Funciones de facilitador III (nivel asistencial)
1. Analizar la información sustanciada en el expediente con el fin de continuar con la labor de auditoría, relacionada con las investigaciones y proponer sanciones dentro de programas de gestión y control.	1. Recibir la documentación que deba reposar en las historias laborales, para la apertura o actualización de las mismas.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-833 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

2. Elaborar el plan de auditoria, para su aprobación, donde se establezcan los aspectos a verificar o investigar en un determinado expediente teniendo en cuenta la naturaleza del programa de gestión y control.	2. Clasificar cronológica y alfabéticamente la documentación recibida, para su debida organización y posterior inclusión en las historias laborales de los empleados de la DIAN.
3. Proyectar las actuaciones administrativas pertinentes para el desarrollo de la investigación teniendo en cuenta el plan de auditoría, la normatividad vigente y aplicable al caso, conservando el debido proceso.	3. Anexar los documentos a las historias laborales correspondientes, para garantizar la oportuna inclusión de todos los soportes que deben reposar en las mismas.
4. Adelantar las investigaciones asignadas, conforme a los programas de fiscalización tributaria de gestión y control para establecer la correcta determinación del tributo y si fuera del caso constatar hechos sancionables susceptibles para proponer sanción.	4. Actualizar la hoja de control con base en los documentos que se anexan, para llevar unos registros actualizados de todos los soportes, actos administrativos y comunicaciones relativos a cada empleado de la DIAN.
5. Practicar las pruebas pertinentes que soportan la decisión para proferir la respectiva actuación administrativa.	5. Revisar las historias laborales que reposan en el grupo, para con base en los soportes físicos que reposen en ella atender las solicitudes.
6. Analizar los documentos y pruebas que reposan en el expediente con el fin de tomar una decisión frente a la investigación.	6. Dar traslado a las solicitudes de las historias laborales que no reposen en el Grupo, <i>«para que la dependencia que tenga a cargo la custodia de la misma de respuesta a lo solicitado»</i> .
7. Elaborar el informe final de investigación para dejar la evidencia de la decisión adoptada.	7. Enviar documentos con oficio remisorio y/o proyectar extractos de historias laborales, para la correspondiente suscripción y atención de los requerimientos de los solicitantes.
8. Entregar el expediente a fin de ser remitido a la instancia pertinente teniendo en cuenta el acto administrativo proyectado.	8. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo a la naturaleza del empleo.
9. Tramitar las peticiones solicitadas por los interesados y entes de control con el fin de dar respuesta.	
10. Participar en los programas masivos que formule la subdirección de gestión de fiscalización tributaria para el control de la evasión.	
11. Rendir informes sobre los expedientes y cargas de trabajo para conocer de la gestión obtenido en su	

trámite.	
12. Promover en los contribuyentes el cumplimiento voluntario de las obligaciones en relación con las investigaciones a su cargo para evitar sanciones más gravosas a los contribuyentes.	
13. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.	

Efectuada la comparación de funciones, la Sala evidencia que las labores de auditor tributario de gestión y control (gestor I) son disímiles a las que desempeñan los facilitadores III, pues mientras el primero debe adelantar tareas relacionadas con fiscalización tributaria, los segundos realizan actividades administrativas concernientes al manejo de documentos.

Así las cosas, se encuentra probado que la demandante pese a que ejerció oficios concernientes al cargo de gestor I entre el 4 de noviembre de 2008 y de 16 de marzo de 2010, la remuneración que le fue reconocida por ese lapso corresponde a la asignada al nivel asistencial (facilitador III), lo que desconoce el principio constitucional a la igualdad por cuanto a pesar de desarrollar tareas profesionales, recibió salarios de un nivel inferior, lo que resulta discriminatorio.

Lo anterior permite inferir que a la actora se le debe reconocer las diferencias salariales pretendidas por dicho interregno, por cuando está demostrado que los quehaceres que desarrolló corresponden a un nivel superior al que se encuentra nombrada. Además, ella cumple el único requisito para desempeñar el cargo de auditor tributario de gestión y control consistente en contar con un título profesional, fijado en la descripción de funciones y perfil de rol de la Dian, pues se graduó como contadora de la Universidad Piloto de Colombia el 30 de septiembre de 2004 (f. 41 c. 1), razón de más para reconocer parcialmente los emolumentos suplicados.

