**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Contrato de prestación de servicios – Modalidad supernumerario – Prestaciones sociales**

Se contrae a determinar, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad durante el periodo de más de 8 años en que se vinculó con la DIAN, mediante nombramientos como supernumeraria, con el consecuente pago de los salarios, prestaciones e incentivos propios de la relación laboral del personal de planta. A fin de desatar la cuestión litigiosa, inicialmente es preciso aludir al desarrollo jurisprudencial en torno a la figura del contrato realidad, el cual efectuó la Corporación en anterior oportunidad, para luego del análisis del acervo probatorio definir si en el caso concreto a la accionante le asiste la razón en lo que pretende.

**RELACIÓN LABORAL – Elementos para demostrar la relación laboral**

Esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador, así se tenga la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

**MODALIDAD DE SUPERNUMERARIO – Marco normativo**

Esta Corporación la relación laboral en la modalidad de supernumerario, prevista está en normas o regulación como régimen legal especial, regido por los Decretos 1071 de 1999, 765 de 2005, 1072 de 1999 y las Leyes 489 de 1998 y 223 de 1995, lo que se analizará más adelante.

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA – Derechos prestacionales**

Se ha consolidado como el plazo razonable en el que se debe peticionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, los 3 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato, de forma que mutatis mutandi se asimila al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados.

**VINCULACIÓN LABORAL – Personal supernumerario – Sin reconocimiento de derechos prestacionales**

En lo que concierne a la vinculación laboral del personal supernumerario está determinado, que existe un verdadero régimen laboral especial, como se analiza a continuación (…). Las partes han señalado, con análisis diferente, que existe normatividad para la DIAN vincular entre otros al personal supernumerario, motivo por el cual se hace necesario traer a colación el Decreto 1268 de 1999. (…) la lógica le impone al intérprete una misma solución jurídica, al acoger la tesis “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”, para los incentivos, entonces no se puede llegar ahora a una conclusión contraria, con lo cual deviene en legal el trato diferenciado entre los servidores de planta y los supernumerarios, no solamente sobre los estímulos indicados sino también en tratándose de los salarios o la remuneración en general. (…) Como ha indicado la Corte Constitucional para precisar la noción de contrato realidad se basa en una apreciación contextualizada del concepto de trabajo y no en una valoración inmaterial del mismo. No está en discusión que la demandante laboró para la entidad demandada durante años, en su condición de supernumeraria. (…) Según los elementos de prueba obrantes en el plenario no se puede dudar sobre la relación laboral, en condición de “supernumerario” de la demandante, hechos que confrontados con la jurisprudencia actual concerniente al contrato realidad, se encuentra que en el presente asunto no es posible configurar una relación laboral diferente a la del servidor supernumerario, con todas las consecuencias legales, además declaradas ajustadas a las normas superiores, sin que sea un trato desigual reprochable, por el contrario se declaró que está justificado legalmente, con lo cual deviene inferir que la Administración procedió ajustada a derecho, o lo que es lo mismo, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados por la señora ANA MILENA FIALLO GARCÍA, lo que era su carga. (…) la sentencia objeto de apelación deberá ser revocada atendiendo a las precisiones expresadas en los acápites precedentes, para denegar lo pretendido.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00521-01(1776-14)**

**Actor: ANA MILENA FIALLO GARCIA**

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por el apoderado judicial de la parte demandante como el de la parte demandada, contra la sentencia de 23 de enero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora ANA MILENA FIALLO GARCÍA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa por medio de la cual la DIAN le negó una relación laboral diferente, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales generadas con ocasión de su vinculación como supernumeraria, en el cargo de Gestor III Código 303 Grado 03.

**ANTECEDENTES**

En forma sintética se señaló en la demanda las siguientes:

**PRETENSIONES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora ANA MILENA FIALLO GARCÍA instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander a fin de obtener la nulidad de los actos administrativos oficio 100000202-001172 del 12 de octubre de 2011 y la Resolución 000691 del 2 de febrero de 2012, a través de los cuales se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho en razón de su vinculación como supernumeraria en el cargo de Gestor III Código 303 Grado 03 y resolvió el recurso de reposición presentado contra la negativa inicial.

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicitó, que se declare la existencia del contrato realidad, se tenga a la accionante como funcionaria de planta de la DIAN desde su ingreso a la entidad, se le nivele y pague la diferencia salarial frente al personal de planta, se condene a la parte demandada al reconocimiento de la diferencia prestacional básica fijada para el cargo que ha venido ocupando, reliquide la asignación salarial “*determinada por las funciones efectivamente desarrolladas comparadas con su par de la planta de cargos de la DIAN*”, al pago de las prestaciones sociales como son las primas, vacaciones, bonificaciones, subsidios, auxilios, horas extras, dominicales y festivos laborados, compensatorios, incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización, desempeño nacional y a costas, ordenando el cumplimiento de la sentencia en los términos de ley.

**FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Relató la accionante en el acápite de hechos, que laboró ininterrumpidamente en la DIAN de la ciudad de Bucaramanga, cumpliendo jornada laboral de tiempo completo y sin solución de continuidad designada y posesionada como supernumeraria, entre el 12 de agosto de 2003 y el 31 de diciembre de 2011, y como funcionaria temporal, en la denominada planta temporal, desde el 3 de enero de 2012 como Gestor III, Código 303 Grado 03.

El desempeño de labores corresponde a funciones permanentes en la entidad, desbordó los límites de transitoriedad, otorgó disfrute de vacaciones, y como supernumeraria fue evaluada con el mismo instrumento de evaluación aplicado a los funcionarios de planta, destaca que la diferencia en la naturaleza de los nombramientos no incide en el resultado del recaudo y en la medición de las metas para el pago de los estímulos. Mientras a éstos se le cancelaba el valor por incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, a los supernumerarios no se les reconocía.

Explica que la figura de supernumerarios fue creada en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 con características de temporalidad y excepcionalidad en cuanto a atender funciones extraordinarias, pero que no demandó tiempo atrás por no correr riesgos ante el temor a represalias y ella necesita del empleo.

**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Invocó como normas vulneradas los artículos 1°, 13, 25, 53 y 122 de la Carta Política; el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978; el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 y el artículo 27 de la Ley 909 de 2004.

Estimó en síntesis, que la entidad demandada inobservó la anterior normativa y se apartó de la jurisprudencia de esta Corporación, cuando para satisfacer sus necesidades administrativas permanentes, contrató los servicios de supernumeraria, para cual debe fijar el término de duración y la asignación mensual a pagar, desconoció las características de temporalidad y necesidad del servicio, con lo cual realmente redujo la carga prestacional por esa modalidad de vinculación, desconociendo principios laborales y el contrato realidad.

**OPOSICIÓN A LA DEMANDA**

La **DIAN** de Santander indicó que resulta indiscutible que la vinculación de la accionante se produjo en calidad de temporal, pero no es cierto que haya sido en forma ininterrumpida pues como se acredita con documentos, como son las actas de posesión y ubicación, estuvo por fuera de la entidad por periodos mayores a quince (15) días.

Explica que para ocupar cargos de carrera debe ser superado un concurso, lo que no ha sucedido en este caso y las labores realizadas corresponden al concepto de personal supernumerario previsto en la norma aplicable, el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999.

De la misma manera los incentivos consagrados en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999 solamente se pueden reconocer a los servidores que ocupen cargos de la planta en la entidad.

Así las cosas, concluye que ella le ha cancelado la totalidad de los derechos laborales que le corresponden a la demandante, en aplicación de las normas invocadas, máxime que no se le fijaron metas en sus funciones para verificar que las hubiere alcanzado.

Presenta como excepciones las de falta de agotamiento de la vía gubernativa en cuanto a la pretensión de declaración de la existencia del contrato realidad, no lo peticionó en el recurso de reposición y la de prescripción trienal de la nivelación salarial, en aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado de la cual cita, entre otras, la del 17 de julio de 2008, expediente 41001-23-31-000-1996-8548-01(0545-02).

**SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Santander en sentencia de 23 de enero de 2014, con salvamento parcial de voto, accedió a la mayoría de las pretensiones de la demanda, declaró la nulidad del Oficio del 12 de octubre de 2011 y la Resolución 000691 del 2 de febrero de 2012 por la cual se resolvió el recurso de reposición, considera que la sentencia es constitutiva y con ello no reconoce la existencia de prescripción, motivo por el cual ordenó el pago de diferencias salariales y prestaciones al comparar con personal de planta, incluyendo los incentivos por desempeño grupal, de fiscalización y cobranza y nacional, por los más de 8 años que la demandante trabajó con la DIAN en su condición de supernumeraria, valores que serán indexados. Además, condenó en costas, fijando las agencias en derecho en la suma equivalente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

El salvamento de voto se hizo en relación con los incentivos al considerar que no se reúnen los requisitos previstos en el Decreto 1268 de 1999 para su reconocimiento, como son las metas establecidas, el ejercicio de las labores correspondientes, la constatación o relación entre ellas y el resultado.

**RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada apeló la decisión del *a quo* porque a su juicio desconoce precedentes del Consejo de Estado con supuestos de hecho y derecho similares, en los cuales avala la legalidad de lo pagado por la DIAN y denegó pretensiones, para lo cual relaciona siete (7) providencias[[1]](#footnote-1) y enseguida resume dos de ellas.

Reitera los argumentos de defensa en cuanto a la circunstancia de no desempeñar la demandante un cargo de planta, mientras que sí existen normas legales que respaldan la modalidad de dicha vinculación laboral, así como los derechos fijados de manera especial para aquel personal, con la determinación de las áreas y las funciones previstas para ellos.

Además indica la concomitancia de ello con la reglas legales para la vinculación en la carrera especial en la entidad, con fallos de constitucionalidad que respaldan los criterios legales expuestos, junto a la sustentación existente en las normas presupuestales que se les aplica a las diferentes situaciones, esto es, según sea el respectivo cargo de planta o supernumerario.

También recuerda que existe un término de tres (3) años para la prescripción de los derechos laborales, como está previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, junto a la sentencia C-745 de 1999, todo lo cual es concordante con los artículos 41 del Decreto 3135 de 1969, 102 del Decreto 1848 de 1969 y dos sentencias de esta Corporación[[2]](#footnote-2).

**TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Como la sentencia que desató la *litis* en primera instancia fue adversa al ente público demandado y contra la misma se interpuso recurso de apelación, se citó a audiencia de conciliación, según lo determina el artículo 192 del C.P.A.C.A., que se celebró el 11 de marzo de 2014, habiéndose declarado fallida, dentro de la cual se profiere la providencia con la cual se concede el recurso de apelación fijando su efecto suspensivo.

En este despacho el recurso es admitido el 25 de junio de 2014 (fl. 776) y para presentar alegatos de conclusión se corrió traslado a las partes por término común de ley (fl. 786).

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La **accionante** (fls. 792 a 801) inicia su escrito haciendo referencia a la exequibilidad de los artículos 83 del Decreto 1042 de 1978 y 3 del Decreto 1792 de 1983, para poner de presente que la interpretación realizada por la Corte Constitucional en las sentencias C-401 de 1998 y C-725 de 2000 se fundamenta en los principios constitucionales del *in dubio pro operario* y el principio de la realidad sobre las formalidades.

Lo anterior le lleva a indicar que la administración sí está legalmente facultada para la vinculación de personal de supernumerarios, citando las normas correspondientes. Sin embargo, destaca que tiene que ser bajo los criterios de funcionalidad y temporalidad, a fin de que no prevalezcan sobre los empleos de carrera y menos que desconozcan los derechos laborales, si se hace uso inmoderado de la institución.

Luego relaciona los que considera son los parámetros a cumplir por la administración para darle cabida a esa clase de vinculación, sobre lo cual señala el fin esencial para el cual fue creado, es decir, la solución de necesidades extraordinarias, la delimitación del tiempo por el cual se requiere el uso de la figura, lo cual contrasta con la vinculación de la demandante por más de 8 años, su origen en el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando del año 2003 y la diferencia con este caso, donde son nombramientos por cortos periodos, de entre dos y hasta seis meses, pero que se extendió durante años, agrega que se deben señalar previamente las actividades a las que se dedicará el personal supernumerario.

En cuanto a lo que califica de uso inmoderado del instrumento de vinculación laboral en referencia, destaca que la Corte advierte sobre la improcedencia para cubrir necesidades permanentes de servicio y concluye con el análisis teórico sobre la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, describiendo diferencias entre la situación laboral del supernumerario y el personal de planta en la DIAN y la facultad del juez cuando encuentre demostrada una realidad diferente a la vinculación formal, para reconocer las consecuencias sobre prestaciones legales.

La **parte demandada** (fls. 817 a 822) inicia su alegato de conclusión señalando las normas que rigen a la DIAN (artículo 122C.P., artículo 38 de la Ley 489 de 1998, artículo 1º del Decreto 1071 de 1999, los Decretos 765 de 2005 que refiere a los empleos supernumerarios entre los de la entidad, 1072 de 1999 sobre carrera e incentivos en la misma, destacando de este Decreto el artículo 22 y de la Ley 223 de 1995 señala que el artículo 154 fija las reglas presupuestales de financiación del plan.

Sobre los incentivos pone de presente que están previstos en forma exclusiva para aquellos servidores que ocupen cargos de planta de personal de la entidad, sea para el grupal, el de desempeño en fiscalización y cobranzas o nacional, negando esa posibilidad al personal supernumerario que tiene una vinculación “*precaria y específica*”.

Sobre pronunciamientos que acogen estos análisis menciona tres providencias de esta Corporación proferidas entre los años 2012 y 2013 y concluye con el aspecto de la prescripción de derechos en el contrato realidad, citando sentencia que analiza puntualmente este aspecto y admite que ella existe y se aplica el término general de tres años para la extinción de los derechos laborales.

El **Ministerio Público** guardó silencio (fl. 823).

**CONSIDERACIONES**

**PROBLEMA JURÍDICO**

Se contrae a determinar, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad durante el periodo de más de 8 años en que se vinculó con la DIAN, mediante nombramientos como supernumeraria, con el consecuente pago de los salarios, prestaciones e incentivos propios de la relación laboral del personal de planta.

A fin de desatar la cuestión litigiosa, inicialmente es preciso aludir al desarrollo jurisprudencial en torno a la figura del contrato realidad, el cual efectuó la Corporación en anterior oportunidad[[3]](#footnote-3), para luego del análisis del acervo probatorio definir si en el caso concreto a la accionante le asiste la razón en lo que pretende.

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones[[4]](#footnote-4) ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador, así se tenga la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

Tal posición se contrapone a otra jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación[[5]](#footnote-5).

A diferencia de los anteriores supuestos ha venido analizando esta Corporación la relación laboral en la modalidad de supernumerario, prevista esta en normas o regulación como régimen legal especial, regido por los Decretos 1071 de 1999, 765 de 2005, 1072 de 1999 y las Leyes 489 de 1998 y 223 de 1995, lo que se analizará más adelante.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, la jurisprudencia ha variado pendularmente, desde negar la existencia de la prescripción[[6]](#footnote-6) hasta reconocer su existencia, con varias opciones temporales, lo que significa, que se debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en el término, que según una jurisprudencia es de 5 años[[7]](#footnote-7) y conforme con otra es de 3 años[[8]](#footnote-8).

En la actualidad, se ha consolidado como el plazo razonable en el que se debe peticionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral, los 3 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato, de forma que *mutatis mutandi* se asimila al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados[[9]](#footnote-9).

Y en lo que concierne a la vinculación laboral del personal supernumerario está determinado, que existe un verdadero régimen laboral especial, como se analiza a continuación.

Las partes han señalado, con análisis diferente, que existe normatividad para la DIAN vincular entre otros al personal supernumerario, motivo por el cual se hace necesario traer a colación el Decreto 1268 de 1999 “*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*”, junto a la sentencia en el control de nulidad simple del 15 de mayo de 2014[[10]](#footnote-10), en la cual se analizó la legalidad de lo allí dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 sobre incentivos, al cuestionar la expresión relativa a que era solo para personal “*de la planta*”:

*Bajo esa óptica y distinción, que establece tanto el Constituyente como el legislador, tiene sustento el incentivo por desempeño laboral creado por el artículo 5º del decreto 1268 de 1999 para 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.*

*De la misma manera, el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas creado en favor de 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. Idéntico razonamiento debe hacerse con relación al incentivo por desempeño nacional, creado como 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 relacionadas con las metas de recaudo nacionales.*

*Este incentivo se causará por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que devengue.”, sin constituir factor salarial para ningún efecto legal.*

***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.*

Se advierte de lo anterior que la legalidad en ese tema de los incentivos está perfectamente definido en una sentencia que por corresponder al medio de control de nulidad o simple nulidad conlleva efectos de cosa juzgada erga omnes, lo que la hace incuestionable en este debate, por lo mismo no admite excepción de ilegalidad[[11]](#footnote-11).

Adicionalmente, ella en realidad tiene efectuado el mismo análisis que se haría para establecer en relación con las consecuencias salariales y prestacionales previstas en esa normatividad si es justificada esa distinción o no lo es, desde el punto de vista legal, distinción que se hace entre personal de planta y personal supernumerario.

Ante unas mismas razones, la lógica le impone al intérprete una misma solución jurídica, al acoger la tesis “*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*”, para los incentivos, entonces no se puede llegar ahora a una conclusión contraria, con lo cual deviene en legal el trato diferenciado entre los servidores de planta y los supernumerarios, no solamente sobre los estímulos indicados sino también en tratándose de los salarios o la remuneración en general.

Además, como ha indicado la Corte Constitucional para precisar la noción de contrato realidad *se basa en una apreciación contextualizada del concepto de trabajo y no en una valoración inmaterial del mismo*.[[12]](#footnote-12)

Dentro de esa lógica es que en esta Corporación se han denegado las pretensiones en casos como el que da cuenta la siguiente cita[[13]](#footnote-13):

*Los Supernumerarios contratados de forma transitoria en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no les asiste el derecho al reconocimiento y pago, de los incentivos y remuneración que se reconoce a los funcionarios de planta. Tampoco se desconoció el principio de igualdad, cuya vulneración alega la actora, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal.*

*Lo anterior por cuanto a pesar que obra copia del manual de funciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no se encuentra demostrado las funciones desarrolladas por el funcionario de planta de la entidad, motivo por el cual no es posible determinar cuáles eran las funciones similares desarrolladas, lo cual sólo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación, tal como se desprende de la Resolución 0008249 de 3 de septiembre de 2008.*

*No es posible dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por la actora, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de -DIAN-, su vínculo con la Administración implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando. De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación de la actora, por varios meses con interrupciones, como auxiliar de la Administración, no fue el que determinó su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba.*

El anterior precedente, para definir un asunto en el cual los fundamentos fácticos y jurídicos al presente asunto son similares, constituye la tesis acogida por la Sala para dirimir este litigio.

Adicionalmente, el Ministerio Público ha divulgado su criterio jurídico acogiendo esta última tesis:

*Los salarios y prestaciones sociales reconocidas al personal supernumerario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) no pueden equiparse a las reconocidas a los funcionarios de carrera de ese organismo, por cuanto los supernumerarios cumplen funciones de apoyo que no son permanentes, a diferencia de las desempeñadas por quienes hacen parte de la planta de personal de esta entidad.*

*Así lo manifestó la Procuraduría en un concepto emitido ante el Consejo de Estado en el marco de una demanda presentada por una ciudadana contra los actos administrativos por los cuales la DIAN le negó el reconocimiento y pago de los incentivos y remuneración que se les reconoce a los funcionarios de planta de la DIAN. La demandante consideró que a pesar de ser supernumeraria (vinculación con funciones temporales) su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las ejercidas por los funcionarios de la planta de personal, quienes cumplen labores de carácter permanente.*

*En consecuencia, ordenar el pago de prestaciones distintas a las de su empleo, así como ubicarla en otro cargo, implicaría desconocer la normatividad vigente en esta materia.[[14]](#footnote-14).*

Con fundamento en lo expresado anteriormente se analizará la solicitud de la declaratoria de existencia de vínculo laboral equivalente al desempeño de cargo de planta por la demandante y, si es el caso, estudiar sobre el pago de los derechos laborales pretendidos y la prescripción, que constituyen el asunto a resolver.

**DE LO ACREDITADO EN EL PROCESO**

No está en discusión que la demandante laboró para la entidad demandada durante años, en su condición de supernumeraria.

Por otra parte se demostró al interior del expediente que la demandante, tal como lo comunica y certifica la DIAN consolidando la información de su historia laboral (fls. 667 a 672), prestó sus servicios entre agosto de 2003 y julio de 2013, donde se advierte que durante ese tiempo fue rotada en diferentes dependencias, explica que no tienen manual de funciones los supernumerarios y como se encuentra certificado estuvo como supernumeraria entre el 12 de agosto de 2003 y el 31 de diciembre de 2011.

También acredita la certificación que laboró como empleada de planta temporal desde el 3 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014, en el cargo de Gestor III Código 303 Grado 03.

Durante todo el tiempo la rotación ha sido bien variada, en diversas dependencias, siempre en la ciudad de Bucaramanga.

**CASO CONCRETO**

Según los elementos de prueba obrantes en el plenario no se puede dudar sobre la relación laboral, en condición de “supernumerario” de la demandante, hechos que confrontados con la jurisprudencia actual concerniente al contrato realidad, se encuentra que en el presente asunto no es posible configurar una relación laboral diferente a la del servidor supernumerario, con todas las consecuencias legales, además declaradas ajustadas a las normas superiores, sin que sea un trato desigual reprochable, por el contrario se declaró que está justificado legalmente, con lo cual deviene inferir que la Administración procedió ajustada a derecho, o lo que es lo mismo, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados por la señora ANA MILENA FIALLO GARCÍA, lo que era su carga.

Como la sentencia de primera instancia acogió la tesis contraria, se procederá a revocar en su totalidad la decisión del Tribunal Administrativo de Santander.

En cuanto a la condena en costas, conforme ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente esta Sala, entre otros auto con ponencia de quien lo hace en esta providencia,[[15]](#footnote-15) en aplicación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se condenará en las dos instancias en contra de la parte vencida en el proceso y en favor de la favorecida con esta sentencia.

La liquidación de las costas, conforme lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso, se realizará por el juez de la primera instancia.

Así las cosas, la sentencia objeto de apelación deberá ser revocada atendiendo a las precisiones expresadas en los acápites precedentes, para denegar lo pretendido.

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

**F A L L A:**

**Primero.- REVÓCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de 23 de enero de 2014, dentro del proceso promovido por la señora ANA MILENA FIALLO GARCÍA contra la UNIDAD ADMNISTRRATIVA ESPECIAL DIRECCIÒN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL DIAN, conforme quedó expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**Segundo.- DENEGAR** las pretensiones de la demandante señora ANA MILENA FIALLO GARCÍA.

**Tercero.- CONDENAR EN COSTAS** de las dos instancias, a la parte demandante, en favor de la entidad demandada.

**Cuarto.- DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**Relatoría:** JORM/Lmr.

1. Folio 717 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 731 [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de enero de 2015, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente No. 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-2013) [↑](#footnote-ref-3)
4. Entre otros, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 17 de julio de 2008 que hace un análisis histórico. Expediente No. 0545-02. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 15 de mayo de 2014, Exp. 11001-03-25-000-2012-00159-00(0676-12), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Acción de nulidad. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artículo 12 Ley 153 de 1887 [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional sentencia de tutela T-287/11, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Exp. 25000-23-25-000-2009-00546-01(0600-12), Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [↑](#footnote-ref-13)
14. ### Procuraduría General de la Nación, Boletín 702, Publicado el viernes, 30 agosto 2013

    [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 03 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014. Consejero ponente doctor Gabriel Valbuena Hernández. [↑](#footnote-ref-15)