Es oportuno advertir que al decidir una controversia análoga a la presente, esta corporación sostuvo:

[...] la existencia de un amplio marco regulatorio del ejercicio de la función pública permeado transversalmente por el principio de la legalidad, que impide que un empleado público -sin la existencia de una situación

administrativa que así lo permita- pueda ejercer funciones diferentes a las asignadas al cargo en el cual se haya vinculado y mucho menos percibir una asignación diferente a la establecida en el marco jurídico para él, no puede convertirse en un todo inmutable que permita desconocer situaciones originadas en la misma voluntad de la administración y que, al amparo de la protección constitucional al trabajo, exigen un tratamiento disímil de cara a proteger los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, entre otros.

[...] el actor sí desempeñó materialmente funciones del Nivel Profesional en la DIAN, lo cual obedeció a una situación irregular de asignación de funciones diferentes a las propias del cargo de Técnico en Ingresos Públicos II, Nivel 26, Grado 12, en el cual se encontraba legalmente vinculado.

[...]

En este orden de ideas, hay lugar a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, precisando que se ordenará el pago de la diferencia salarial y prestacional existente entre el cargo de Técnico en Ingresos Públicos II, Nivel 26, Grado 12 que legalmente ostentaba el actor y el cargo de Abogado de la Unidad Penal que materialmente ejercía.⁹

En suma, si bien la accionante fue nombrada como facilitador III (nivel asistencial), esto no impide que se ordene reconocer las diferencias salariales correspondientes al empleo de gestor I (nivel profesional) por desempeñarse como auditora tributaria de gestión y control, en razón a que dentro de una relación laboral lo que determina el salario de los trabajadores son las tareas que efectivamente cumplen y no las formalidades, tal como lo establece el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Por otra parte, el hecho de que la demandante haya desempeñado funciones de gestor I durante el interregno comprendido entre el 4 de noviembre de 2008 y el 16 de marzo de 2010, y deba recibir la remuneración establecida para ese nivel, ello no da lugar a ordenar que sea nombrada en un cargo profesional, ya que el artículo 125 de la Constitución Política establece que la vinculación y ascenso en las plantas de personal de las entidades públicas se encuentran condicionadas a un concurso de méritos, y ella no demostró haber aprobado proceso de selección alguno.

Por otro lado, la Sala encuentra que el *a quo* ordenó en la sentencia recurrida reconocerle a la demandante las diferencias salariales entre las percibidas como facilitador III y las asignadas al empleo de gestor I, desde el 9 de julio de 2009 hasta el 16 de marzo de 2010, pero, de acuerdo con la valoración individual del desempeño obrante en el folio 72 del cuaderno principal, se observa que ejerció

funciones como auditor tributario de gestión y control desde el 4 de noviembre de 2008, que corresponde al mismo cargo de gestor I.

Por lo anterior, el pago de las diferencias salariales debe efectuarse desde el 4 de noviembre de 2008 hasta el 16 de marzo de 2010.

Comoquiera que a la accionante le asiste derecho a que le se paguen las diferencias salariales por ejercer funciones de auditor tributario de gestión y control, que corresponde al empleo gestor I, se confirmará la sentencia de primera instancia, con la modificación consistente en que se le debe reconocer dichas diferencias a partir del 4 de noviembre de 2008.

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 Constitución Política,

FALLA:

1.º Modifícase el ordinal 1.º de la sentencia de 9 de noviembre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección F, sala de descongestión), que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por la señora Gloria Inés Pardo Puentes contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian), en el sentido de que el pago de las diferencias salariales procede desde el 4 de noviembre de 2008 hasta el 16 de marzo de 2010, conforme a la parte motiva.

2.º Confírmase en lo demás la sentencia apelada, de acuerdo con las consideraciones de este fallo.

3.º Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

⁹ Sección segunda, subsección B, sentencia de 26 de septiembre de 2012, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 15001-23-31-000-2006-02818-01.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS